

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2017

nº 13

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ ¿Nuevas metas y tutelas para los trabajadores autónomos? Sobre el sentido y alcance de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (Comentario de urgencia)

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ✦ La compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia

José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

- ✦ Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal

Juan Gorelli Hernández

- ✦ El Papel de la Negociación Colectiva en Materia de Jubilación

Cristina Blasco Rasero

- ✦ La Responsabilidad en Materia de Seguridad y Salud que Asume el Promotor-Cabeza de Familia Cuando Acomete la Construcción o Reforma de su Vivienda

Francisco Vigo Serralvo

- ✦ Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro

Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Requisitos de Acceso a la Pensión de Jubilación Activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015

Faustino Cavas Martínez

- ✦ Acreditación de la condición de pareja de hecho, pensión de viudedad y principio de igualdad

Isabel María Villar Cañada

- ✦ Segunda actividad y reconocimiento de Incapacidad Permanente Total. ¿Compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)

José Luján Alcaraz y Alejandra Selma Penalva

- ✦ Sobre la jubilación parcial en los supuestos de acumulación de la jornada reducida.

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ La Primera Orden Ejecutiva del Presidente Donald Trump sobre Derecho de la Seguridad Social

Jesús Martínez Girón

- ✦ La puerta abierta al cheque servicio en España

Concepción Sanz Sáez

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

- ✦ Crisis económica, modelos de Estados del bienestar europeos y desigualdad

Carlos Ochando Claramunt y Juan Francisco Albert Moreno

Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España

José Luis Monereo Pérez

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2017

Nº 13

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: www.laborum.es

email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



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



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



revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos.

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; 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*

Fastino 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 Arufé 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 Goldin, *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, *Letrado 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

¿NUEVAS METAS Y TUTELAS PARA LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS? SOBRE EL SENTIDO Y ALCANCE DE LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMAS URGENTES DEL TRABAJO AUTÓNOMO (COMENTARIO DE URGENCIA).....15

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. EL CICLO DE REFORMAS SUCESIVAS DEL TRABAJO AUTÓNOMO 15
2. MODIFICACIONES RELATIVAS AL CAMPO DE APLICACIÓN Y ENCUADRAMIENTO DE LOS TRABAJADORES 22
3. MODIFICACIONES RELATIVAS A LOS ACTOS INSTRUMENTALES DE AFILIACIÓN, ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS 22
4. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA COTIZACIÓN..... 23
5. ADAPTACIÓN DE LA LISOS A LA REFORMA 36
6. NOVEDAD EN LOS GASTOS DEDUCIBLES EN EL IRPF 36
7. MODIFICACIÓN EN EL REGLAMENTO SOBRE EL DEPÓSITO DE ESTATUTOS DE ORGANIZACIONES SINDICALES Y EMPRESARIALES..... 37
8. A MODO DE UNA VALORACIÓN FINAL DE LA REFORMA..... 39

ESTUDIOS DOCTRINALES

41

LA COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA43

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

1. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: VALORACIÓN GENERAL..... 44
2. LA COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 5 DE ABRIL DE 2017..... 49
3. BALANCE Y PERSPECTIVAS: REFLEXIONES JURÍDICAS 58

REMEDIOS FRENTE AL ALTA INDEBIDA DEL TRABAJADOR EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL.....63

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

1. INTRODUCCIÓN..... 63
2. RECONOCIMIENTOS MÉDICOS EN CASO DE BAJAS DE CORTA DURACIÓN..... 65
3. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ALTAS MÉDICAS 66
4. REVISIÓN DE ALTAS MÉDICAS EMITIDAS POR MUTUAS EN PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR RIESGOS PROFESIONALES (DURANTE LOS PRIMEROS 365 DÍAS) 72
5. PROCEDIMIENTO DE DISCREPANCIA ANTE ALTAS DEL INSS/ISM TRAS LOS PRIMEROS 365 DÍAS..... 79

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE JUBILACIÓN.....85

CRISTINA BLASCO RASERO

- 1. INTRODUCCIÓN 85
- 2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONTINGENCIA. MATIZACIONES Y EXCEPCIONES A DICHS ELEMENTOS..... 88
- 3. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS COMO COMPLEMENTO A LAS PENSIONES PÚBLICAS.. 106
- 4. CONCLUSIONES 110

LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD QUE ASUME EL PROMOTOR-CABEZA DE FAMILIA CUANDO ACOMETE LA CONSTRUCCIÓN O REFORMA DE SU VIVIENDA 113

FRANCISCO VIGO SERRALVO

- 1. INTRODUCCIÓN 113
- 2. EL PROMOTOR COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EX R.D. 1627/1997 DE 24 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECEN DISPOSICIONES MÍNIMAS DE SEGURIDAD Y DE SALUD EN LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN 115
- 3. LAS OBLIGACIONES DEL PROMOTOR EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES..... 121
- 4. DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL CABEZA DE FAMILIA DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. LA PREVISIÓN DEL ART. 42.2 ET COMO VÍA DE EXONERACIÓN 126
- 5. LA IMPUTABILIDAD DEL CABEZA DE FAMILIA EN LOS DISTINTOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD: ADMINISTRATIVA –CON REFERENCIA AL RECARGO DE PRESTACIONES–, CIVIL Y PENAL 130
- 6. CONCLUSIONES 136

DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD, INVALIDEZ E INCAPACIDAD PERMANENTE. ASPECTOS RELATIVOS A SU DETERMINACIÓN Y VALORACIÓN. PUNTOS DE ENCUENTRO 139

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

- 1. INTRODUCCIÓN 139
- 2. A MODO DE CUESTIÓN PREVIA. CONCEPTOS O ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA, DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA 140
- 3. LA VALORACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD, INVALIDEZ, DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA 147
- 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD, DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA 161

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 175

REQUISITOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ACTIVA COMENTARIO A LA STS, SOCIAL, DE 30 DE MAYO DE 2017, RCUD. 2268/2015..... 177

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

- 1. LA IRRUPCIÓN DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL..... 177

2. EL REQUISITO DE QUE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ALCANCE EL CIEN POR CIEN DE LA BASE REGULADORA: LA SOLUCIÓN ACOGIDA POR LA STS DE 30 MAYO 2017 Y SU “INCONGRUENTE” FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA	186
3. CONCLUSIÓN	191
ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE PAREJA DE HECHO, PENSIÓN DE VIUEDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	193
<i>ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	194
2. PENSIÓN DE VIUEDAD Y PAREJAS DE HECHO	195
3. CONCLUSIONES.....	205
SEGUNDA ACTIVIDAD Y RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. ¿COMPATIBILIDAD O ABUSO? (STS 26 ABRIL 2017).....	207
<i>JOSÉ LUJÁN ALCARAZ</i>	
<i>ALEJANDRA SELMA PENALVA</i>	
1. SUPUESTO DE HECHO.....	207
2. CONCEPTO DE SEGUNDA ACTIVIDAD Y CUESTIONES OBJETO DE DEBATE	208
3. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO	210
4. REFLEXIONES FINALES.....	212
SOBRE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LOS SUPUESTOS DE ACUMULACIÓN DE LA JORNADA REDUCIDA.....	215
<i>VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN</i>	
1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA JUBILACIÓN PARCIAL: CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y REQUISITOS.....	215
2. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 265/2017, DE 29 DE MARZO. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO Y CONTROVERSIA JURÍDICA A RESOLVER	223
3. VALORACIÓN JUDICIAL: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y CONCLUSIONES	225
4. EN CLAVE DE REFLEXIÓN FINAL	226
DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	229
LA PRIMERA ORDEN EJECUTIVA DEL PRESIDENTE DONALD TRUMP SOBRE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	231
<i>JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN</i>	
1. SU CONTEXTUALIZACIÓN	231
2. SU FINALIDAD	233
3. SU CONTENIDO Y SUS CONSECUENCIAS	235
LA PUERTA ABIERTA AL CHEQUE SERVICIO EN ESPAÑA	239
<i>CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ</i>	
1. CUESTIONES GENERALES	240
2. PERSPECTIVAS PARA EL ESTUDIO DEL CHEQUE-SERVICIO	241
3. CONDICIONES TÉCNICAS DEL CHEQUE-SERVICIO PARA LA INTRODUCCIÓN DE LOS MECANISMOS DE ELECCIÓN EN EUROPA.....	242
4. ELEMENTOS ALTERNATIVOS DE GARANTÍA EN CLAVE DE CIFRAS.....	245

5. LA SINGULARIDAD FRANCESA: CONFIGURACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE CHEQUES SERVICIO COMO POLÍTICA PARA AFLORAR EMPLEO.....	246
6. EFECTOS SOBRE LA EQUIDAD DEL SISTEMA: PRERROGATIVAS Y ELEMENTOS MEJORABLES.....	249
7. PROPUESTA DE IMPLANTACIÓN DE UN MODELO CHEQUE-SERVICIO EN ESPAÑA.....	251
8. CONCLUSIONES.....	253

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **257**

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. COTIZACIÓN.....	259
2. INCAPACIDAD TEMPORAL.....	259
3. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....	262
4. DISCAPACIDAD.....	264
5. ASISTENCIA SANITARIA.....	266
6. EMPLEO.....	266
7. FORMACIÓN PROFESIONAL.....	267
8. ORGANIZACIÓN.....	268
9. UNIÓN EUROPEA.....	268

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS **273**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS275

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO).....	275
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	275
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	276
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES).....	277
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN.....	277
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	278
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES.....	287
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA.....	288
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	288

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS289

1. OBRAS <i>GENERALES</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS.....	289
2. OBRAS <i>ESPECÍFICAS</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS.....	289
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	290
4. RECENSIONES.....	290

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL **295**

CRISIS ECONÓMICA, MODELOS DE ESTADOS DEL BIENESTAR EUROPEOS Y DESIGUALDAD.....297

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT

JUAN FRANCISCO ALBERT MORENO

1. INTRODUCCIÓN..... 297
2. LOS REGÍMENES DE BIENESTAR EUROPEOS Y LA EVOLUCIÓN DE LA DESIGUALDAD 298
3. LOS REGÍMENES DE ESTADO DEL BIENESTAR Y LA REDISTRIBUCIÓN 308
4. CONCLUSIONES..... 310
5. BIBLIOGRAFÍA..... 310

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL **313**

CARLOS GONZÁLEZ POSADA (1890-1948): LA TEORÍA DEL SEGURO SOCIAL Y SU INSTITUCIONALIZACIÓN EN ESPAÑA.....315

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. ELEMENTOS DE BIOGRAFÍA INTELECTUAL 315
2. LA CONCEPCIÓN DE LOS SEGUROS SOCIALES EN CARLOS GONZÁLEZ POSADA..... 319
3. LA IDEA DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS SEGUROS SOCIALES..... 327
4. OBRAS Y TRADUCCIONES DE CARLOS GONZÁLEZ POSADA 335

Editorial

Laboorium

¿Nuevas metas y tutelas para los trabajadores autónomos? Sobre el sentido y alcance de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (Comentario de urgencia)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

1. EL CICLO DE REFORMAS SUCESIVAS DEL TRABAJO AUTÓNOMO

“Nuestra idea del mundo responderá a la realidad sólo en la medida en que nuestra vida esté libre de irracionalidad y contradicciones”

Erich FROMM¹

Desde el punto de vista social hay que tener en cuenta el incremento extraordinario del trabajo autónomo o por cuenta propia, derivado de las nuevas formas de organización del trabajo (facilitadas por las nuevas tecnologías) y las estrategias empresariales, la descentralización productiva y el mismo fenómeno disfuncional desde el punto de vista social de la extensión de los “falsos autónomos” y la opción de política del Derecho social de convertir a trabajadores materialmente dependientes o por cuenta ajena en trabajadores supuesta y formalmente autónomos como es el caso de los legalmente denominados trabajadores autónomos económicamente dependientes. Todo ello ha determinado una expansión de la afiliación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos del Sistema de Seguridad Social (en adelante, RETA). Y esto, en cierta medida, puede explicar que el RETA haya sido el régimen especial de Seguridad Social que haya presentado reformas relevantes en su régimen jurídico.

Como observa en el *Preámbulo* de la Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, el mismo tiene en España un destacado protagonismo al servicio de la generación de riqueza y de la actividad productiva y posee un importante peso específico en el mercado

¹ FROMM, E.: *Ética y psicoanálisis*, Madrid, FCE, 1980, pág. 367.

de trabajo, y si bien durante los años de crisis experimentó un significativo descenso, ha demostrado una importante capacidad de recuperación y un enorme potencial en cuanto a generación de empleo. Por ese motivo, a lo largo de los últimos años se han articulado una serie de medidas a su favor que han permitido estimular el aumento de los flujos de entrada en el mercado de trabajo de los autónomos y que también han incidido en mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora y su fortalecimiento. Pero es necesario seguir avanzando en el desarrollo de nuevas medidas de apoyo a todo lo que significa la actividad emprendedora, planteando nuevas metas.

Así, en materia de Seguridad Social, hay que ser conscientes de las singularidades del trabajador autónomo: por ejemplo, sus ingresos no son fijos, son inciertos y variables en el tiempo, como lo es su actividad. Por tanto, sus obligaciones con la Seguridad Social han de adecuarse a esas circunstancias con objeto de facilitar la cotización a la Seguridad Social y reducir sus cargas administrativas en la materia, desde un planteamiento que garantice la pervivencia de la actividad emprendedora.

La situación de una parte muy significativa de los trabajadores es de gran precariedad profesional (denunciada por UATAE y CCOO), debe garantizar el trabajo autónomo “con derechos”. Las asociaciones de autónomos esperan que las mejoras pendientes tanto en lo que se refiere a las condiciones de trabajo como en lo relativo a la Seguridad Social se sustancien en la próxima reforma del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Pero otras, como UATAE, muestran su escepticismo y temen un “cierre en falso” del proceso de mejoras para este colectivo de más de tres millones de personas.

Esta situación de malas condiciones de trabajo se acentúa en términos de explotación en el caso de los TRADE (a lo cual no es ajeno la actual regulación que los regula como trabajadores autónomos, y que decididamente debería considerarse una relación laboral especial con la aplicación de las garantías del Estatuto de los Trabajadores sin perjuicio de las especialidades que se consideren pertinentes).

Forma parte de la fisonomía de esta forma de trabajo, la heterogeneidad social y económica de los trabajadores autónomos que ha sido un condicionante importante para el desarrollo de su protección social. Efectivamente, una de las cuestiones de mayor complejidad es la heterogeneidad de trabajadores autónomos (y las nuevas formas de trabajo no han hecho más que intensificarla, sin duda), lo que dificulta tanto su propio tratamiento unitario como la convergencia con el RGSS. En este sentido, la atención de la protección específica de los trabajadores autónomos económicamente dependientes –en la línea de convergencia con la tutela del trabajador por cuenta propia– es un aspecto que brilla poco en la LETA. Dicha norma continúa la línea de la consolidación y cristalización de un único régimen de Seguridad Social para todos los trabajadores de un colectivo tan heterogéneo. (Pero sin desconocer que la heterogeneidad se presenta también muy acusada en el propio RGSS, ante la ruptura del paradigma del trabajador heterogéneo del postfordismo², de

² MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Derecho Social del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial”, en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Capella, J.R. (Coord.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial (GPJ), 2002; *Id.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; OJEDA AVILÉS, A.: *La* (...)

manera que no es un atributo exclusivo del RETA). Mientras una de las grandes novedades de la norma es la configuración del nuevo tipo de trabajador autónomo económicamente dependiente, como colectivo diferenciado dentro del género del trabajador por cuenta propia, en cuanto a la regulación de los aspectos de configuración legal y de acción protectora este elemento suele pasar desapercibido por el propio Estatuto.

Es así que una cuestión importante a resolver en el perfeccionamiento de la protección de los trabajadores autónomos será la heterogeneidad (disparidad socioeconómica intrínseca) del colectivo a proteger, en lo relativo a su capacidad económica y, por ende, en las necesidades sociales que habrán de cubrirse. Esta dificultad puede salvarse estableciendo fórmulas que ofrezcan la flexibilidad precisa para abarcar el conjunto de tan variada gama de circunstancias que puedan concurrir en el trabajador autónomo. Ciertamente, la heterogeneidad de la figura del trabajador autónomo (ausencia de un tipo estándar o modelo antropológico definido) no ofrece las condiciones más adecuadas para el establecimiento de un cuadro de reglas prescriptivas, uniformes, cerradas y rígidas. Suministra más bien un terreno propicio para la utilización de normas abiertas y flexibles capaces de adaptarse a la rica y compleja realidad normada, y de otro, “consentir desarrollos normativos progresivos, acomodados a la propia evolución económica, social y cultural de esta realidad” (Informe de la Comisión de Expertos, 2006, p. 16)³.

En este sentido la extensión subjetiva del RETA hacia más patente las deficiencias del modelo de cotización y de la acción protección dispensada por dicho régimen especial. Y es que la protección de Seguridad Social de los trabajadores autónomos se ha caracterizado por su retraso histórico y por un tratamiento singular caracterizado por una cobertura más limitada de su protección, tanto en extensión como en intensidad. Y el peso de esa “inercia” histórica en el plano de la política del Derecho social se hace presente también en la actualidad.

En realidad hay que decir que desde el punto de vista principal de la acción protectora se ha producido una verdadera lucha por el derecho –en el sentido preciso de R.v. Ihering⁴– de los trabajadores autónomos a una Seguridad Social integral equiparable al estándar ya alcanzado por los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS). Y es que se puede hablar, en cierto sentido, de una ruptura del principio de igualdad y no discriminación entre ambos regímenes de Seguridad Social (RETA/RGSS), dado el distinto nivel de protección de prestaciones y su régimen jurídico en muchos aspectos *in peius* respecto a la posición jurídica de los autónomos. Sin embargo, se planteó el problema de su encaje con el art. 14 CE ante el Tribunal Constitucional y éste entendió que las desigualdades o ausencia de homogeneidad quedaban justificadas objetivamente por las peculiaridades de cada sector de actividad y rasgos diferenciales entre los trabajadores de uno y otro Régimen de Seguridad Social, aunque es obvio que dicha

destrucción del Derecho del Trabajo, Madrid, La Ley, 2010; MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

³ COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO: *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Madrid, MTAS, 2006, pág. 16.

⁴ IHERING, R.V.: *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008, págs. 31 y sigs.

equiparación/homogeneidad en la acción protectora podría ser garantizada en cualquier momento a través de la intervención del legislador ordinario⁵.

Pero también se puede decir que ha sido tradicionalmente un régimen especial de Seguridad Social mal organizado desde los orígenes en lo que se refiere a aspectos cruciales como el modelo de cotización, la desmembración del mismo colectivo de autónomos, disperso en diversos regímenes (todavía persiste su tratamiento diferencia en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar...)⁶ y otros importantes aspectos de la fisonomía de este RETA. A ello hay que añadir que este régimen especial ha sufrido sucesivas reformas legislativas superpuestas entre sí generando numerosas cuestiones interpretativas (y con técnicas legislativas poco maduradas, cuando no improvisadas, como es el caso de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, o las ya desaparecidas Leyes de Acompañamiento de tales Presupuestos).

Con todo, las sucesivas reformas llevadas a cabo en las últimas décadas han tendido a la racionalización y a la equiparación de la acción protector del RETA siguiendo la estela del estándar diseñado en el RGSS. En ese proceso ha incidido la planificación racionalizadora llevada a cabo a partir del Pacto de Toledo, en cuya Recomendación Sexta se acuerda la simplificación e integración de los Regímenes Especiales, en la dirección de garantizar una homogeneización del sistema de Seguridad Social, de manera que a medio y 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, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sistemas marítimo-pesquero y de minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo. Estas previsiones se traducirían en reformas legislativas consecutivas del RETA (Ley 25/1997, de 15 de julio, Ley 55/1997, de 30 de diciembre, RD 463/2003, de 25 de abril, Ley 53/2002...)⁷ impulsadas por el proceso político del Pacto de Toledo y los Acuerdos

⁵ Autos TC 460/1984, de 18 de julio, 1397/1987, de 9 de diciembre, 1015/1988, de 12 de septiembre; SSTC 173/1988, de 3 de octubre, 184/1993, de 31 de mayo, y 3/1995, de 13 de febrero. Y más concretamente, STC 38/1995, de 13 de febrero, sobre el art. 30.1.a) del Decreto 2530/1970, que daría pie a que el RD 9/1991, de 11 de enero, suprimiera el requisito legal del período previo de cotización para tener derecho al acceso a las pensiones de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo cuando el trabajador se encuentre en situación jurídica de alta o situación normativamente asimilada. Para el Alto Tribunal no puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias económicas y sociales, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento. Es así que “la identidad del nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico” (STC 231/1993).

⁶ En efecto, conforme al art. 306.1 LGSS, “Estarán excluidos de este régimen especial [RETA] los trabajadores por cuenta propia o autónomos a que se refiere el artículo anterior cuando por razón de su actividad marítimo-pesquera deban quedar comprendidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar”.

⁷ Pero el proceso venía ya de antes. Es lo cierto que, a raíz de la reforma racionalizadora impulsada por la «Ley de Pensiones» (Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y acción protectora, disp. adic. 2.ª; que resultaba aplicable a los trabajadores autónomos ex art. 6), el proceso de simplificación e integración ha avanzado significativamente, corrigiendo algunos de los desmanes o excesos reguladores precedentes y procediendo a una obligada reordenación. Este proceso se llevó a la práctica con el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, desarrollado por las Órdenes Ministeriales de 20 de julio y 30 de noviembre de 1987, y que afectaba a los Regímenes Especiales creados por Decreto, con excepción del de la Minería del Carbón, de modo que todos ellos pasaban al Régimen General de la Seguridad Social, salvo el de

(...)

sociopolíticos entre los sucesivos gobiernos y las organizaciones profesionales más representativas (2001; 2003; 2006; 2011...).

En esa lucha por el derecho y, por qué no decirlo, por la racionalización del sistema de Seguridad Social en su conjunto, actualmente se aprecia una tendencia más acusada hacia la unidad y homogeneidad entre los ya más reducidos Regímenes Especiales y el RGSS. Ello se plasma en el vigente grupo normativo formado por los artículos 9 (Estructura del sistema de la Seguridad Social, 10 (Regímenes especiales), dentro de las “Normas generales del Sistema de la Seguridad Social”, rúbrica del Título I de la LGSS. Progresivamente se impulsa de forma encadenada un proceso de racionalización y de equiparación en el campo de la acción protectora.

En ese proceso de reforma fueron en sí ya importantes las previsiones contenidas en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, la cual dedica el Título IV a la Protección Social del Trabajador Autónomo (artículos 23 a 26, pero también la importante Disposición Adicional 4ª, sobre “Prestación por cese de actividad” (incluida su regulación ahora en TRLGSS), la Disposición adicional 15ª, relativa a la adaptación del RETA y la Disposición adicional 16ª, concerniente a la campaña de difusión del RETA, y la Disposición final segunda, sobre desarrollo de derechos en materia de protección social). Resulta harto significativo (a la altura del julio de 2007) las previsiones de la Disposición final 2ª LETA (“Desarrollo de derechos en materia de protección social”), conforme a la cual: “Con carácter progresivo se llevarán a cabo las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta Ley, se logre la *convergencia en aportaciones y derechos* de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena en el RGSS”. Reflejaba la intensificación del proceso política del Pacto de Toledo (Recomendación núm. 4) y sirviendo al objetivo trazado por el art. 26.5 y disposición adicional 15ª del LETA. En esa dirección, el Título IV incorpora del TRLGSS el “Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos” (artículos 305 a 326) y el Título V relativo a la “Protección por cese de actividad” de los trabajadores autónomos (artículos 327 a 350). No deja de ser un hito en la intrahistoria de la Seguridad Social dicha inserción en el TRLGSS que diseña el Sistema de Seguridad Social, porque refleja no sólo la estabilización de las leyes, disposiciones y normas refundidas sino también el objetivo de política legislativa de convertir al RETA en un auténtico Régimen *General* de Trabajadores Autónomos o por cuenta propia, ubicándolo simétricamente junto con el Régimen *General* de Trabajadores Asalariados o por cuenta ajena/dependientes⁸.

Escritores de Libros, que se integraron en el Régimen de Autónomos. En todo caso, se mantuvieron ciertas, en ocasiones significativas, peculiaridades. El Real Decreto 480/1993, de 1 de abril, procedió a la integración en el Régimen General de los colectivos incluidos hasta ese momento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Administración Local. Otro proceso interesante se ha venido produciendo parcialmente. Las medidas de reforma de determinadas prestaciones, o en general de diversos aspectos del Régimen jurídico de la Seguridad Social, se han referido deliberadamente al «Sistema», y no sólo al Régimen General, de modo que notables sectores de la ordenación normativa ya son comunes a prácticamente todos los Regímenes de la Seguridad Social.

⁸ Una perspectiva de conjunto en MONEREO PÉREZ, J.L. y SUÁREZ CORUJO, B.: “La ‘racionalización’ del sistema normativo de la Seguridad Social. El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social entre “racionalización técnica” y pretensiones subyacentes de ‘normalización””, en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8 (2015), págs. 889-909.

La vocación unificadora se expresa ya en el LETA cuando afirmaba que “la protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se instrumentará a través de un único régimen, que se denominará RETA, sin perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, estén encuadrados en otros regímenes de la Seguridad Social” (art. 23.2 LETA). El RETA se concibe, pues, como el régimen *general* de los trabajadores autónomos. Afirmando en una dirección unificadora y homogeneizadora que: “La acción protectora del RETA tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el RGSS” (art. 26.5 LETA). El RETA sirvió como impulso legislativo para alcanzar los objetivos trazados en las recomendaciones racionalizadoras y de justicia social del Pacto de Toledo. Fue un paso más en el largo camino hacia la unificación (todavía pendiente, aunque se ha avanzado mucho al respecto) de todo el trabajo autónomo en el RETA y en el marco una racionalización y reestructuración interna completa orientada hacia la homogeneidad de todos los regímenes de Seguridad Social sobre la base de dos grandes regímenes públicos: el RGSS y el RGTA; ambos, se insiste, generales respecto al objetivo de incluir al paradigma tipológico de trabajador profesional correspondiente y acotado a través de la técnica de acotamiento del “ámbito de aplicación”.

La transición hacia ese esquema incompleto cristalizaría en el TRLGSS. El artículo 10.2.c) TRLGSS enumera como Régimen Especial la tutela sobre un extenso, y en buena medida indefinido, grupo de colectivos profesionales junto con el Régimen General de la Seguridad Social, el RETA represente el otro gran pilar sobre el que se sustenta la estructura del Sistema. En consecuencia, hoy aparece convertido en el otro eje vertebrador de toda reforma simplificadora y racionalizadora de la estructura del Sistema. Aunque también respecto de este Régimen Especial es apreciable una clara tendencia a la aproximación, incluso equiparación, con el Régimen General de la Seguridad Social, todavía subsisten notables diferencias, más que en la acción protectora, en su organización y gestión, que revelan las dificultades para aplicar técnicamente el Régimen General a la singularidad socioeconómica del trabajador autónomo. La heterogeneidad extrema de este colectivo, que no deja de crecer y diversificarse, dificulta no sólo la labor de encuadramiento e identificación del ámbito subjetivo, sino que también está impidiendo la formalización de un régimen protector mínimamente homogéneo entre los colectivos encuadrados, o encuadrables, en él. El RETA está hoy regulado en el Título IV del TRLGSS, que es el resultado de una doble operación: llevar al cuerpo articulado las diversas disposiciones adicionales relativas a los trabajadores por cuenta propia, de un lado, e incluir los contenidos al respecto previstos en el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007), de otro. No obstante, conviene advertir de la vigencia del Decreto 2.530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el RETA, en lo que no se oponga al TRLGSS, contribuyendo así a mantener la incertidumbre que le viene caracterizando. La persistencia de diversas disposiciones adicionales y transitorias es otro factor que perpetúa la inseguridad, a comenzar por el propio ámbito subjetivo, dada la persistencia de escenarios de libertad de opción en el encuadramiento, como la hay también en la determinación del régimen de cotización.

Hay que tener en cuenta que siendo un régimen *especial* de Seguridad Social existen numerosas remisiones a aplicación a este régimen especial de las normas establecidas precisamente en el Título I (“Normas generales del sistema de la Seguridad Social”) del TRLGSS.

Este era el marco disponible antes del proceso de reforma de envergadura que ha imprimido la Ley de Reformas Urgentes del Trabajador Autónomo, que fue significativamente aprobada por unanimidad en el Congreso y en el Senado.

Ahora se nos presenta estas nuevas reformas urgentes del trabajo autónomo como un paso o avance “en el desarrollo de nuevas medidas de apoyo a todo lo que significa la actividad emprendedora, planteando nuevas metas”⁹. Y por ello se llevan a cabo, en primer lugar, una serie de reformas que afectan a la Seguridad Social de este colectivo en: el ámbito del campo de aplicación y encuadramiento de estos trabajadores; en lo concerniente a los actos instrumentales de afiliación, altas y bajas; en la cotización y recaudación; así como en la acción protectora. Para ello se modifican el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, aprobado por RD-legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS); y correlativamente los reglamentos para su aplicación como: a) el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y sus variaciones, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero (RAAB); b) el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre (RCL); y c) el Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio (RGR). En segundo lugar, también recoge una reforma de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) que afectan a diversos beneficios en la cotización; derechos colectivos del trabajador autónomo; relativas a organizaciones representativas; y de participación en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales.

Las reformas también comprende otros ámbitos, como: a) gastos deducibles en el IRPF modificando para ello la Ley 35/2006, de 28 de noviembre; b) derechos colectivos del trabajador autónomo, modificando los arts. 19,3 y 22 de la LETA; c) formación profesional y programas de formación e información en la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos; d) participación en el Consejo Económico y Social; e) Constitución del Consejo del Trabajo Autónomo; y f) adecuación del RD-legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprobó el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (LISOS) al nuevo régimen de altas y bajas de los trabajadores autónomo en el RETA¹⁰.

Las reformas más importantes, como se pueden adivinar por lo indicado en el párrafo anterior, son las que afectan al ámbito de la Seguridad Social.

⁹ Párrafo tercero de la exposición de motivos. La Ley parte de la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo 122/000043, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

¹⁰ La Proposición de Ley era menos ambiciosa ya que se limitaba a modular los recargos por ingresos fuera de plazo; a modificar los efectos de las altas y bajas; a la ampliación de la denominada tarifa plana y otros beneficios en la cotización relativos a las situaciones de maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y lactancia, suspensión por paternidad y facilitar la reincorporación de la trabajadora autónoma tras la maternidad; modificaciones de carácter fiscal y posibilitar la participación de las organizaciones representativas de estos trabajadores en el Consejo Económico y Social.

2. MODIFICACIONES RELATIVAS AL CAMPO DE APLICACIÓN Y ENCUADRAMIENTO DE LOS TRABAJADORES¹¹

Se modifica el apartado 2 del art. 12 de la LGSS relativo a disposiciones aplicables a familiares en orden a la extensión del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social que viene a permitir pese a lo recogido con carácter general en el art. 7 la posibilidad de que un autónomo pueda contratar como trabajador por cuenta ajena a un hijo menor de 30 años que conviva con él, si bien de la acción protectora de los mismos quedará excluida la cobertura de desempleo. Este límite de edad que puede superarse cuando el hijo tenga especiales dificultades de inserción laboral. Entendiendo que tienen tal dificultad¹²:

«a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social.

c) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento».

Se trata en definitiva de una ampliación en la posibilidad de contratar como trabajador por cuenta ajena a hijos discapacitados que pese a tener reconocida dicha situación (pues se les ha reconocido el porcentaje mínimo del 33%) no alcanza el 65%, siempre y cuando causen alta por primera vez en el Sistema de Seguridad Social. Adviértase que afecta al sistema de Seguridad Social y no solamente a los sujetos encuadrados en el RETA.

Paralelamente también se modifica la Disposición adicional décima de la LETA, relativa al encuadramiento de los hijos del trabajador autónomo, que tenía similar redacción.

3. MODIFICACIONES RELATIVAS A LOS ACTOS INSTRUMENTALES DE AFILIACIÓN, ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Aquí resultan modificados los arts. 35 apartado 3; 46; 48.2 y DT. segunda del RD 84/1996, de 26 de enero¹³.

La modificación consiste básicamente en modificar los efectos de las altas y las bajas en este régimen.

Tradicionalmente en el RETA el alta inicial o sucesiva solicitada dentro de plazo, tenía como efectos el día primero del mes natural en que concurrían los requisitos para la inclusión en el RETA, con independencia del día en que realmente se iniciara la actividad. Ahora se permitirá que afiliación y hasta tres altas dentro de cada año natural tengan como

¹¹ Disposición final sexta.

¹² En negrita la novedad.

¹³ Disposición Final primera. Entrará en vigor el día 1-1-2018.

efectos el día en que concurren los requisitos para su inclusión (siempre que se haya solicitado dentro de plazo).

De la misma forma se modifican los efectos de las bajas, pasando de tener como efectos el día primero del mes siguiente al que se dejen de reunir los requisitos (solicitadas dentro de plazo) a permitir que los sean, hasta tres al año, el día en que se cese en la actividad.

Los efectos son relevantes ya que la obligación de cotizar se vincula a los efectos de alta o de la baja. Era algo muy demandado por los trabajadores autónomos y que tenía poco sentido mantener esta penalización que en cierta forma era un enriquecimiento injusto por parte del sistema. Ya que ese mes integro que se obligaba a cotizar (cualquiera que fuera el tiempo efectivo de actividad) en nada repercutía en la protección del trabajador.

La reforma también afecta –en el mismo sentido– a los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, modificándose el apartado 2 del art. 48 del RD 84/1986, de 26 de enero.

Por otro lado, también se modifica la disposición transitoria segunda del RD 84/1986, de 26 de enero, relativa a las exclusiones temporales de la obligación de afiliación y alta previa, en el siguiente sentido:

- Se concreta a que colectivos con sistemas especiales dentro del régimen general se refiere: Frutas y hortalizas, de la industria de conservas vegetales y de las Empresas de Exhibición Cinematográfica, Salas de Baile, Discotecas y Salas de Fiestas. Quedaría fuera de tal posibilidad otros colectivos con sistema especial dentro del régimen general como: empleados de hogar, agrícola cuenta ajena, industria resinera, servicios extraordinarios de la hostelería, manipulado y empaquetado de tomate fresco; y trabajadores fijos discontinuos de estudios de mercado y opinión pública.
- Desaparece la mención a los trabajadores autónomos como excluidos y la referencia al plazo para solicitar la afiliación y/o alta en el RETA de los 30 días siguientes al inicio de la actividad.

4. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA COTIZACIÓN

Este es el apartado más importante de la reforma y viene recogido en los arts., 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12 y DA. 3.ª, DA. 5.ª, 7.ª, D. derogatoria única, DF. 2.ª y DF. 10.ª de la Ley 6/2017.

Curiosa es la ordenación dentro de la Ley de las novedades-modificaciones relativas a la cotización, que se recogen en los siguientes títulos:

- Título I “*Medidas para facilitar la cotización a la Seguridad Social y para reducir las cargas administrativas de los trabajadores autónomos*”. Comprende dos artículos 1 y 2, relativos a los recargos por ingresos fuera de plazo y a la cotización en situación de pluriactividad. Curiosa es la rúbrica del título ya que ninguna previsión en el mismo se establece relativa a la

reducción de las cargas administrativas, salvo que se entienda como tal la devolución de oficio del exceso de cotización en situaciones de pluriactividad, que hasta ahora requería una solicitud del interesado.

- Título II “*Medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo*”. Comprende tres arts. 3 y 4, relativos a la denominada “tarifa plana o reducida” y a beneficios en la cotización para determinados colectivos que emprendan o reempresen una actividad por cuenta propia.
- Título III “*Medidas para favorecer la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores autónomos*”. Dichas medidas se recogen en tres artículos 5, 6 y 7. Y consiste en bonificaciones para los trabajadores por cuenta propia para que puedan conciliar su vida profesional y familiar si bien vinculadas a la contratación, a las situaciones de descanso durante la maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia; y dirigidas a trabajadoras que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos.
- Título VI “*Medidas para mejorar la cotización de los trabajadores autónomos*”, recogidas en el art. 12.

Y otras modificaciones relativas a las bases de cotización, domiciliación del pago de cuotas, así como a los recargos por ingresos fuera de plazo recogidas en las Disposición finales segunda y tercera.

Junto a ellas, con carácter instrumental, y para hacer viable estas reformas la Disposiciones finales 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 9.^a, 10.^a modificarán los Reglamentos de Inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de los trabajadores; de Cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social; General de Recaudación de la Seguridad Social; la LETA y la LISOS.

Las reformas podrían agruparse en los siguientes apartados

A) *Recargos por ingresos fuera de plazo*¹⁴

- El art. 30.1.a) de la LGSS se modifica en el sentido de rebajar el recargo por ingresos fuera de plazo para las deudas por cuotas que se abonen –cumplidas las obligaciones establecidas en su art. 29.1 y 2– dentro del primer mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso que pasa del 20% al 10%.; si lo hicieren dentro del segundo mes natural siguiente, el recargo será del 20%.¹⁵
- La medida “muy aplaudida” por los trabajadores autónomos por el alivio económico que les pueda suponer para aquellos negocios o actividades que sufran demoras en sus ingresos, tiene también un aspecto a no olvidar y es que el retraso puede llevar a que no se pueda disfrutar la “*tarifa plana*”.
- No han tenido una “vida” muy pacífica los recargos por ingresos fuera de plazo, el texto refundido de la LGSS/1994 durante su vigencia tuvo hasta cuatro

¹⁴ Art. 1. Entrará en vigor el 1-1-2018

¹⁵ En la versión anterior el recargo era directamente el 20%.

versiones¹⁶. Un aspecto que no debe pasar desapercibido y es que esta reducción de los recargos no solo afecta a los trabajadores autónomos sino a todos los regímenes de la Seguridad Social.

B) *Cotización en situación de pluriactividad*¹⁷. *Exceso de cotización*

Se modifica sustancialmente el art. 313 de la LGSS que ahora pasa a denominarse “*Cotización en supuestos de pluriactividad*”¹⁸.

El nuevo art. 313 establece en su número 1 que:

Los trabajadores autónomos que, en razón de un trabajo por cuenta ajena desarrollado simultáneamente, coticen por contingencias comunes en régimen de pluriactividad, teniendo en cuenta tanto las cotizaciones efectuadas en este régimen especial como las aportaciones empresariales y las correspondientes al trabajador en el régimen de Seguridad Social que corresponda por su actividad por cuenta ajena, tendrán derecho al reintegro del 50 por ciento del exceso en que sus cotizaciones superen la cuantía que se establezca a tal efecto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio, con el tope del 50 por ciento de las cuotas ingresadas en este régimen especial, en razón de su cotización por las contingencias comunes de cobertura obligatoria. En tales supuestos, la Tesorería General de la Seguridad Social procederá a abonar el reintegro que en cada caso corresponda antes del 1 de mayo del ejercicio siguiente, salvo cuando concurran especialidades en la cotización que impidan efectuarlo en ese plazo o resulte necesaria la aportación de datos por parte del interesado, en cuyo caso el reintegro se realizará con posterioridad a esa fecha.

La redacción es farragosa y de complejo entendimiento (la anterior también lo era). A diferencia de las situaciones de desempleo en las que se establece un reparto de bases mínimas/máximas entre los sujetos obligados/responsables. En la situación de pluriactividad lo que se establece es un tope en la cotización y superándose el mismo la TGSS procederá a la devolución del exceso, con el límite de las ingresadas en el mismo que serán hechas efectivas antes del 1 de mayo de ejercicio siguiente, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) Se refiere a situaciones de pluriactividad: trabajo por cuenta ajena y cuenta propia en RETA.
- b) Habrá un límite, que se fijará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio.
- c) Límite máximo a devolver será el 50% de las cuotas, teniendo en cuenta que tienen que estar ingresadas. Problema se presentará si se quisieran computar cuotas que están aplazadas.
- d) Las cuotas a computar son las imputables a las contingencias de cobertura obligatorias, no a las voluntarias.

¹⁶ Las modificaciones desde 1994 hasta la aprobación del actual texto refundido se llevaron a cabo por el art. 1.5 de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre; el art. 17.1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio; el art. 5.3 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre; y art. 29.4 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

¹⁷ Art. 2. Uno. Medida que entró en vigor el día 26-10-2017.

¹⁸ Anteriormente “*Base mínima en los supuestos de alta inicial en situación de pluriactividad*”.

- e) El reintegro se hará de oficio. Anteriormente había que solicitarlo dentro de los primeros cuatro meses siguientes al ejercicio siguiente.

Se mantiene la previsión anterior previsión del art. 28 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, recogida en el número 1 que ahora pasa a ubicarse en el número 2 de este artículo (relativa a limitaciones en la cotización para altas iniciales en el RETA)¹⁹. Si bien se añade una nueva regla tercera, sobre incompatibilidad de tal beneficio con cualquier otra bonificación o reducción establecida como medida de fomento de empleo autónomo o con el nuevo reintegro de cuotas introducido ahora como número 1 de este art. 313 LGSS.

Al remitirse a la Ley de Presupuestos de cada año, deja sin concretar su alcance. En el caso especial de este año 2017 y teniendo en cuenta el anuncio de que no parece que –de momento– para 2018 vayamos a tener Ley de Presupuestos Generales del Estado su virtualidad es dudosa.

También se modifica el art. 8 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, para extender las previsiones del art. 313 de la LGSS (en su nueva versión) a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar²⁰.

¹⁹ Téngase en cuenta el art. 15.14. de la Orden ESS/2017, de 9 de febrero. Las cuantías correspondientes a los distintos porcentajes de la base de cotización por la que podrán optar los trabajadores incluidos en este régimen especial en los casos de pluriactividad con jornada laboral a tiempo completo o a tiempo parcial superior al 50 por ciento, serán durante el año 2017:

1. Cuando la base elegida sea el 50 por ciento de la base mínima de cotización: 446,70 euros.
2. Cuando la base elegida sea el 75 por ciento de la base mínima de cotización: 669,90 euros.
3. Cuando la base elegida sea el 85 por ciento de la base mínima de cotización: 759,00 euros.

Los trabajadores que causen alta por primera vez en este régimen especial y con motivo de la misma inicien una situación de pluriactividad podrán elegir como base de cotización, en ese momento, durante los primeros dieciocho meses, una base comprendida entre 446,70 euros y 3.751,20 euros y los siguientes dieciocho meses una base comprendida entre 669,90 euros y 3.751,20 euros.

Los trabajadores en los que la actividad laboral por cuenta ajena lo fuera a tiempo parcial con una jornada a partir del 50 por ciento de la correspondiente a la de un trabajador con jornada a tiempo completo comparable, podrán elegir en el momento del alta, como base de cotización, la comprendida entre 669,90 euros y 3.751,20 euros durante los primeros dieciocho meses y una base comprendida entre 759,00 euros y 3.751,20 euros en los siguientes dieciocho meses.

Véase también el art. 106.7 Ley 3/2017, de 27 de junio.

²⁰ Art. 2. Dos. Medida que entró en vigor el día 26-10-2017.

C) *Cuota reducida para los autónomos que emprendan o reemprendan una actividad por cuenta propia. La conocida como “tarifa plana”²¹.*

Se modifica el art. 31 de la LETA, en el sentido siguiente:

Condiciones		Incentivos	Duración máxima
Cualquier edad	Alta inicial o no haber estado en situación de alta en los dos años (<i>antes cinco</i>) inmediatamente anteriores a contar desde la fecha de efectos de alta, en el RETA	<p><u>Reducción inicial</u> Reducción 50€/mes en los 12 (<i>antes 6</i>) primeros meses, si se elige Base mínima; ó Reducción del 80% (sobre cuota B. mínima) durante los 12 (<i>antes 6</i>) primeros meses, si se elige Base > mínima.</p> <p><u>Reducciones/bonificaciones posteriores (al período inicial de 12)</u> sobre la cuota que resulte de aplicar sobre la base elegida (<i>antes Base mínima</i>) el tipo que corresponda: a) Reducción del 50% durante 6 meses siguientes b) Reducción del 30% durante los 3 meses siguientes c) Bonificación del 30% durante los 3 meses siguientes.</p>	24 meses (<i>antes 8</i>)
Hombres menores de 30 años y Mujeres menores de 35 años		<p><u>Después de la Reducción inicial</u> Bonificación del 30% de la cuota que resulte de aplicar sobre la Base mínima el tipo que corresponda</p>	36 meses (<i>antes 30</i>)
En caso de <i>reemprendimiento</i> de la actividad tras una baja el período a transcurrir desde la baja a la nueva alta, si se había disfrutado anteriormente de estos beneficios será de 3 años. Estos beneficios se extienden a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo 1 de cotización en el RETM.			

D) *Beneficios en la cotización para personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas de terrorismo que emprendan o reemprenda una actividad por cuenta propia²².*

Se modifica el art. 32 de la LETA, rebajando el porcentaje de discapacidad requerido y reduciendo el período de no alta exigible, en el sentido siguiente:

²¹ Art 3. Entrará en vigor el día 1-1-2018. La conocida como tarifa plana fue introducida por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

²² Art. 4. Medida que entrará en vigor el 1-1-2018.

Condiciones		Incentivos	Duración
Discapacidad grado $\geq 33\%$, violencia de género, terrorismo	Alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los dos años anteriores (antes 5) a contar desde la fecha de efectos de alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia	<u>Reducción inicial</u> Reducción 50€/mes en los 12 primeros meses; o Reducción del 80% (sobre cuota B. mínima) durante los 12 primeros meses <u>Reducciones/bonificaciones posteriores</u> sobre la cuota que resulte de aplicar sobre la Base mínima el tipo que corresponda: a) Bonificación del 50% durante los 48 meses siguientes.	5 años
En caso de reemprender actividad por cuenta propia, el período de baja necesario a tener en cuenta, en caso de haber disfrutado de estos beneficios en el período de alta anterior será de 3 años. Estos beneficios alcanzan a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo 1 de cotización del R.E. Trabajadores del Mar.			

E) Bonificaciones a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculadas a la contratación²³

Con la finalidad de favorecer la conciliación familiar se modifican la rúbrica y los apartados 1, 3 y se añade un nuevo apartado 8 al art. 30 LETA, en el siguiente sentido:

- Se amplía el supuesto previsto en su apartado 1 letra a) incrementando la edad del hijo a cargo al que se cuida, que pasa de 7 años a 12 años. Y en lo concerniente al apartado 3 se modifica también la referencia a 7 años por la de 12 años.
- El nuevo apartado 8 lo que hace es recoger expresamente estas bonificaciones para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo primero de cotización del R. E. de Trabajadores del Mar.

F) Bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural²⁴

Se pretende dar mayores facilidades a las mujeres para que puedan ser madres y, a la vez, que sus negocios continúen con su actividad y para ello se modifica la redacción el art. 38 del a LETA, en el siguiente sentido:

La bonificación alcanza a las situaciones de guarda con fines de adopción y también al colectivo de trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo 1 de cotización del R.E. Trabajadores del Mar.

²³ Art. 5. Medida que entró en vigor el 26 de octubre de 2017. Bonificación introducida por la Ley 31/2015, de 9 de octubre.

²⁴ Art. 6. Medida que entró en vigor el 26 de octubre de 2017. La bonificación ya fue establecida por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

La bonificación consiste en el 100% de la cuota del autónomo que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en que se acoja a esta medida, el tipo de cotización establecido como obligatorio para los trabajadores incluidos en el RETA o RETM que corresponda en función de su actividad. Si se llevare menos de 12 meses en alta en RETA o RETM, la base media de cotización se calculará desde la fecha del alta. La bonificación al igual que en la situación anterior se declara como compatible con la establecida en el RD-ley 11/1998, de 4 de septiembre²⁵. Bonificación, que en los términos que se redacta el art. 38 LETA, resultará de imposible aplicación en los supuestos de paternidad, al exigirse que el descanso tenga una duración mínima de un mes y recuérdese que la paternidad tiene una duración de cuatro semanas ininterrumpidas (que no es lo mismo que un mes).

G) Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos. Una nueva tarifa plana

Se trata de otro incentivo a la maternidad que busca fomentar la reincorporación de la mujer tras ser madre. La modificación consiste en introducir un nuevo art. 38 bis en la LETA, cuyo contenido básicamente es el siguiente²⁶:

- Dirigido a trabajadores por cuenta propia del RETA y del RETM.
- Que hayan cesado su actividad por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela en los términos legalmente establecidos y vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del cese.
- La bonificación alcanza a la cuota de CC (incluida IT) y supondrá una cuota fija de 50 euros mensuales, durante los doce meses siguientes a la fecha de la reincorporación, siempre que opten por la base mínima de cotización que corresponda. Si optasen por otra superior a la mínima podrá entonces aplicarse –durante dicho período una bonificación del 80% sobre la cuota por CC (incluye también la IT), siendo la cuota abonar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el RETA/RETM el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento. La singularidad respecto a la bonificación anterior es que no exige o vincula la bonificación a ninguna contratación.

²⁵ Su art. 1 letra c) dispone:

“Darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta:

...

c) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento o suspensión por paternidad, en los términos establecidos en los párrafos anteriores.”

²⁶ Art. 7. Medida que entró en vigor el día 26 de octubre de 2017.

H) *Base mínima de cotización para trabajadores autónomos que en algún momento del ejercicio económico y de manera simultánea hayan tenido a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez. También conocida como tarifa de los autónomos societarios*

Se modifica el art. 312 de la LGSS²⁷ en el sentido de sustituir la referencia de que la fijación de la base mínima en lugar de tomar como referencia la base mínima de los trabajadores incluidos en el grupo 1 del Régimen General pasará a ser la que en cada ejercicio determine la Ley de Presupuestos Generales del Estado y añade además que ello será también aplicable a los trabajadores por cuenta propia del RETM incluidos en el grupo primero de cotización de dicho régimen.

I) *Bonificación por la contratación de familiares del trabajador autónomo*

La Disposición adicional séptima²⁸ dispone la una bonificación de cuotas por CC del 100% durante un período de 12 meses por la contratación como trabajador por cuenta ajena del cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive. Para ello será necesario: a) Que el trabajador autónomo no hubiera extinguido contratos de trabajo por causas objetivas o despidos disciplinarios o bien despidos colectivos, que hubiesen sido declarados judicialmente improcedentes o no ajustados a derecho, en los doce meses anteriores a la celebración del contrato del que se quiere obtener bonificación; y b) Que en los seis meses posteriores a la celebración de los contratos con derecho a bonificación se mantenga el nivel de empleo²⁹. Expresamente se hace indicación de que la bonificación de cuotas se financiará con cargo a los presupuestos del SEPE.

J) *Bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos*

Se modifica el art. 35 de la LETA³⁰ y como novedad se introduce que las bonificaciones allí normadas alcance a la pareja de hecho, añadiendo a continuación que se entiende como pareja de hecho a los efectos de estas bonificaciones “ ... *la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*”. La “definición” de

²⁷ Art. 12. Medida que entró en vigor el día 26 de octubre de 2017.

²⁸ Medida que entró en vigor el 26 de octubre de 2017. Se remite también en cuanto a la normativa aplicable a esta bonificación a lo dispuesto en la sección I del capítulo de la Ley 43/2006, de 29 de septiembre, salvo lo dispuesto en sus arts. 2.7, 6.1 b) y 6.2.

²⁹ Para comprobar y verificar que se mantiene el nivel de empleo no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos por causas objetivas o despidos disciplinario que no hayan sido declarados improcedentes o los despidos colectivos que no hayan sido declarados no ajustados a derecho; ni tampoco las extinciones causadas por dimisión, muerte o IPT/IPA o GI del trabajador, expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato o bien por resolución en el período de prueba.

³⁰ DF. Décima. Medida que entró en vigor el 26 de octubre de 2017.

pareja de hecho se parece mucho a la recogida en el art. 221.2 de la LGSS en relación con la pensión de viudedad si bien omite la referencia a la necesidad de que haya una “antigüedad” mínima en la formalización de la pareja de hecho. Por otro lado la exigencia de que la convivencia se acredite vía certificado de empadronamiento volverá a plantear los mismos problemas en su entendimiento que los ya provocados con respecto a la pensión de viudedad y que el TS ha resuelto en el sentido de que es válido cualquier medio de prueba admisible en derecho³¹.

K) Otras modificaciones relativas a la cotización y liquidación se recogen en las disposiciones finales segunda y tercera.

La DF. Segunda dispone las siguientes modificaciones en el RCL:

1) En relación con la elección de bases de cotización y cambios posteriores en ellas³².

Se modifica el RD 2064/1995, de 22 diciembre, reglamento general de cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RCL), dando una nueva redacción al apartado 2 del art. 43 del RCL. Del resultado de la reforma, la cotización en este régimen especial queda así:

- La elección de la base se hace de forma simultánea a la solicitud de alta en el RETA, dentro del plazo establecido y surtirá efectos desde el momento en que nazca la obligación de cotizar, de conformidad con lo previsto en el art. 45.2 del RCL. Aunque con otra redacción la versión anterior en la práctica no difiere.
- Las bases mínima y máxima para todas las contingencias y situaciones protegidas serán las que se fije en cada ejercicio económico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE). En esto nada difiere de la situación anterior.
- Al menos el autónomo deberá de cotizar por la base mínima que corresponda. Tampoco aquí hay cambio alguno.
- Cabe la posibilidad de que el trabajador autónomo elija otra base (superior a la mínima) dentro de los siguientes parámetros: a) Deberá de estar dentro de la base mínima o máxima fijada anualmente con carácter general (la versión anterior de este apartado es muy parecida); o b) La fijada con carácter particular para determinados trabajadores autónomos, por razón de su edad, condición, actividad, situación o número de trabajadores que hayan contratado a su servicio en el ejercicio anterior (y esto sí que es novedad).

³¹ Desaparece la restricción de que las previsiones del precepto no sean de aplicación a familiares colaboradores que con anterioridad se hubieren beneficiado de las medidas allí recogidas.

³² Disposición final segunda uno. Medida que entrará en vigor el día 1 de enero de 2018.

- El interesado puede modificar la base con posterioridad en los términos previstos en el art. 43 bis (precepto nuevo)³³.

Por otro lado, se incorpora un nuevo art. 43 bis al RCL, relativo a los cambios de bases de cotización. Al trabajador se le permite cambiar la base de cotización por la que estaba obligado a cotizar hasta cuatro veces al año (anteriormente dos). Se podrá elegir otra siempre que esté dentro de las bases mínimas y máximas que resulten aplicables. Para ello deberán de solicitarlo a la TGSS y tendrá los siguientes efectos³⁴:

Fecha solicitud	Fecha efectos
De 1 de enero a 31 marzo	1 de abril
De 1 de abril a 30 junio	1 de julio
De 1 de julio a 30 septiembre	1 de octubre
De 1 de octubre a 31 diciembre	1 de enero del año siguiente

El cambio voluntario de bases de cotización siempre queda condicionado a las previsiones que en atención a la edad, condición, actividad, situación o número de trabajadores a su servicio a las limitaciones prevenidas en el art. 43.2 del RCL³⁵.

Finalmente, el nuevo art. 43 bis en su número 3 prevé la posibilidad de actualizaciones automáticas o de incremento automático de las bases de cotización máximas en el mismo porcentaje que se incremente la base máxima o también del incremento automático de las bases con el mismo porcentaje que se aumente la base máxima (si bien con el límite que pudiera afectar al trabajador). Estas opciones de actualización automática se podrán hacer al inicio o durante la situación de alta, si bien sus efectos serán desde el día 1 de enero del año siguiente. En caso de renuncia se podrá hacer durante todo el año, con efectos desde el día 1 de dentro del año siguiente.

2) En relación con el período de liquidación y contenido de la obligación de cotizar

Congruente con las modificaciones en la LGSS y en RAAB (respecto a los efectos de las altas y bajas en este régimen)³⁶, la DF. Segunda tres se modifica el art. 45 del RCL relativo al período de liquidación y contenido de la obligación de cotizar en el siguiente sentido:

³³ Disposición final segunda dos. Medida que entrará en vigor el 1 de enero de 2018.

³⁴ Anteriormente se podían solicitar antes del día 1 de mayo con efectos 1 de junio y antes del 1 de noviembre con efectos 1 de enero del siguiente año.

³⁵ Téngase en cuenta que la entrada en vigor de este precepto será el 1-1-2018.

³⁶ Disposición final primera. Medida que entrará en vigor el día 1 de enero de 2018.

- El período de la liquidación irá referido a meses completos. No obstante, para el caso de que se vean afectos períodos coincidentes con altas y bajas, la liquidación comprenderá los días de trabajo efectivo en el mes a que se refiera, exigiéndose la fracción de cuota mensual correspondiente a dichos días. A tal fin la cuota fija mensual se dividirá por treinta.
- En orden al nacimiento de la obligación de cotizar se distingue:

Solicitud de alta presentada	Nacimiento de la obligación de cotizar
Dentro del plazo reglamentario y en forma (incluyendo hasta tres altas dentro del año natural)	El día en que concurran las condiciones determinantes de su inclusión
Fuera del plazo reglamentario	Desde el día primero del mes natural en que concurran las condiciones para su inclusión
Altas de oficio por la TGSS	Desde el día primero de mes natural en que resulte acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en su campo de aplicación.

-En orden a la **extinción** de la obligación de cotizar se distingue:

Bajas presentadas	Extinción de la obligación
Dentro de plazo reglamentario y en forma para las tres primeras bajas en el año natural	Desde el día en que se dejen de concurrir en el sujeto la condiciones para su inclusión. Si se hubiere ingresado la mensualidad completa, se procederá a la devolución de oficio (salvo que el trabajador fuere deudor de la S. Social o tuviere reconocido un aplazamiento o moratoria)
Dentro de plazo reglamentario y en forma para bajas sucesivas (a partir de la tercera) en el año natural.	Al vencimiento del mes natural en que dejen de reunirse los requisitos para su inclusión.
Baja no presentada	La obligación de cotizar no se extingue hasta el último día del mes natural en que la TGSS conozca el cese del trabajador en su actividad por cuenta propia.
Baja de oficio por la TGSS	Se extingue el último día del mes en que se haya llevado a cabo la actuación inspectora o se hayan recibido datos o documentos que acrediten el cese en la actividad.

3) En relación con la cobertura de la contingencia de incapacidad temporal por contingencias comunes

Las modificaciones que se incorporan tratan de ajustarse al nuevo régimen de efectos de las altas y bajas y así se distingue en relación con el nacimiento de la

obligación de cotizar entre: a) situaciones de cobertura obligatoria de la IT, cuyos efectos son los mismos que anteriormente se han indicado con carácter general para la cotización; y b) situaciones de cobertura voluntaria de la IT, distinguiéndose entre solicitud de alta y cobertura voluntaria simultáneas en el régimen que seguirán los efectos antes indicados para las altas; o bien solicitud de cobertura ya estando en alta, en cuyo caso los efectos se posponen al día 1 de enero del año siguiente a la solicitud. Por su parte las extinciones de la obligación de cotizar tienen un régimen similar: a) con carácter general la obligación de cotizar se mantiene por un período mínimo de un año natural y se prorroga automáticamente por períodos de igual duración; y b) la obligación se extingue por renuncia a su cobertura o por la baja en el RETA con los efectos antes indicados con carácter general.

4) En relación con la cobertura de contingencias profesionales

La novedad respecto a la situación anterior no es otra que adecuaciones terminológicas, como sustituir en el apartado 5 del art. 45 el término “invalidez” por el de “incapacidad permanente” o más adecuadas conforme al texto refundido de 2015 que sería el caso de la remisión al art. 311 de la LGSS en lugar de la remisión a la DA. 32.^a de la LGSS/1994.

Por su parte la Disposición final tercera³⁷ viene a modificar el RGR en el siguiente sentido:

1) Recargos por ingresos fuera de plazo

— Se modifica el art. 10 en consonancia con la modificación del art. 29 LGSS, antes comentado.

2) Domiciliación obligatoria del pago de cuotas

Se modifica la DA octava del RGR cuya rúbrica pasa a ser “*Supuestos de domiciliación obligatoria del pago de cuotas*” en lugar de Domiciliación del pago de cuotas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. La obligación del pago de cuotas por el sistema de domiciliación en cuenta se establece para los sujetos responsables de la obligación de cotizar en el RETA, RETM –cuenta propia– y sistema especial de empleados de hogar. Se mantiene una similar redacción del apartado 2 de esta disposición adicional en cuanto a los efectos en los supuestos en que haya una modificación de la cuenta de domiciliación, que ahora también alcanzará a los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el RETA y RETM.

5) Modificaciones relativas a la acción protectora

a) Ampliación del accidente de trabajo a los ocurridos “in itinere”³⁸

Se modifica el apartado 2 del art. 316 de la LGSS para incluir un segundo párrafo con el siguiente tenor:

“ ...

³⁷ Entrará en vigor el día 1 de enero de 2018.

³⁸ Art. 14. Entrada en vigor el 26 de octubre de 2017.

También se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.”

Como se puede apreciar la delimitación de que se considera como accidente de trabajo queda condicionado a un elemento topográfico (en su aspecto destino y origen del desplazamiento): el establecimiento donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad y siempre que se corresponda con el local, nave u oficina declarado afecto a la actividad económica a efectos fiscales; y siempre que no sea el propio domicilio del trabajador autónomo. Si ya de por sí el accidente *in itinere* en su referencia a los trabajadores por cuenta ajena plantea múltiples problemas a la hora de determinar la concurrencia de los elementos teleológicos (la finalidad del trayecto), cronológicos (duración), mecánico (medio de transporte utilizado) y el topográfico; la restricción o concreción para los trabajadores por cuenta propia a un concreto punto de destino u origen es de prever que origine múltiples controversias en su interpretación, teniendo en cuenta que no todo trabajador por cuenta propia tiene que disponer un local, nave u oficina para desempeñar su actividad.

b) Base reguladora de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad de los trabajadores por cuenta propia³⁹

Se modifica el art. 318 de la LGSS relativo a la maternidad y paternidad de los trabajadores por cuenta propia en el siguiente sentido:

- Se excluye expresamente de aplicación a estos trabajadores las previsiones de los arts. 179.1 y 185 LGSS, lo cual es lógico con las modificaciones que dichos preceptos se hacen a continuación.
- Con carácter general la base reguladora diaria de la prestación de IT será el promedio de lo cotizado en los seis meses inmediatamente anteriores al hecho causante dividido por 180.
- Para el caso de que en dicho período no se hubiere permanecido en alta la totalidad de esos seis meses, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización acreditadas en dicho período de seis meses por el número de día en que se hubiere estado de alta en tal período.
- Expresamente se hace indicación de que las causas de denegación, anulación o suspensión de la prestación por paternidad serán las mismas que las de la maternidad.

³⁹ Disposición Final cuarta. Su entrada en vigor será el día primero del segundo mes natural siguiente a la entrada en vigor de la disposición final segunda (que entrará en vigor el 1 de enero de 2018). En definitiva, la entrada en vigor será el 1-3-2018.

- Se extiende a la prestación por paternidad la posibilidad de un reconocimiento provisional de la misma forma que la prevista para la maternidad por el art. 179.2 LGSS.

Por otro lado, también se hacen unos ajustes en la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero, añadiendo un segundo párrafo a los apartados 1 de sus arts. 24 y 25, relativos a las bases reguladoras de las prestaciones de maternidad y paternidad de los trabajadores por cuenta propia incluidos en los grupos 1, para equipararlos a las nuevas previsiones del art. 318 a) LGSS.

c) Jubilación. Compatibilidad de trabajos por cuenta propia con pensión de jubilación contributiva⁴⁰

Se amplían las posibilidades de compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con el trabajo y para ello se modifica el art. 214 apartados 2 y 5 de la LGSS, en el siguiente sentido:

- Se permitirá al pensionista de jubilación compatibilizar su percibo al 100 por ciento si realiza una actividad por cuenta propia y acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. En principio cabe pensar del tenor literal de lo normado que el régimen en el que se había causado puede ser el régimen general o uno especial; y en segundo lugar que es aplicable a situaciones que se produzcan a partir de la entrada en vigor de esta medida (26 de octubre de 2017) y también a las anteriores (es decir a pensiones de jubilación ya causadas con el régimen anterior de compatibilidad al 50% de la pensión).
- La nueva redacción del apartado 5 viene a ser un ajuste a la nueva situación de compatibilidad para el pensionista de jubilación que si se cesa en la actividad por cuenta propia verá restablecido el percibo íntegro de la pensión.

5. ADAPTACIÓN DE LA LISOS A LA REFORMA

Las novedades relativas a los cambios introducidos en el régimen de altas de los trabajadores autónomos precisaban también una adaptación en el régimen de infracciones y sanciones que se lleva a cabo modificando los arts. 22.7 y 40.1 de la LISOS⁴¹.

6. NOVEDAD EN LOS GASTOS DEDUCIBLES EN EL IRPF

Se clarifica la deducibilidad de los gastos en los que pueda incurrir un trabajador autónomo en el ejercicio de su actividad, con el fin de darle una mayor seguridad jurídica. Se aclara la deducibilidad de gastos de suministros correspondientes a la parte de la vivienda

⁴⁰ Disposición final quinta. Entrada en vigor el 26 de octubre de 2017.

⁴¹ Disposición final novena dos. Entrada en vigor el 1 de enero de 2018.

que se encuentre afecta a la actividad económica desarrollada por el contribuyente⁴². Para ello se modifica la regla 5.^a del art. 30.2 de LIRPF⁴³ relativa a las normas para la determinación del rendimiento neto en estimación directa, básicamente para incluir como gasto deducible⁴⁴: a) determinados suministros (agua, gas, electricidad, telefonía e internet) correspondientes a la parte de la vivienda afectada a la actividad económica desarrollada por el trabajador autónomo⁴⁵; y b) gastos de manutención por desarrollo de la actividad económica, siempre que se produzcan en establecimientos de restauración y hostelería y se abonen por medios electrónicos de pago, con los límites establecidos reglamentariamente para las dietas y asignaciones para gastos normales de manutención de los trabajadores⁴⁶. Es una ventaja que se ofrece a los autónomos que por el tipo de trabajo que desempeñan establezcan su centro de trabajo en el hogar. Con la nueva ordenación queda claro el porcentaje a tener en consideración en orden a conocer el que se considera uso personal o profesional.

7. MODIFICACIÓN EN EL REGLAMENTO SOBRE EL DEPÓSITO DE ESTATUTOS DE ORGANIZACIONES SINDICALES Y EMPRESARIALES

Se modifica el art. 1 del RD 416/2015, de 29 de mayo, ampliando el objeto de la norma para dar cabida a las organizaciones que representen a los trabajadores por cuenta propia⁴⁷

Reformas ad calendas graecas

Bajo esta singular rúbrica se encuadrarían las recogidas en las Disposiciones adicionales tercera, cuarta, quinta, sexta y Disposición final quinta dos⁴⁸, a saber:

a) Conversión en bonificaciones de las reducciones de cuotas a la Seguridad Social

Se dejan para el diálogo social y dentro del marco del Pacto de Toledo impulsar la graduación conversión en bonificaciones de las reducciones de cuotas a la seguridad social.

⁴² En relación con los gastos derivados de la titularidad de la vivienda (IBI, comunidad de propietarios, etc.) ya resultaban deducibles en proporción a la parte de la vivienda afectada al desarrollo de la actividad y a su porcentaje en la titularidad del inmueble.

Quizás haya tenido mucho que ver las situaciones planteadas por profesionales ante las comprobaciones llevadas a cabo por AEAT en relación a los gastos deducidos por ellos de sus rendimientos. Véase la noticia publicada en el diario El Mundo en fecha 16-5-2016 sobre la situación personal de una conocida escritora (la noticia se puede consultar en la siguiente dirección elmundo.es/loc/2015/05/16/5554deffe2704e4a648b4596.html).

⁴³ Art. 11. La medida entra en vigor el 1-1-2018.

⁴⁴ Se mantiene la deducción por primas de seguro de enfermedad satisfechas por el propio trabajador en la parte correspondiente a su propia cobertura y a la de su cónyuge e hijos menores de 25 años, con el límite de 500 euros por cada una de las personas reseñadas o de 1.500 euros por cada uno de ellos con discapacidad.

⁴⁵ El porcentaje resultante de aplicar el 30% a la proporción existente entre los metros cuadrados de la vivienda destinada a la actividad respecto de la superficie total, salvo que se pruebe un porcentaje superior o inferior.

⁴⁶ Actualmente las cuantías exceptuadas de gravamen en relación con la manutención son 26,67€/día si el gasto se produce en España y 48,08€/día si se produce en el extranjero (sin pernocta) y de 53,34€/día y 91,35€ con pernocta en España o en el extranjero respectivamente.

⁴⁷ Disposición final séptima. Entrada en vigor el 26 de octubre de 2017.

⁴⁸ Incorpora una nueva disposición final sexta bis a la LGSS.

Se prevé que se hagan en un plazo máximo de cuatro años y *siempre que se den las condiciones económicas necesarias*.

b) Estudio del concepto de habitualidad a efectos de la inclusión en el RETA

Queda para su estudio y determinación dentro de la Subcomisión para el estudio de la reforma del RETA, la determinación de los elementos que determinaran la consideración de habitualidad a los efectos de su inclusión en el RETA, fijando como dato a tener en cuenta los ingresos computables de dichos trabajadores en su referencia a que no superen el SMI en cómputo anual.

c) Autónomo y cotización a tiempo parcial

También queda para estudio en el ámbito de la Subcomisión para el estudio y reforma del RETA la determinación e implantación de un sistema de cotización a tiempo parcial de estos trabajadores.

d) Autónomos y jubilación a tiempo parcial

Igualmente queda para la citada subcomisión, la determinación e implantación de un posible acceso a la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta propia, así como la posibilidad de contratar a tiempo parcial o completo a un nuevo trabajador para garantizar el relevo generacional en los supuestos de trabajadores autónomos que no cuenten con ningún empleado.

e) Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena

Y nuevamente se deja para el diálogo social y en el seno del Pacto de Toledo la extensión al resto de actividad por cuenta propia o ajena el régimen de compatibilidad previsto entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulados en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 214 de la LGSS.

Vistas estas promesas, lo primero que se le viene a uno a la mente es aquello de *¡Tan largo me lo fiais!*

Otras promesas o reiteración de compromisos

Dirigidas a mejorar la formación profesional para el empleo, dando participación a las principales organizaciones representativas de los autónomos en la detección de necesidades y diseño, programación y difusión de la oferta formativa de autónomos, siguiendo lo dispuesto en la Ley 30/2015, si bien sin concretar su alcance⁴⁹.

Dirigidas a dar cumplimiento a la DA. Octava de la LETA relativa a la participación de los trabajadores autónomos en el Consejo Económico y Social, que deberá de

⁴⁹ Art. 13. En vigor desde 26 de octubre de 2017

formalizarse en el plazo de un año⁵⁰; y también a la constitución del Consejo de Trabajo Autónomo en el plazo de un año⁵¹.

El problema de estas promesas o mandatos al Gobierno va a estar en las posiciones que tomen los hasta ahora interlocutores que han venido asumiendo la representación de los trabajadores autónomos, concretamente las representaciones empresariales CEOE y CEPYME y las sindicales, como sería el caso de UPTA-UGT, o bien la actual colaboración entre CCOO y UATAE.

8. A MODO DE UNA VALORACIÓN FINAL DE LA REFORMA

Aunque es pronto para una valoración de la misma sí podrían hacerse algunas observaciones o comentarios sobre la misma.

La mayoría de las reformas inciden en los aspectos relativos a la cotización y los beneficios que el autónomo puede encontrar. Se amplían medidas ya existentes o se introducen algunas nuevas como antes se han reseñado. Con independencia de la “bondad” que en las mismas pueda encontrar el trabajador por cuenta propia, debe recordarse lo siguiente:

- La confusa situación relativa a los beneficios en la cotización ya advertida por la Disposición Final Octava del RD-ley 16/2013, de 20 de diciembre, que mandaba al Gobierno para que con el fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica procediera a una reordenación normativa de los incentivos a la cotización, estableciendo una disposición que recogiera todas las bonificaciones y reducciones vigentes a su entrada en vigor y su armonización. Cosa que hasta la fecha no se ha hecho, si no que se han acrecentado por disposiciones posteriores.
- El Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo entre 2011 y 2015 y la recomendación de evitar reducciones o exenciones en la cotización por sus perniciosos efectos que tienen para los ingresos de la Seguridad Social, que se olvida y posterga nuevamente.

Más interesantes son las reformas que afectan a los efectos de las altas y bajas en relación con la obligación de cotizar. Realmente no tenía sentido obligar al trabajador autónomo a cotizar el mes completo en que inicia o termina su actividad con independencia de los días reales de trabajo en tales meses, máxime cuando esos días “de más” no le iban a ser nunca computados a efectos de lucrar prestaciones por no corresponder a trabajo desempeñado. Era algo ilógico e injusto que provocaba un cierto enriquecimiento injusto por parte del sistema.

Por lo que se refiere a la posibilidad de cambios de bases de cotización a lo largo del año natural, está por ver el impacto real que tendrán, pero puede llegar a ser interesante en algunos casos para el trabajador. Quizás haya que ser más ambicioso en el análisis de este

⁵⁰ Disposición adicional primera.

⁵¹ Disposición adicional segunda.

tema de la posibilidad de elegir bases de cotización para los trabajadores por cuenta propia. Por un lado, habría que distinguir los efectos que sobre las prestaciones de corta duración pueden tener y la previsibilidad de acceso a ellas (es decir en las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), admitir un cambio libre en las bases puede dar lugar a efectos de una sobreprotección injusta. En el terreno de su operatividad en las prestaciones “largas”, fundamentalmente en la pensión de jubilación que es planificable, quizás haya que replantearse los límites en la elección de bases a partir de una determinada edad, teniendo en cuenta que los períodos a tomar en cuenta en la base reguladora es bastante más amplio (y más lo será) que cuando se establecieron esos límites en función de la edad (inicialmente para los mayores de 55 años) para evitar subidas buscadas que incidieran en la base reguladora de una forma torticera.

Nuevamente se han modificado los tipos de recargos en las cuotas a ingresar fuera de plazo rebajando ahora su porcentaje, debiendo de tenerse en cuenta que no solo afecta a los trabajadores por cuenta propia del RETA o del RETM, sino también a todos los sujetos responsables del ingreso de cuotas de cualesquiera de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social.

Criticable son los mandatos al Gobierno o promesas de estudios sobre la habitualidad, trabajo a tiempo parcial, jubilación parcial y compatibilidad plena de la pensión de jubilación con el trabajo, dados los reiterados incumplimientos de los Gobiernos de turno. La promesa de fijar una franja de ingresos a partir de la cual se considere que hay habitualidad y por tanto marque la obligatoriedad de la inclusión o no en el RETA y por otro lado el trabajo a tiempo parcial del trabajador autónomo va a ser de muy complejo encuadre y determinación, máxime cuando en el trabajo por cuenta ajena no hay ese umbral de ingresos por actividad para quedar encuadrado.

Estudios
Doctrinales

LABORUM

La compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia

The compatibility or incompatibility between unemployment benefit and self-employment

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

*CONTRATADO PREDOCTORAL FPU
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Resumen

En este estudio nos planteamos la existencia o no de la compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo –especialmente con el empleo por cuenta propia–. Partimos del consolidado criterio jurisprudencial que estipula la regla general de la absoluta incompatibilidad. Sin embargo, de un actual estudio de la jurisprudencia, observamos la existencia de determinados supuestos de compatibilidad, lo que nos permite confirmar que la regla general de incompatibilidad no es tan absoluta como pareciera ser. Para ello, y como punto de partida, analizamos la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017, continuando con un acopio jurisprudencial –de sentencias recientes y no tan recientes– en el que observamos un cambio de modelo desde la absoluta incompatibilidad a la más que deseada compatibilidad, lo que nos hace confirmar la obsolescencia del artículo 282 LGSS y su necesaria revisión y reforma para dejar de declarar incompatible lo que es perfectamente compatible: la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia. Asimismo, también realizamos una actual y extensa valoración del derecho a la protección por desempleo, de las políticas de empleo y, en general, de la Seguridad Social.

Palabras clave

Desempleo; protección por desempleo; trabajo por cuenta propia; compatibilidad; incompatibilidad; política de empleo; trabajo decente o digno; Seguridad Social

Abstract

In this study, we consider if it exists the compatibility between unemployment benefit and work –especially self-employment–. Our starting point is the consolidated criterion of the case law, which stipulates the general rule of the absolute incompatibility. However, from a current case law study, we observe the existence of certain compatibility cases, a fact that allows us to confirm that the general rule of incompatibility is not as absolute as it seemed to be. With this objective, we begin analysing the recent judgement of the Supreme Court dating from April 5th 2017; continuing with a collection of the case law –about recent and not so recent judgements– in which we observe a change of model from the absolute incompatibility to the more than desirable compatibility, what makes us confirm the obsolescence of the 282 LGSS article and its necessary revision and reform in order to stop declaring incompatible what is perfectly compatible: the unemployment benefit with the self-employment. Additionally, we make a present and extensive assessment of the right to the unemployment protection, the employment policies and, in general, the Social Security.

Keywords

unemployment; unemployment protection; self-employment; compatibility; incompatibility; employment policy; decent and worthy work; Social Security

La Seguridad Social no es la única respuesta a los complejos interrogantes que gravitan sobre la vida de las sociedades modernas. Pero sí que puede considerarse como condición necesaria para que puedan afrontarse los posteriores problemas del progreso social”

Augusto VENTURI¹

1. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: VALORACIÓN GENERAL

El trabajo es en sí mismo un factor de integración social pero puede ser también, por ello mismo, un factor de exclusión social². Al respecto, la protección pública contra el desempleo es un ámbito de protección de la Seguridad Social que ha surgido tardíamente dada su complejidad técnica y sus altos costes. En la medida en que el “*paro*” sigue mostrándose como problema fundamental estructural de la sociedad española, por su potencialidad de incrementar la desigualdad y la exclusión social, y por sus repercusiones sociales, políticas y económicas, la protección por desempleo deja de ocupar un papel marginal o residual de las políticas legislativas, convirtiéndose en la prioridad de los sistemas de Seguridad Social. Así, y partiendo de que el objeto de la Seguridad Social es la de eliminar ciertos daños ocasionados por la verificación de una contingencia, en la situación de desempleo el daño se origina por una cesación o reducción de la renta como consecuencia de la pérdida de la ocupación. De acuerdo con lo manifestado, la prestación por desempleo pretende garantizar al trabajador una renta económica de sustitución del salario durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo empleo. Sin embargo, un análisis de la protección por desempleo pone de relieve las dificultades de esta cobertura, pudiendo calificar la prestación de esta contingencia, como una garantía imperfecta: los requisitos que se imponen dejan sin protección a parados; la debilidad de las prestaciones no asegura siempre un nivel de vida suficiente; y los límites temporales que se fijan pueden dejar a los trabajadores sin recursos³.

Se parte de la premisa de que el objeto de la Seguridad Social es la eliminación de ciertos daños –determinados por la verificación de una contingencia–: en la situación de desempleo la alteración desfavorable –daño– se produce por una cesación o reducción de la renta como consecuencia de la pérdida de la ocupación. Las prestaciones de desempleo garantizan al trabajador una renta económica de sustitución del salario o de reparación de la situación de necesidad por falta de trabajo durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo empleo. Lo importante es garantizar la ciudadanía activa, de forma que se consagre el derecho a la utilidad social y no simplemente el derecho

¹ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), trad. Gregorio Tudela Cambroner, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, págs. 788-789.

² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. extra 1, 2003, pág. 73.

³ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Ed. Tecnos, 2017, págs. 422 y 423.

a recibir ingresos por inactividad. En efecto en un sistema democrático debe garantizarse el derecho a la existencia digna –artículo 10 y 35.1 CE–⁴.

La protección por desempleo se enmarca dentro de las políticas de empleo –que comprenden las políticas activas de empleo– como conjunto de medidas económicas y presupuestarias que se esfuerzan en prevenir el paro. El problema del “*seguro de paro*” pasa progresivamente a segundo plano en la política de lucha contra el desempleo, en comparación con el tema de las reformas estructurales. En este sentido, la Constitución Española insta a los poderes públicos para que de manera especial realicen una “*política orientada al pleno empleo*” –artículo 40.1 CE– como objetivo básico de la política económica del Estado social. Por otro lado, las medidas de Seguridad Social se dirigen a reparar –indemnizar– la situación de necesidad social individual –políticas pasivas–. Todas ellas deberían estar necesariamente conectadas para conseguir los objetivos deseados. Al respecto debe recorrerse el camino que va de la indemnización a la inserción profesional.

El desempleo es definido como aquella situación en la que se encuentran quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo. Por su parte, la política de empleo puede ser definida como el conjunto de decisiones y acciones públicas que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo –en sus aspectos cuantitativos y cualitativos o de calidad–, la protección de las situaciones de desempleo y el conjunto de políticas públicas de acompañamiento necesarias. Se trata de actuaciones de los poderes públicos que tienden a aumentar el empleo y proteger el desempleo que, por su propia naturaleza, adoptarán formas activas de política de empleo –actuar en el campo de la formación, mejorar las oportunidades de acceso, fomentar el empleo– y formas pasivas –protección reparadora por desempleo dentro del sistema de Seguridad Social que tienden a hacerse pro-activas–. La efectividad de tales políticas requiere una planificación conjunta y una coordinación dinámica en el marco de la política de empleo –artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo–. Definición de política de empleo que hace referencia directa a la protección por desempleo como ámbito de actuación pasiva y activa de la política de empleo en su versión más evolucionada.

Actualmente la política de empleo se encuentra en la encrucijada. No es que se haya perdido la centralidad del trabajo en una sociedad que requiere del trabajo abstracto como valor relativamente mercantilizado, pero si es cierto que se avanza hacia una sociedad de menor crecimiento del empleo, porque el simple crecimiento económico –que ya no puede ser ilimitado– no será suficiente para crear empleo a tiempo completo y estable para todas las personas. Obviamente esto supone un cambio estructural de perspectiva de regulación del fenómeno desempleo: nuestras políticas sociolaborales democráticas estaban vinculadas al trabajo asalariado y pensadas en la invención de un estatuto jurídico protector ligado al empleo productivo. Por tanto, el hecho social del desempleo deberá abordarse no solo desde una perspectiva coyuntural sino también estructural. Para ello se deberá conjugar las políticas

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección pública por desempleo y la “activación” de las políticas de empleo”, en AA. VV.: *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., LÓPEZ INSUA, B.M. (Dir. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2016, pág. 960.

sociolaborales que protejan a los trabajadores desempleados a través de medidas reparadoras –políticas pasivas– y medidas activas –encaminadas a la empleabilidad y a la reinserción de las personas desempleadas–. Por otra parte, la acción protectora por desempleo del artículo 262 LGSS comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo⁵.

Formalmente la protección por desempleo se estructura complejamente en dos niveles: el nivel contributivo y el nivel asistencial. Se trata de un modelo complejo integrado, en cuyo marco el nivel contributivo garantiza prestaciones básicas y el nivel asistencial prestaciones complementarias o autónomas –falta o carencia de ingresos–, si bien es cierto que tiende a reforzarse esa funcionalidad autónoma –es decir, con independencia del nivel contributivo, sin que este sea necesariamente la antesala del asistencial–. En nuestro Derecho, como regla general, el nivel asistencial clásico está subordinado a la existencia previa de nivel contributivo –haber agotado la prestación por desempleo– o al cumplimiento de requisitos contributivos –que no hayan alcanzado el nivel de carencia exigido para obtener la protección del nivel contributivo pero acrediten un periodo de cotización mínimo aun sin responsabilidades familiares–. En consecuencia, no se articula realmente un doble sistema de protección, sino un sistema complejo e incoherente, donde los niveles se articulan entre sí, no como compartimentos estancos, sino como vasos comunicantes. Por otro lado, la distinción entre ambos niveles no puede encontrarse en la financiación, pues ambos se financian mediante las cotizaciones de trabajadores y empresarios y la aportación del Estado, por lo que los dos tienen, en principio, atendiendo al origen de sus recursos financieros, dimensión contributiva.

Para ambos niveles, contributivo –artículo 266 y siguientes de la LGSS– y asistencial –artículo 274 y siguientes de la LGSS– se satisfacen prestaciones económicas indirectas relativas al abono de la cotización durante la percepción de la prestación o del subsidio. Pero el factor de complejidad se acrecienta porque a partir del año 2000 se introdujo otro ámbito de protección por desempleo vinculado a la inserción laboral: nos referimos a la Renta Activa de Inserción en el marco de la protección general por desempleo. La Renta Activa de Inserción es una ayuda específica dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, siempre y cuando adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. Jurídicamente es un subsidio asistencial para colectivos específicos –mayores de 45 años, parados de larga duración, minusválidos, emigrantes retornados, víctimas de la violencia doméstica– y de estructura prestacional compleja que pretende asumir, acumulativamente, funciones de compensación –garantía de rentas mínimas de subsistencia mediante una prestación económica– y de reinserción al empleo –garantía de una oportunidad de empleo mediante prestaciones técnicas o en especie típicas de la política de empleo– para aquellas personas que, con especiales dificultades para encontrar empleo –colectivos en riesgo de exclusión no sólo

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en AA. VV.: *La protección por desempleo en España*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2015, págs. 131 y ss.

ocupacional sino social⁶– no tengan derecho a la prestación o a los subsidios típicos –carácter subsidiario–⁷.

La Renta Activa de Inserción se inserta dentro de la acción protectora por desempleo integrándose como un ámbito específico y diferenciado vinculado al nivel asistencial. Es una última red de protección por desempleo interna al sistema de Seguridad Social, siendo una auténtica prestación de la Seguridad Social. Materialmente aparece como un “tercer nivel” que hace frente a las insuficiencias protectoras del llamado legalmente nivel asistencial. Pero dentro de la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social presenta un carácter específico y diferenciado de los niveles contributivo y asistencial⁸.

Como medida de actuación hay que entender que la RAI es compatible con el trabajo a tiempo parcial, con la reducción proporcional del importe de la cuantía del subsidio asistencial –artículo 10.2.b) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo– y, empero, resulta incompatible con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o por cuenta propia –artículo 10.1 del citado texto normativo–.

Se pretendía que la Renta Activa de Inserción fuera una última red de protección por desempleo pero al final han surgido otras redes ante la misma realidad del relativo fracaso de los dos niveles asistenciales –el genérico subsidio asistencial y la propia RAI–. De ahí, la Renta Agraria, el Plan Prepara y el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo. En efecto, de *lege ferenda*, todos estos subsidios deberían unificarse buscando una mayor racionalización, homogeneidad, eficiencia y equidad, tanto más cuanto se ha comprobado su normalización –prácticamente, se convierten en programas permanentes– en nuestro sistema de Seguridad Social. Todas estas prestaciones por desempleo y subsidios son incapaces de crear empleo: al final, sólo tratan de atender a la situación de defecto de ingresos y facilitar la reinserción profesional de la persona desempleada⁹.

En definitiva, el actual modelo de protección contra el desempleo es un modelo que combina las técnicas contributivas y asistenciales. Hoy no existen tres sistemas sino uno integrado, complejo y mal estructurado, situado en un mismo sistema normativo –se trata de niveles dentro de un sistema normativo de protección que ya no obedecen a una lógica pura–.

Transitando ahora desde el punto de vista de la técnica protectora a la consideración de la tasa o nivel de cobertura, se puede decir que el actual sistema de protección del desempleo refleja una opción política restrictiva en la tasa de protección. En este sentido, se

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017, págs. 925 y ss.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección legal por desempleo y sus niveles de protección”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6, 2016, pág. 33.

⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en AA. VV.: *La protección por desempleo en España*, cit., pág. 155.

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, cit., págs. 946 y ss.

puede afirmar que por lo que se refiere a la extensión subjetiva de la protección, el sistema tiende a universalizarse –aunque se ponen trabas contributivas realmente duras para el acceso–, mientras que por lo que se refiere a la intensidad de la cobertura, la calidad de la protección tiende sin duda a reducirse en términos absolutamente concluyentes. De manera que, por lo que se refiere a la tasa de cobertura, el modelo se caracteriza por esa doble presencia entre la mayor universalización y la menor intensidad de la protección que se confiere. En esa menor intensidad es donde es pertinente retener el indicado proceso de asistencialización en grado mínimo de subsistencia de la protección global por desempleo.

De acuerdo con lo expuesto es obvio que, actualmente, falta en nuestro sistema el establecimiento de un conjunto de medidas, de carácter interno y de carácter externo, de reformas en profundidad. Veámoslas¹⁰:

- Las medidas de carácter interno deberían estar encaminadas a: a) clarificar los respectivos campos de actuación y las conexiones existentes entre los tres niveles de protección; b) dotar de mayor coherencia a cada uno de los niveles atendiendo a sus propias lógicas de funcionamiento –la contributiva y la asistencial–; c) lograr que el nivel contributivo satisfaga rentas sustitutivas de los salarios dejados de percibir guardando un razonable criterio de proporcionales rentas de sustitución y salario de actividad; d) que el ámbito asistencial tienda a garantizar progresivamente una cobertura universal de las personas en situación real de desempleo que garanticen el principio constitucional de suficiencia. En términos de principio, el subsidio, y tanto más la prestación por desempleo, no debería ser inferior al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento; y e) es necesario reorganizar el ámbito asistencial actualmente disperso y desordenado.
- También de carácter externo en el sentido de que las medidas de protección contra el desempleo deben de coordinarse con la realización prioritaria de políticas activas de mano de obra –lo cierto es que la previsión normativa existe pero su diseño y ejecución son ineficientes– y, sobre todo, la confección de una política orientada al pleno empleo –en la línea del trabajo garantizado por la ONU y la OIT–.

Todo lo cual no hace sino poner de manifiesto que el modelo normativo de protección por desempleo debería ser redefinido –reconceptualizado– precisamente en el cuadro de la planificación de la reforma del sistema general de Seguridad Social. Es necesario repensar el modelo global de protección del desempleo en nuestro sistema jurídico. En tal sentido, se trataría de establecer una política de reformas teniendo en cuenta una visión global de la evolución previsible y de los objetivos que el sistema debe alcanzar en una sociedad donde el empleo es un bien escaso con una acusada fragmentación del tejido social.

En definitiva, el objetivo preferente debe ser la rápida reinserción de los desempleados tanto para garantizar el derecho a la participación en la vida y en el producto social, como también un funcionamiento adecuado del mercado de trabajo. Para realizar este objetivo, será preciso el compromiso de los poderes públicos con el pleno empleo –por tanto,

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en AA. VV.: *La protección por desempleo en España*, cit., pág. 167.

no solo sustentado en una política de protección de desempleo– y un funcionamiento más eficaz de los servicios públicos de empleo¹¹.

2. LA COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 5 DE ABRIL DE 2017

Debemos comenzar trayendo a colación el artículo 262 TRLGSS que establece que la finalidad del presente título “*tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo*”.

En este sentido, debemos plantearnos la existencia o no de la compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo. Al respecto, partimos del más que consolidado criterio jurisprudencial que estipula la regla general de la absoluta incompatibilidad. Sin embargo, de un actual estudio jurisprudencial, puede observarse la existencia de determinados supuestos de compatibilidad, lo que nos permite afirmar que la regla general de absoluta incompatibilidad no es tan absoluta como pareciera ser.

En este sentido, creemos conveniente realizar un estudio jurídico detallado sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo, específicamente, por cuenta propia. Para ello, creemos conveniente detenernos en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017 [RJ\2017\2264]. Veámosla:

2.1. Antecedentes por los que se plantea recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo

Con fecha 4 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº. 5 de A Coruña dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

El hoy recurrente estuvo dado de alta en actividad económica por cuenta propia desde el año 1989 hasta el 8 de junio de 2010, fecha en que se dio de baja. Durante el citado período prestó servicios por cuenta ajena a favor de diversas mercantiles. En el año 2011, en su declaración de I.R.P.F., resultan unos ingresos por actividades económicas de 1.283,46 € y de las que obtuvo un rendimiento neto de 64,35 €.

En fecha de 30 de diciembre de 2010, por resolución se le reconoció al actor prestación por desempleo –subsidio para mayores de 52 años–, a razón de 4631 días, en el período entre el 13/03/2010 al 23/01/2013, a razón del 80 % sobre una base reguladora diaria de 17,75 €, cuyo pago se iniciaría el 10/04/2010.

Sin embargo, posteriormente se le comunica al actor el inicio del procedimiento de revocación de prestaciones por desempleo, en virtud de resolución de fecha 26 de julio de 2012, con el objeto de que formulase alegaciones. Una vez formuladas las alegaciones, se

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pág. 142.

resuelve por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, en fecha de 26 de septiembre de 2012, la revocación de la resolución de fecha 30/03/2010, declarándose la percepción indebida de la cantidad de 11.757,60 €, correspondientes al período del 13/03/2010 al 30/06/2012.

Frente a la declaración de la percepción como indebida, se formula reclamación previa por el hoy actor, dictándose por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, en fecha 10 de enero de 2013, resolución en sentido de desestimarla. Se agota así la vía administrativa previa quedando tan solo la vía judicial a la que se acoge el hoy recurrente.

En este sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social de A Coruña de fecha 4 de noviembre de 2013, en primera instancia, estima parcialmente la demanda del actor contra el Servicio Público de Empleo Estatal y, en consecuencia, se declara por el juzgado la revocación de la resolución dictada por el citado organismo en fecha de 30 de marzo de 2010, pero también se declara la percepción indebida de prestaciones por el hoy recurrente entre el 13/03/2010 y el 31/12/2011.

No conforme con el fallo de la sentencia, la misma fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Este tribunal dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, estima en parte el recurso de suplicación contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2013. En esta última sentencia, concretamente, se revoca parcialmente la del Juzgado de lo Social de A Coruña en el sentido de que la declaración de percepción indebida debe serlo desde el 01/01/2012, manteniéndose el resto del pronunciamiento.

No obstante, la parte recurrida solicitó la aclaración de la precitada sentencia en el siguiente sentido: que la incompatibilidad se produciría desde el 01/01/2011. La Sala, por auto de 1 de diciembre de 2015, procede a aclarar la sentencia, quedando el fallo redactado en los siguientes términos: *“la declaración de percepción indebida debe serlo desde el 01/01/2011, manteniendo el resto del pronunciamiento”*.

Ya como última vía, el actor decide interponer recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 10 de febrero de 2016. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015 [JUR\2015\244604].

Con fecha 22 de septiembre 2016 se admitió a trámite el presente recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso por ausencia de contradicción.

Recapitulando, la cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora, estriba en determinar si resulta incompatible con la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años reconocido por el período 13/03/2010 a 23/01/2013, el ejercicio por cuenta propia de una determinada actividad económica por gestiones de intermediación

comercial que da lugar a la obtención en el mes de noviembre de 2011 de un rendimiento económico neto de 64,35 euros.

2.2. Sentencia referencial para el recurso de casación para unificación de doctrina

Son hechos de la sentencia contradictoria –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015– para la interposición de presente recurso de casación para unificación de doctrina los siguientes: 1º) el demandante había percibido prestaciones de desempleo contributivas desde 01/04/2011 hasta 30/11/2012 y subsidio de desempleo en el período 01/01/2013 a 30/06/2013; 2º) de las declaraciones de IRPF de 2011, 2012 y 2013, resulta la realización de una actividad económica agrícola, ganadera o forestal por cuenta propia, en cuya razón había percibido diversas ayudas agrarias de cultivos herbáceos así como ayudas para compensar desventajas específicas de los productores de vacas nodrizas y, además, había obtenido unos ingresos por la explotación de la actividad ganadera de 1.815,74 euros en el año 2012; 3º) el SEPE dicta resolución de fecha 05/09/2013 en la que extingue la prestación o subsidios reconocidos y declara la percepción indebida en una cuantía de 15.835,02 euros correspondientes al período de 01/04/2011 a 30/06/2013.

La resolución del SEPE extinguiendo la percepción de la prestación o subsidios reconocidos y declarando la percepción indebida se apoya en el sustento de que el beneficiario desempeñaba *“un trabajo por cuenta propia en el momento del nacimiento del derecho a las prestaciones de desempleo”*.

La sentencia de contraste traída a colación en el recurso de casación razona que no debe tenerse en consideración a efectos del litigio las cantidades que haya podido percibir el actor en concepto de ayudas por cultivos herbáceos, puesto que no revelan ejercicio alguno de actividad productiva agraria al tratarse de una subvención por superficie que trae causa de la mera y simple titularidad de la finca y no están vinculadas a la producción; sin embargo, para el tribunal sí que ha quedado acreditado que existe una actividad ganadera por cuenta propia que ha generado unos ingresos de 1.815,74 euros en el año 2012.

Por tanto, lo que se debate en la sentencia contradictoria –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015– es la cuestión de la compatibilidad de los ingresos de 1.815,74 euros en el año 2012, con la percepción de la prestación por desempleo, esto es, si estamos ante actividad por cuenta propia incompatible con la causación de la prestación.

Concluye el Tribunal Superior de Justicia afirmando que la obtención de esos rendimientos económicos derivados del ejercicio por cuenta propia de una actividad ganadera no debe entenderse incompatible con la prestación de desempleo, porque *“no cabe considerar que los ingresos obtenidos de carácter puramente marginal tengan una mínima significación como para que conduzcan a la conclusión de la incompatibilidad con la prestación de desempleo e incluso obliguen a la devolución del mismo o a sanción de cualquier naturaleza. No existe incompatibilidad, aunque exista algún tipo de actividad, cuando estamos ante unos ingresos de una cuantía insignificante desde el punto de vista de su repercusión en la renta vital del recurrente y, desde luego, totalmente alejada conceptualmente de lo que pueda considerarse como un trabajo, sea por cuenta propia o*

ajena, ni a tiempo parcial, que implica que del mismo derivan posibilidades, por mínimas que sean, de sustento personal. Falta en tales casos el requisito de habitualidad determinante del encuadramiento en la Seguridad Social en concepto de autónomo. Lo contrario sería una interpretación extremadamente rígida que se enfrenta con el alcance constitucional que deriva del artículo 41 de nuestro máximo texto legal”.

Añade la sentencia contradictoria del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015 que, además, así ha sido entendido en situaciones similares juzgadas en diversas resoluciones judiciales de suplicación, como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 3 de abril de 2012 o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 4 de marzo de 2014, con cita en esta última de la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo de 2000, en la que se indica que un reducido ingreso derivado de ciertas propiedades rústicas no es equiparable a trabajo por cuenta propia, ni supone una causa de incompatibilidad, excluyente de una protección que la ley, en cumplimiento del mandato expreso contenido en el artículo 41 de la Constitución Española, arbitra para la situación de necesidad producida por el desempleo, situación de necesidad que no queda atendida con unos ingresos reducidos que no pueden sustituir a una actividad profesional habitual, siendo claramente inferiores al importe del salario mínimo interprofesional.

En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015, dicta sentencia en la que, en base a la anterior doctrina y como quiera que en el caso juzgado los ingresos por la actividad ganadera recogidos en los hechos probados son muy escasos y, además, no se justifica que hayan ido acompañados de una actuación laboral por cuenta propia o ajena del actor con un mínimo de habitualidad, procede estimar el recurso declarando la compatibilidad de los mismos con la prestación percibida.

2.3. Fundamento y contexto jurisprudencial del Tribunal Supremo

Con base a estas circunstancias –y volviendo a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017–, la sentencia recurrida –la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia– concluye que la realización de cualquier tipo de trabajo por cuenta propia supone la realización de una actividad lucrativa que resulta absolutamente incompatible con la percepción del subsidio de desempleo, con independencia de los ingresos netos que finalmente pudiere haber generado, por lo que desestima la pretensión principal del recurso de suplicación formulado por el actor y acoge únicamente en parte sus pretensiones para restringir a un período inferior al establecido por la sentencia de instancia las cantidades que han de ser reintegradas.

Establece el Tribunal Supremo que la sentencia aportada en contradicción –en referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015, y en contra del criterio del Ministerio Fiscal– no se sustenta en la singular naturaleza jurídica de las ayudas por cultivos herbáceos, sino que de forma expresa deja esa cuestión al margen del litigio al entender que se trata de unos ingresos no computables a estos efectos, para afirmar taxativamente que ha quedado demostrada la existencia de una actividad económica lucrativa por cuenta propia pero que no se considera finalmente incompatible con la prestación de desempleo por ser de carácter puramente marginal y generar unos ingresos de cuantía insignificante.

Para el Tribunal Supremo, en ambos casos –en la sentencia referencial para la interposición del recurso de casación y en el caso que ha de resolver–, se ha considerado acreditado la existencia de una actividad económica por cuenta propia, alcanzándose un resultado contradictorio que es necesario unificar, sobre todo, desde el momento que la sentencia de contraste –la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 10 de febrero de 2016– considera que cualquier actividad lucrativa por cuenta propia es del todo incompatible con la prestación de desempleo, con independencia de los ingresos obtenidos y siquiera haya generado un insignificante beneficio de 64,35 euros, mientras que la sentencia referencial –la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015– entiende que no se produce tal incompatibilidad cuando el rendimiento obtenido del ejercicio de una actividad económica por cuenta propia es de 1.815,74 euros, por la insignificante cuantía que supone.

En definitiva, en este caso debe interpretarse el alcance del actual artículo 282 LGSS –antiguo artículo 221.1º LGSS– en cuanto dispone la incompatibilidad de la prestación o el subsidio por desempleo *“con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”*.

El Tribunal Supremo debe pronunciarse al respecto con objeto de establecer si cualquier tipo de actividad lucrativa por cuenta propia es incompatible de forma absoluta con la prestación de desempleo, con independencia de la mayor o menor cuantía de los rendimientos que haya generado, o puede, por el contrario, estimarse compatible cuando tales rendimientos son del todo insignificantes por tratarse de cantidades mínimas, especialmente exiguas y de nula relevancia económica.

Para responder a la cuestión planteada el Tribunal Supremo parte del consolidado criterio jurisprudencial que afirma con rotundidad que la regla general es la de la absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la prestación de desempleo, toda vez que la única excepción que la norma legal admite –artículo 282 LGSS– es la del trabajo a tiempo parcial, que sólo juega para el trabajo por cuenta ajena, como con énfasis subraya el precepto, sin dejar duda sobre el alcance de la excepción que no alcanza al trabajo por cuenta propia. Concretamente el citado precepto, sobre el trabajo parcial, establece lo siguiente: *“excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”*.

Además, este mismo artículo establece que el trabajo por cuenta propia será incompatible *“aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”*; lo que significa que no es necesario para generar tal incompatibilidad que esa actividad se realice de forma habitual y como medio fundamental de vida.

De acuerdo con lo manifestado el Tribunal Supremo obtiene una primera conclusión: *“la norma es, por tanto, inequívoca y coherente con la finalidad de establecer un régimen de incompatibilidad más restrictivo para el trabajo por cuenta propia, en el que, como es notorio, existen mayores dificultades para establecer un control que delimite los supuestos de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, y en el que, incluso, esa distinción carece de sentido práctico”*.

Sin embargo, continua el Tribunal Supremo afirmando que tan uniforme doctrina no ha sido un impedimento absoluto para admitir ciertas matizaciones y excepciones en casos extremos en los que los rendimientos generados por la actividad económica que pudiere haber llevado a cabo el perceptor de las prestaciones de desempleo son especialmente insignificantes, ridículas y de tan escasa relevancia que no permiten siquiera que pudieran considerarse como fruto de una verdadera actividad laboral.

En este sentido debe traerse a colación la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2010 [RJ 2010/1479], la cual, establece que *“no será una verdadera ocupación la de quien perciba un salario mensual de proporciones llamativamente escasas, obtenido por un trabajo que ha de calificarse de marginal, por más que, desde el plano jurídico-laboral responda, ciertamente, al concepto de salario y sea la prestación correspondiente a un verdadero contrato de trabajo”*.

Lo cierto es que la idea de la irrelevancia del trabajo marginal aparece ya apuntada en otras sentencias del Tribunal Supremo que abordan la cuestión de la incompatibilidad entre las prestaciones de desempleo y el trabajo por cuenta propia. En este sentido, las sentencias a destacar serían las siguientes: de fecha 4 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8026], de fecha 29 de enero de 2003 [RJ 2003/3043] o de fecha 1 de febrero de 2005 [RJ 2005, 2962]. De las citadas sentencias del Tribunal Supremo podría deducirse que se apunta ya a la irrelevancia de los trabajos meramente marginales y que éstos se configurarían como aquéllos en los que el volumen de jornada es prácticamente testimonial.

Los citados contenidos y afirmaciones son un criterio perfectamente trasladable al caso debatido en autos. En efecto, la idea de la irrelevancia del trabajo marginal aparece ya apuntada en las citadas sentencias que abordan la cuestión de la incompatibilidad entre las prestaciones de desempleo y el trabajo por cuenta propia, en lo que supone la confirmación de que los criterios de irrelevancia económica del trabajo marginal han de ser tenidos muy en consideración para valorar el verdadero alcance del régimen de incompatibilidad del artículo 282.1º LGSS.

En este sentido también debe especificarse la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de abril de 2015 [RJ 2015\1715] que no considera incompatible la actividad que produce unos ingresos de 906,75 euros anuales; la de fecha 12 de mayo de 2015 [RJ 2015\2054] en la que también se establece la inexistencia de incompatibilidad en un supuesto en el que los rendimientos son de 285,66 euros al año; y la de fecha 14 de mayo de 2015 [RJ 2015\3831] en el mismo sentido de inexistencia de incompatibilidad en la que la cifra es de 136,64 euros. En todas estas sentencias el razonamiento que se utiliza para llegar a esta misma conclusión reside, precisamente, en considerar que la actividad económica por cuenta propia que realizaba el perceptor de las prestaciones de desempleo era marginal, irrelevante, de nula relevancia y tan solo generaba unos mínimos y exiguos ingresos.

2.4. Acopio jurisprudencial reciente y evidente cambio de criterio jurisprudencial en comparación con sentencias anteriores

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, de fecha 28 de abril de 2016 [JUR\2016\134649], *“no consta en modo alguno la realización por parte de la actora de una actividad por cuenta propia, pues simplemente es titular de*

una instalación fotovoltaica de 30 kW de potencia, la cual no es explotada directamente por la misma”, sino por una sociedad “con la que ha suscrito un contrato de representación, comercialización y venta de la energía generada”, sin que la perceptora de la prestación por desempleo “tampoco realice el mantenimiento de la instalación, ni sea la encargada de la lectura del contador”. En definitiva, “la actora no realiza ninguna actividad por cuenta propia, sino que simplemente es titular de una instalación fotovoltaica, sin realizar ningún tipo de gestión, mantenimiento, lectura de contadores, facturación o cualquier otra tarea relacionada con dicha actividad, por lo que no realiza ningún trabajo por cuenta propia o ajena relacionado con la explotación de dicha instalación fotovoltaica, limitándose a percibir los ingresos que la misma genera, pero esto por sí mismo no es incompatible con la prestación contributiva de desempleo, ya que lo que la ley declara incompatible no es la mera obtención de un rendimiento económico como renta producida por una propiedad de la trabajadora, sino que para la obtención de dicho rendimiento se haya realizado alguna actividad por cuenta propia o ajena por parte de la perceptora de la prestación por desempleo”.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015 [JUR\2015\244604] –ya traída a colación–, *“no cabe considerar que los ingresos obtenidos de carácter puramente marginal tengan una mínima significación como para que conduzcan a la conclusión de la incompatibilidad con la prestación de desempleo e incluso obliguen a la devolución del mismo o a sanción de cualquier naturaleza. No existe incompatibilidad, aunque exista algún tipo de actividad, cuando estamos ante unos ingresos de una cuantía insignificante desde el punto de vista de su repercusión en la renta vital del recurrente y, desde luego, totalmente alejada conceptualmente de lo que pueda considerarse como un “trabajo”, sea por cuenta propia o ajena, ni a tiempo parcial, que implica que del mismo derivan posibilidades, por mínimas que sean, de sustento personal. Falta en tales casos el requisito de habitualidad determinante del encuadramiento en la Seguridad Social en concepto de autónomo. Lo contrario sería una interpretación extremadamente rígida que se enfrenta con el alcance constitucional que deriva del artículo 41 de nuestro máximo texto legal”.* Por tanto, es en base a la anterior doctrina, *“y como quiera que en el caso que nos ocupa los ingresos por la actividad ganadera recogidos en los hechos probados son muy escasos y, además, no se justifica que hayan ido acompañados de una actuación laboral por cuenta propia o ajena del actor con un mínimo de habitualidad”*, es por lo que se declara compatible los ingresos obtenidos por la actividad económica realizada (agrícola, ganadera o forestal) con la percepción de la prestación por desempleo.

Es este mismo sentido, localizamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 12 de mayo de 2016 [AS\2016\1031], en la que se declara también la compatibilidad de la percepción de la prestación por desempleo con los siguientes hechos: a) cuando se ha cobrado *“en 2010 el importe de 2.069,24 euros por ayuda de la PAC y en el 2011 la cantidad de 2.746,94 euros por el mismo concepto”*; b) cuando se *“está de alta en el IAE (actividad agrícola) desde el 1 de enero de 2009, situación en la que se mantiene en la actualidad”*; c) cuando *“en sus declaraciones de IRPF de los años 2010, 2011 y 2012 incluye rendimientos por actividades agrícolas”*.

Igualmente, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 13 de noviembre de 2015 [JUR\2015\298149], no cabe considerar que los ingresos

obtenidos por el mantenimiento de la cartera de seguros –cuantía que consta en unos 291,88 € en el año 2009 y otros 216,89 € en el año 2010– *“tengan una mínima significación como para que conduzcan a la conclusión de la incompatibilidad del subsidio de desempleo reconocido al recurrente, a la devolución del mismo, y a sanción de cualquier naturaleza”*. Más específicamente, los hechos a destacar de la citada resolución pueden recapitularse en los siguientes: la demandante suscribió un contrato de agente de seguros, *“cuyo objeto era la intervención de la actora como mediadora entre la compañía y los tomadores de seguros, realizando la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro, tramitación de la formalización de las pólizas, y prestación de asistencia posterior al tomador, asegurado o beneficiario del seguro”*. En el propio contrato se indica que este *“tiene carácter mercantil, y que el agente percibirá como remuneración por su actividad las comisiones especificadas en el cuadro de comisiones anexo al contrato”*. La demandante no intervino en la mediación de pólizas *“desde el mes de julio de 2008, habiendo percibido desde dicha fecha comisiones correspondientes al mantenimiento en la compañía aseguradora de la cartera de seguros que en su día intermedió, y no habiendo realizado actividad de mediación desde entonces”*. Al respecto, la hoy demandante percibió por el mantenimiento de la cartera de seguros las comisiones de, en 2008, un total de 408,09 euros, en 2009, un total de 291,88 euros y, en 2010, un total de 216,89 euros. Por otro lado, *“no figuraba en el censo del IAE correspondiente a los ejercicios 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010”*. En efecto, estamos ante unos *“ingresos que son –directamente– insignificantes desde el punto de vista de su repercusión en la renta vital del recurrente (508,77€ en dos años), totalmente alejados conceptualmente de lo que pueda considerarse como un “trabajo”, sea por cuenta propia o ajena, ni a tiempo parcial, que permitiesen al recurrente subsistir; en otras palabras, no ofrece esa cuantía la más mínima posibilidad de sustento personal, propio y de su familia, sino que revela –en todo caso– una actividad esporádica y meramente marginal”*. Para esta Sala del Tribunal Superior de Justicia, *“la demandante no es una trabajadora por cuenta propia, en sentido verdadero, ya que, para ello, se requiere una dedicación personal, directa y habitual a cualquier actividad y, también, que ello constituya medio fundamental de vida, lo que aquí es evidente que no ocurre, pues se trata de un trabajo esporádico, ocasional y marginal”*.

Y de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 8 de septiembre de 2015 [JUR\2015\241170], el mero hecho de poseer la titularidad de una embarcación, no puede entenderse *“incompatible con la percepción de las prestaciones de desempleo”*, ni puede entenderse que las percepciones *“fueran percibidas indebidamente”*.

En sentido contrario, y de fecha bastante anterior a las sentencias citadas, lo que permite ratificar una clara evolución de doctrina y un cambio jurisprudencial importante al respecto, localizamos la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de febrero de 2005 [RJ\2005\2962]. En esta sentencia se cuestiona la compatibilidad entre la percepción de prestaciones por desempleo y la realización de actividad por cuenta propia de la que deriva rentas o ingresos inferiores al 75% SMI. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que se recurre y se debate ante el Tribunal Supremo declaró compatible *“la percepción de la prestación por desempleo del actor con su trabajo por cuenta propia, que venía realizando como agricultor y que le había aportado, unos ingresos de 3.272,8 euros netos, que se corresponden con 3.635,87 euros”*. En este sentido, consta probado en la sentencia recurrida que el empleado, *“con categoría profesional de delineante, fue despedido disciplinariamente”*, y que *“solicitadas las prestaciones de desempleo, le fueron*

desestimadas, alegando el INEM el desempeño de trabajo por cuenta propia en el momento del nacimiento del derecho a las prestaciones solicitadas". En efecto, el trabajador, un año antes de su despido, "se hallaba en alta en el RETA" al "venir trabajando como autónomo agrario en una pequeña explotación". En esta sentencia, establece el Tribunal Supremo lo siguiente: "como conclusión de los argumentos anteriores se puede afirmar que el legislador en el art. 221.1 LGSS, y esta Sala en aplicación de las previsiones contenidas en dicho precepto, han interpretado la total y absoluta incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y un trabajo por cuenta propia con independencia de los ingresos que el mismo reporte al interesado".

En este último sentido, también localizamos la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2003 [RJ\2003\3043] que, haciendo acopio y referencia de otras sentencias del mismo tribunal, establece que el legislador ha establecido "una incompatibilidad absoluta entre prestación o subsidio por desempleo y trabajo por cuenta propia, mientras que esa prohibición es relativa cuando se trata de las mismas prestaciones y el trabajo por cuenta ajena" lo que ha permitido "declarar incompatible la prestación por desempleo con un trabajo por cuenta propia, con independencia del resultado lucrativo del negocio".

2.5. Interpretación por el Tribunal Supremo de la consolidada doctrina sobre la absoluta incompatibilidad –hoy no tan absoluta–

El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de fecha 5 de abril de 2017, considera que la aceptación de la consolidada doctrina y regla general sobre la total y absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de desempleo, debe ser necesariamente matizada y modulada en este tipo de asuntos tan extremos y excepcionales, aun cuando en la mayoría de las sentencias traídas a colación en la propia resolución judicial que hoy se debate consistían en la realización de actividades agrícolas con un fuerte componente de autoconsumo en alguno de los casos, mientras que en el caso aquí analizado y debatido se trata de gestiones de intermediación comercial.

Sin embargo, esta circunstancia no impide que el Tribunal Supremo aplique el mismo criterio que de ellas se desprende, porque lo relevante no ha de ser la naturaleza de la actividad económica de que se trate, sino su carácter absolutamente residual, marginal y de ínfima relevancia económica, hasta el punto que no pueda ni tan siquiera catalogarse como un verdadero trabajo.

En este sentido establece el Tribunal Supremo lo siguiente: a) como regla general, el trabajo por cuenta propia será incompatible con la prestación, aunque no determine la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social; b) pero la regla general –extraída de la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8026]– y para evitar sacarla fuera de contexto, debe situarse en sus justos y razonables términos de la "delimitación económica" de cada caso; c) en este sentido, se deberá valorar si los rendimientos derivados de la actividad pueden calificarse –con cierta propiedad– de verdadero "rendimiento económico" a los fines de que tratamos, es decir, la de trabajo por cuenta propia incompatible con la prestación o el subsidio por desempleo; d) obviamente, en supuestos de autoconsumo, es evidente que se carece de cualquier atisbo de profesionalidad; en efecto, ha de excluirse tal incompatibilidad cuando la labor agraria se concreta a un

reducido cultivo para consumo familiar en términos tan limitados que excluyan palmariamente la posibilidad de fraude; sostener lo contrario comporta desconocer una realidad sociológica que puede llevar a consecuencias desproporcionadas y poco acordes a la equidad.

Además, para el Tribunal Supremo, estos mismos parámetros en aplicación del principio de insignificancia deben ser considerados en la valoración de cualquier tipo de actividad económica marginal que pudiere haber desarrollado el perceptor de las prestaciones de desempleo, pues si bien es verdad que resultan de más fácil constatación en la realización de labores agrícolas vinculadas al autoconsumo, pueden también trasladarse a otro tipo de actividades en las que concurra el esencial y más relevante elemento de su total y absoluta irrelevancia económica, hasta el punto de considerarse ocupaciones marginales que ni tan siquiera puedan calificarse con cierta propiedad como trabajos por cuenta propia.

Lo anterior aplicado al caso de autos hoy comentado obliga a que el Tribunal Supremo establezca que el rendimiento neto obtenido por las gestiones de intermediación comercial realizadas por el actor y hoy recurrente fue de tan solo 64,35 euros en el año 2011, sin que tan insignificante cantidad pueda considerarse fruto de una actividad que mínimamente merezca el calificativo de “trabajo” a efectos de aplicar la incompatibilidad con las prestaciones de desempleo, y generar un resultado tan manifiestamente desproporcionado e irrazonable como es el de dejar sin efecto el reconocimiento del derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, que sería totalmente contrario a la más mínima equidad que el artículo 3.2 del Código Civil obliga a ponderar en la aplicación de las normas.

3. BALANCE Y PERSPECTIVAS: REFLEXIONES JURÍDICAS

Para responder a la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia debemos trasladarnos al artículo 282 LGSS en el que se afirma lo siguiente: *“la prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”*. En efecto, el precepto parece establecer la más absoluta incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia –no con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial en el que sí admite expresamente la excepción–.

Sin embargo, para la reciente jurisprudencia, por ser un criterio coherente, racional y justo, no debemos atenernos expresamente a la literalidad del precepto normativo sino que hay que tener cotas de vista más altas y analizar algo más: concretamente, la cantidad económica obtenida por desarrollar, el trabajador, la actividad por cuenta propia. En otros términos, el rendimiento real obtenido. Y en este sentido, cuando los rendimientos generados por la actividad por cuenta propia son de escasa relevancia, no pueden considerarse como una verdadera ocupación o actividad laboral; o al menos, no puede considerarse un criterio de incompatibilidad absoluto con la prestación por desempleo para una vida digna –y no olvidemos que también pobre; estamos refiriéndonos a la prestación por desempleo del nivel contributivo de lo que el trabajador ha aportado cuando, en su momento, trabajaba–.

Por tanto, para valorar la incompatibilidad o no entre la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta propia, es de justicia y un criterio lógico y coherente que se deba atender a la relevancia o irrelevancia de los rendimientos económicos obtenidos con la actividad desarrollada.

No obstante, el fundamento jurídico –como la mayoría de las sentencias que declaran la compatibilidad– no debiera ser la negación de la existencia de un “trabajo”. Para nosotros existe trabajo –sea por cuenta propia o ajena– cuando se cumplan los requisitos del mismo. En caso del trabajador por cuenta ajena cuando la relación laboral sea voluntaria, remunerada, subordinada o dependiente del empresario y exista ajenidad. En caso del trabajador por cuenta propia también existe la voluntariedad y la remuneración u onerosidad, aunque no exista la dependencia o subordinación, ni la ajenidad, pues es un trabajo que, como su propio nombre indica, se desarrolla y ejecuta por cuenta propia. No obstante, lo importante en que se trata de un trabajo, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Con esto queremos referirnos a que la sustentación de la compatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo –en el caso analizado por cuenta propia–, no debiera relacionarse con la negación de un trabajo, sino más bien con valores y derechos fundamentales que permitan “*asegurar a todos una digna calidad de vida*” –como bien establece el preámbulo de nuestro texto constitucional–. Por tanto, creemos que el criterio para declarar la compatibilidad o incompatibilidad –de la prestación por desempleo y el trabajo desarrollado– en ningún caso pudiera sustentarse en la negación de un trabajo en relación al rendimiento obtenido y medido en valores económicos, sino más bien en si esa cantidad económica obtenida sería suficiente o no para una “*digna calidad de vida*”, pero sin negar nunca la existencia de un trabajo por el mero hecho de que la cantidad económica obtenida sea paupérrima o no sea suficiente para ser considerada “*renta vital*”.

Es decir, la mayoría de las sentencias no consideran a esa actividad que se realiza como trabajo porque de la renta obtenida no se deriva la posibilidad de sustento personal: en otros términos, se niega la consideración de trabajo por la insignificancia de los términos económicos obtenidos por la actividad realizada. Pero, a nuestro juicio, el trabajo existirá –cuando se reúnan los requisitos correspondientes para ello– pero será compatible cuando las ganancias obtenidas no permitan asegurar una calidad de vida digna. Calidad de vida digna que pondríamos automáticamente en relación con el Salario Mínimo Interprofesional.

Es absolutamente necesario revisar el artículo 282.1 LGSS. Además, de esta forma se incurrirían en menos ilegalidades y fraudes por parte de los perceptores de prestaciones contributivas por desempleo que deciden simultanear la citada prestación con un verdadero trabajo sumergido –economía secundaria o sumergida–. Fraude por parte de los perceptores que deviene, precisamente, por la propia rigidez de la normativa que, evidentemente, se encuentra totalmente desfasada.

Es obvio que debería desaparecer de la ley la incompatibilidad absoluta entre prestaciones por desempleo y el trabajo por cuenta propia¹². O, al menos, debería permitirse la compatibilidad de la prestación por desempleo con trabajos autónomos y que, igual que

¹² Vid. PÉREZ DEL PRADO, D.: *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 56 y ss.

ocurre en el ámbito de trabajo asalariado, opere la correspondiente reducción en la prestación¹³. No obstante, somos más partidarios de la desaparición absoluta de la incompatibilidad.

En este sentido, quizás, otra solución podría ser la de calcular una franja o proporción aritmética y económica que descontara, de la prestación por desempleo, un tanto por ciento de la cuantía económica obtenida por el desarrollo del trabajo –por cuenta propia o ajena–: en otros términos, que la solución no sea o todo –es decir, te damos la prestación y declaramos la compatibilidad con el rendimiento obtenido por el trabajo desarrollado– o nada –es decir, te quitamos la prestación por desempleo y declaramos la absoluta incompatibilidad con el trabajo o servicio prestado–.

Por otro lado, no creemos pertinente la aplicación de reglas generales a casos tan sumamente subjetivos y específicos. Es obvio que la propia Administración debería estudiar cada caso concreto de manera individual y no aplicar, de manera automática, la regla de absoluta incompatibilidad. Quizás podría fijarse el criterio de incompatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta propia cuando se obtuviera un mínimo de ingresos: por ejemplo, una cantidad igual o superior al salario mínimo interprofesional.

Lo que por seguro conllevaría una importante disminución de los fraudes de aquellas personas que, por perder su empleo, ven mermados sus ingresos debiendo de continuar con la responsabilidad de afrontar diversas cargas económicas de imposible postergación. Todo lo anterior, en relación con el artículo 41 de nuestra norma suprema: *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

En definitiva, lo que es evidente es que este precepto –actual artículo 282 LGSS– se encuentra obsoleto y debe ser revisado y reformado por el legislador adecuándolo a los tiempos presentes y, sobre todo, proporcionando y empujando al empleado a la búsqueda de un nuevo empleo y no a cobrar la prestación por desempleo hasta su finalización por la comodidad del propio empleado y por las trabas que, en ocasiones, pone el propio legislador al declarar incompatible lo que perfectamente puede ser compatible; lo anterior, teniendo presente los beneficios económicos que esto último supondría para las arcas públicas del Estado y para el mayor nivel económico y de dignidad del trabajador.

Por otro lado, sobre nuestro sistema de Seguridad Social, se echa en falta una planificación adecuada y se aprecia una falta de consideración o atención a las interconexiones existentes con el conjunto del sistema de Seguridad Social y, en general, con el sistema público de protección social. Lo cierto es que es una materia compleja, pero en la última década se ha producido una extraordinaria proliferación de normas de emergencia o de urgencia y casi siempre a través de un Real Decreto.

¹³ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: “La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”, en AA. VV.: *La protección por desempleo en España*, cit., pág. 684.

Es obvio que ha de repensarse el modelo de Seguridad Social antes de continuar acometiendo reformas estructurales y de tipo coyuntural, de manera que se recupere la finalidad protectora como eje central, ponderada con la atención a los problemas de mercado y sostenibilidad del sistema. Estas reformas tienen que articularse con la reformulación de las reformas laborales: de lo contrario, la política de protección por desempleo se verá condenada a ser ante todo reactiva ante un modelo de relaciones laborales que lejos de impulsar el trabajo decente favorece el trabajo precario. Al final si no se corrigen las políticas de precarización laboral puestas en práctica en la legislación de emergencia, esa precarización se traducirá también en precarización de los sistemas de protección social –contributivo y asistencial–.

Desgraciadamente, las reformas laborales han fomentado un modelo de relaciones laborales y de competitividad basado en la reducción de costes del factor trabajo en vez de sustentarse en la innovación y en la calidad. De los dos modelos de competitividad –competitividad por la innovación y la calidad del productor y del trabajo, o competitividad por la reducción de costes del factor trabajo– se ha optado por un modelo de competitividad a través de la reducción de costes del factor trabajo, la reducción de los derechos laborales y el debilitamiento de las organizaciones sindicales y de sus instrumentos de acción –específicamente de la negociación colectiva y la huelga–.

En suma, ha de buscarse el trabajo decente para todas las personas que trabajan y protección por desempleo de calidad para los desempleados. En esta dirección debe caminar el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social en una sociedad democrática que, como tal, ya no puede dejar de ser de democracia social y sustancial. La correcta dirección es la del trabajo decente; en otros términos, la del trabajo protegido con igualdad de derechos básicos, que neutraliza la dualización laboral y desincentiva el uso y abuso de los mercados secundarios de trabajo. Este planteamiento es coherente con la normativa internacional y es objeto actualmente de reforzamiento tanto en la ONU como en la OIT.

En este sentido, se debe de reducir al mínimo el empleo precario y el llamado “mercado secundario” de empleo, menos protegido por el ordenamiento laboral y por las políticas de protección Social. Se trata de resolver el problema de raíz, en la propia fuente de origen o causa determinante, y no tanto centrarse en las consecuencias poniendo parches –se ha de ser más ambicioso–. Es evidente que la persistencia del empleo precario distorsiona el correcto funcionamiento del sistema de protección del desempleo, ya que el sistema de protección social tiene que hacerse cargo de la excesiva rotación laboral y la ruptura de una razonable continuidad en el empleo.

En definitiva, el trabajo de calidad es el cauce más adecuado para que el individuo pueda integrarse dignamente. Y en este sentido, lo cierto es que no puede existir trabajo digno o decente sin empleo suficiente. Por tanto, habrá que tratar también el problema del desempleo; y, a su vez, poner el acento en los principios y derechos fundamentales en el trabajo: en efecto, sin empleo existente no podrá regularse los derechos de los trabajadores. El trabajo es *conditio sine qua non* para la regulación de los derechos dignos y decentes del trabajador. En suma, habrá que solucionar la gran problemática del desempleo y del trabajo escaso sin olvidar las consecuencias de un trabajo indigno o no decente para transformarlo en trabajo digno o decente.

Precisamente, el enfoque del ciclo de vida para el trabajo y la protección permite enlazar la doble aspiración interdependiente entre un trabajo decente y un derecho de protección social público hecho a la medida de las personas, atendiendo a las distintas fases o etapas de su ciclo vital –laboral y familiar–. De manera que el Estado social activo debe dar una respuesta integral a las necesidades de las personas a través de un conjunto articulado de políticas públicas –de Trabajo y de Seguridad Social–.

Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal

Legal solutions against the worker improper discharge in temporary incapacity benefit

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE HUELVA

Resumen

El presente trabajo analiza los diferentes mecanismos que establece nuestro ordenamiento para combatir lo que el trabajador considera como alta indebida en los procesos de incapacidad temporal.

Se analizan los diferentes remedios en virtud de quién sea el sujeto competente para dictar el alta del trabajador y el fin de la prestación, especialmente la impugnación judicial de la resolución, la revisión del alta emitida por una Mutua en caso de riesgos profesionales y el procedimiento de discrepancias cuando la competente es el INSS o el ISM.

Abstract

This work analyses the different mechanisms established by our system in order to combat the situation in which the worker considers the discharge as improper in temporary incapacity processes.

Different solutions are evaluated considering what is the competent subject to enact the worker discharge and the benefit ending, especially the legal challenge of the resolution, the discharge revision delivered by a Mutual Society in case of occupational risks and the disagreement proceeding when the competent authority is the INSS or ISM.

Palabras clave

Seguridad Social; incapacidad temporal; alta indebida

Keywords

Social Security; temporary incapacity; improper discharge

1. INTRODUCCIÓN

La alteración de la salud de un trabajador puede generar dos prestaciones diferentes, la asistencia sanitaria y la incapacidad temporal, que se gestionan por entidades diferentes. Además, en el caso de la incapacidad temporal vamos a encontrar que actúan entidades diferentes, pues esta prestación como requisito que el trabajador sufra una alteración de la salud que esté siendo gestionada por el Servicio Público de Salud (SPS) o una mutua si se trata de un riesgo profesional, de manera que la prestación se abona mientras el trabajador no puede desarrollar la prestación de trabajo como consecuencia de su situación médica. De esta manera la actuación de los gestores de la asistencia sanitaria repercute sobre la prestación de incapacidad temporal (IT), pues el mantenimiento de la baja médica determina el derecho a la prestación de IT que es soportada económicamente por el INSS o el ISM (siempre y cuando se cumpla con el resto de los requisitos).

Dado que los intereses de una y otra entidad gestora o colaboradora no son idénticos y totalmente coincidentes, teniendo en cuenta, además, que con frecuencia los SPS realizan una gestión que no es todo lo rápida que sería deseable (listas de espera médicas, retrasos en la actuación de los facultativos especialistas), y dado que los facultativos del SPS no tienen

que ser necesariamente expertos en proyectar las consecuencias de una alteración de la salud sobre el trabajo y sobre la necesidad de que el trabajador esté verdaderamente imposibilitado para la prestación de trabajo (una cosa es que el trabajador esté enfermo y otra muy diferente que dicha situación le impida realmente el desarrollo de la prestación, pues la atención médica no supone necesariamente la suspensión del contrato); se ha generado una cierta desconfianza sobre la actuación de los SPS por parte del INSS. Si a ello se suma la sospecha de existencia de ciertos niveles de fraude entre los beneficiarios, el resultado es la introducción de modificaciones legales y reglamentarias destinadas a favorecer el control por parte del INSS de la prestación de incapacidad temporal y específicamente en materia del alta médica; modificaciones que favorecen la capacidad del INSS a la hora de proceder al alta del trabajador y, consecuentemente, el cese de la prestación de IT.

Si bien la baja médica del trabajador es una competencia propia de los SPS que determina el acceso al derecho a la prestación de incapacidad temporal (si se cumplen el resto de los requisitos), el alta del trabajador no es una competencia, ni mucho menos exclusiva de los SPS. Nuestro ordenamiento establece diferentes vías y distintos sujetos con capacidad para determinar el alta del trabajador: en primer lugar, el alta por facultativo del SPS o de la mutua cuando es ésta la que protege los riesgos profesionales y la baja se origina por este tipo de riesgos. En todo caso esta posibilidad de alta se limite a los primeros 365 días de prestación de incapacidad temporal. En segundo lugar, durante esos mismos primeros 365 días también tienen competencia para dictar el alta la inspección médica del SPS, del INSS o de la Seguridad Social. También cabe la posibilidad de la propuesta de alta médica formulada por las mutuas en los procesos de IT común. En realidad, en estos casos no estamos sino ante un supuesto de alta por parte de la inspección médica del SPS, del INSS, ISM o de la Seguridad Social, con una particularidad: que el procedimiento se inicia a instancia de la mutua, quien motivadamente solicita el alta a los sujetos competentes para otorgarla los primeros 365 días de IT por contingencias comunes. Por otra parte, tenemos el alta por incomparecencia del trabajador a los reconocimientos médicos durante los primeros 365 días: el art. 174.1 TRLGSS establece la extinción de la prestación en los casos de incomparecencia del trabajador a los reconocimientos médicos, siendo desarrollado por el art. 9 del RD 625/2014 (regulación que pretende garantizar que la incomparecencia que determina el alta sea realmente injustificada¹), cuyo apartado 6º, establece que en estos casos de extinción de la prestación económica por incomparecencia al reconocimiento médico, el inspector médico del INSS o del ISM podrá expedir el alta médica en base a esta incomparecencia. Por último, a partir de los primeros 365 días de prestación el único competente para dictar el alta del trabajador será el INSS, o en su caso el ISM. Como vemos se trata de una competencia ampliamente compartida, en la que la entidad pagadora de la prestación de IT ha ido ganando poco a poco terreno en este ámbito hasta llegar incluso a convertirse en la única competente a partir de los primeros 365 días y compartiendo la competencia con los SPS durante el primer año. Para llegar a esta situación ha sido necesario un conjunto de modificaciones normativas para facilitar la invasión del INSS en un ámbito tradicionalmente en manos de los SPS. Ello genera también la necesidad de plantear la capacidad que tiene el trabajador beneficiario de una IT para defenderse cuando consideren que estamos ante un alta indebida. Es justamente a esta cuestión a lo que vamos a dedicar

¹ Así FERNANDEZ 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* nº 168, página 116.

este trabajo, pues la alteración de las reglas sobre alta del trabajador también ha supuesto una modificación de los mecanismos de defensa del trabajador. No es extraño encontrar opiniones a tenor de las cuales se considera que el trabajador está bastante indefenso ante un alta médica²; sin embargo, tal como vamos a comprobar existen mecanismos de defensa por parte del trabajador ante lo que él puede considerar como alta indebida.

2. RECONOCIMIENTOS MÉDICOS EN CASO DE BAJAS DE CORTA DURACIÓN

La primera de las vías de defensa de un trabajador beneficiario de la prestación de IT a la que podemos hacer referencia es bastante simple y hace referencia a los casos en que la duración de la IT es de muy corta duración.

Debemos remontarnos al inicio del disfrute de la prestación: para acceder a la misma es necesario la baja médica. Si se trata de riesgos comunes la baja médica se formulará en el correspondiente parte de baja expedido por el médico del SPS que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado (art. 2.1 RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración); es así como surge la disociación entre la entidad que inicia la prestación económica (SPS) y la entidad que soporta económicamente la prestación (INSS o mutua)³. Si, se trata de una IT por riesgos profesionales gestionada por INSS o ISM, también será competente el facultativo del SPS (tal como se deduce del art. 2.1 RD 625/2014). Ahora bien, si se trata de una IT derivada de riesgos profesionales y el trabajador presta servicios para una empresa asociada a una mutua para la gestión por tales contingencias, serán médicos de la propia mutua los encargados de expedir el parte de baja y los de confirmación (vid. art. 2.1 RD 625/2014 segundo párrafo, art. 3.1 segundo párrafo de la Orden ESS/1187/2015, de 16 de junio y art. 61.2 segundo párrafo del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social).

Sean riesgos comunes o profesionales y corresponda la competencia a los SPS o a los facultativos de la mutua, lo cierto es que la baja se produce una vez realizado el reconocimiento médico del trabajador, a través del cual se precisará tanto la patología y el tratamiento, como la posible incapacidad para realizar su trabajo. A partir de la baja se va a plantear la necesidad de reconocimientos médicos periódicos, a través de los cuales, si el trabajador mantiene la afección para su salud y esta le impide trabajar, se emitirán partes de confirmación y se mantendrá la prestación. Sin embargo, en los procesos patológicos de corta duración (duración estimada de la baja inferior a cinco días naturales) el facultativo competente (el SPS o de la mutua) emite al mismo tiempo el parte de baja y de alta, utilizando un único documento o parte (art. 2.3 a) RD 625/2014 y art. 3.2 Orden ESS/1187/2015). Se trata de una especialidad incorporada recientemente a nuestro

² Así DESDENTADO BONETE, A. señala esta opinión: si bien no la comparte: “Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 6 2008, página 692.

³ MOLINS GARCIA-ÁTANCE, J.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales* nº 106, páginas 22y 23; RODRIGUEZ 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* nº 118 (2013), página 124.

ordenamiento que se fundamenta en el hecho de que las afecciones de poca entidad no van a requerir un control continuado, pudiendo preverse *a priori* la reincorporación del trabajador a su prestación. De esta manera el mencionado art. 2.3 a) señala que en aquellos casos en los que el facultativo prevea que el trabajador va a recuperar su capacidad laboral de manera inmediata, consignará en el parte de baja la fecha del alta, que podrá ser la misma que la de la baja (el trabajador sólo permanecerá de baja ese día), o cualquiera de los tres días naturales siguientes⁴.

Para estos casos el mismo art. 2.3 del RD 625/2014 establece que cuando el facultativo estime que la baja médica será de muy corta duración, y el propio parte de contenga el alta del trabajador, éste podrá solicitar que se le realice un reconocimiento médico el día que se fije como fecha de alta. Si tras este reconocimiento el facultativo considera que el trabajador no ha recuperado la capacidad laboral podrá modificar la duración estimada del proceso, expidiendo un parte de confirmación de baja que deja sin efecto el alta prevista. En dicho parte ha de indicarse el diagnóstico, la nueva duración estimada, el tipo de proceso según la duración ex art. 2.1 y la fecha de la siguiente revisión médica (art. 3.2 Orden ESS/1187/2015).

En estos casos el principal problema que se plantea hace referencia a los casos en que la fecha del alta médica sea tan próxima a la baja que no exista margen real para el reconocimiento del trabajador, debiendo producirse este reconocimiento después del alta del trabajador⁵, con los consiguientes problemas de salud, reincorporación al trabajo sin estar en perfectas condiciones laborales y con pérdida de la prestación económica.

En todo caso, siempre cabrá la posibilidad de acudir nuevamente al facultativo competente a los efectos de que proceda a emitir una nueva baja médica. Si tras la revisión vuelve a producirse la baja del trabajador, aun cuando nada se prevé normativamente, entendemos que ha de tratarse del mismo proceso patológico, con independencia de que el trabajador se haya visto constreñido a reincorporarse al trabajo.

3. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ALTAS MÉDICAS

El alta médica siempre es impugnabile judicialmente, estableciéndose en la actualidad un proceso de impugnación de altas médicas incorporado al ordenamiento procesal a través de la LRJS de 2011 (esto no significa que con anterioridad no fuese posible la impugnación judicial del alta; al contrario, se acudía a la modalidad especial de Seguridad Social⁶). El procedimiento judicial de impugnación puede ser utilizado frente a cualquier alta que se produzca dentro del proceso de IT, con independencia del momento en que esta se produce, antes o después de los primeros 365 días (la única diferencia procesal entre el periodo inicial

⁴ Señala al respecto el art. 3.2 Orden ESS/1187/2015 que “Cuando el facultativo del servicio público de salud o de la mutua considere que se trata de un proceso de duración estimada muy corta, emitirá el parte de baja y de alta en el mismo acto médico. Para ello utilizará un único parte según el modelo que figura como anexo I, haciendo constar, junto a los datos relativos a la baja, los identificativos del alta y la fecha de la misma, que podrá coincidir con el día de la baja o estar comprendida dentro de los tres días naturales siguientes”.

⁵ FERNANDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., página 100.

⁶ MARQUEZ PRIETO, A., en AA.VV., dirigidos por J.L. MONEREO PÉREZ, *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada 2013,

y el posterior a los 365 días, es que en el segundo período no será necesaria la reclamación administrativa previa).

Este procedimiento se encuentra regulado en el art. 140 LRJS, cuyo título aparentemente se remite a la impugnación de las altas médicas. Sin embargo, en realidad este precepto regula con carácter general las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaborados, estableciéndose en su apartado tercero, eso sí, un conjunto de especialidades cuando se trata de la impugnación de altas médicas (además de la relativa a la reclamación administrativa previa recogida en el apartado 1º del mismo precepto). Estamos, por tanto, ante una submodalidad dentro de los procedimientos de Seguridad Social⁷. Dado que este art. 140.3 LRJS establece un conjunto de especialidades, el régimen jurídico aplicable a estos procesos está integrado por la regulación contenida por el Capítulo VI de la LRJS (arts. 140 y ss. dedicados a regular la modalidad procesal de prestaciones de Seguridad Social), con las especialidades propias contenidas fundamentalmente en el art. 140.3 LRJS; y en todo lo no previsto en estas normas, será de aplicación la regulación propia del proceso ordinario (art. 102 LRJS)⁸.

El actual procedimiento de impugnación de altas médicas se incorpora a nuestra regulación procesal a través de la LRJS de 2011, como respuesta a las demandadas por la doctrina laboral, pues dada la relevancia del objeto de la demanda (si el alta médica es indebida o no), con las consecuencias que ello tiene desde el punto de vista, más que de la prestación económica, de la salud del trabajador, se hacía necesario un regulación centrada en resolver el litigio de la manera más rápida posible y sin que se alargase inadecuadamente⁹. De esta manera, la regulación incorporada dibuja, dada la relevancia de la materia objeto del proceso, un procedimiento preferente y urgente, dirigido a dirimir si el alta médica es indebida o no. Esta cuestión es esencial, pues un problema de alta médica no puede esperar meses a tener una resolución, de ahí que la doctrina laboral criticase la aplicación de las reglas comunes de la modalidad procesal de Seguridad Social y propusiera un procedimiento mucho más rápido, similar al proceso de vacaciones (urgente, preferente y sin posibilidad de recurso).

Como punto de partida hemos de tener en cuenta que el art. 140.3 LRJS se refiere a todas las altas médicas, sin distinguir cuál haya sido la vía por la que esta se ha producido (es decir, el procedimiento es aplicable tanto a los supuestos de altas médicas en que no está implicada una prestación económica, como a los supuestos de alta que se producen en el marco de la gestión de una prestación de IT, con independencia de cuál sea el sujeto competente que ha dictado el alta –SPS, mutua, INSS o ISM–).

Una de las primeras cuestiones esenciales que se plantea en esta submodalidad procesal es la relativa a la reclamación administrativa previa. Con carácter general los procesos de Seguridad Social requieren de esta reclamación, que funciona como un requisito

⁷ Así lo califica MARQUEZ PRIETO, A.: Op. cit., páginas 752 y 756.

⁸ En este sentido APILLUELO MARTIN, M.: en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada 2013, página 380.

⁹ Ya advertía DESDENTADO BONETE, A. de la necesidad de celeridad que debía conducir a un proceso sin vías previas, sin posibilidad de recurso y de carácter preferente y urgente. Op. cit., página 693.

necesario para demandar, un verdadero presupuesto procesal, que es controlable de oficio, tal como lo evidencia el art. 1402 LRJS¹⁰. Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas no ha modificado lo dispuesto por el art. 71 de la LRJS, a tenor del cual será requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, que los interesados interpongan la reclamación administrativa previa (apartado primero); de manera que el recibo de presentación o la copia de la reclamación previa debe acompañar obligatoriamente a la demanda tal como señala el art. 71.7 LRJS. Surge así la necesidad de agotar la vía administrativa mediante la presentación de la reclamación administrativa previa ante la entidad que ha dictado el alta. Esta obligación se reitera por el art. 140.1 LRJS, precepto que puntualiza que en las demandas presentadas contra organismos gestores y entidades colaboradoras (en el caso de asistencia sanitaria, recordemos el relevante papel de las mutuas como colaboradoras o la posibilidad –menos habitual– de que las empresas puedan también asumir la condición de colaboradoras), se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente. La exigencia de reclamación administrativa implica que no es factible la posibilidad de una conciliación, lo cual es lógico, pues la Administración no puede transigir¹¹.

La función de la reclamación administrativa no es sino permitir a la Administración que evite el proceso, atendiendo a lo solicitado por el administrado¹². En realidad ello sería fruto de una decisión unilateral de la propia Administración, diferenciándose de esta manera de la conciliación, que es fruto de un acuerdo entre las partes. En la práctica, la reclamación es un privilegio del que dispone la Administración, que puede dilatar el proceso, e incluso al advertir a la Administración del mismo, permitir que ésta prepare adecuadamente su defensa; todo ello al margen de que facilite a la Administración una segunda oportunidad para pronunciarse sobre los hechos demandados¹³. Se constata así la supremacía de la Administración que se plasma en este trámite¹⁴.

No obstante de la obligatoriedad de la reclamación administrativa se excluye a los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas de alta emitidas por las entidades gestoras competentes al agotarse el plazo de los primeros 365 días de prestación. Es decir, no será necesaria la reclamación cuando se trata de un alta producida tras los primeros 365 días, en que la competencia es exclusiva del INSS/ISM, con ello los

¹⁰ Vid. LOPEZ BALAGUER, M.: “Proceso sobre prestaciones de Seguridad Social”, en AA.VV., dirigido por A. BLASCO PELLICER, *El proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, página 1023. También ALEGRE BUENO, M.: “Las modalidades procesales”, en AA.VV., dirigidos por A. BLASCO PELLICER y J.M. GOERLICH PESET, *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, página 329.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A. et altri, *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid 2012, página 135

¹² En este sentido AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*, Tecnos, Madrid 2012, página 183.

¹³ Así AA.VV., dirigidos por J.L. MONEREO PÉREZ, op. cit., página 183; también LOPEZ BALAGUER, M.: Op. cit., página 1024.

¹⁴ MONTOYA MELGAR, A. et altri: Op. cit., página 135. Algún sector doctrinal manifiesta que este privilegio se cimenta sobre el hecho de que las entidades gestoras tienen naturaleza de entidades de derecho público, lo que justificaría la exigencia de la reclamación administrativa previa; así APILLUELO MARTIN, M.: Op. cit., página 376.

trabajadores se ven beneficiados por una mayor celeridad en estos casos¹⁵. Es necesario aclarar que lo anterior no supone que la reclamación administrativa previa haya dejado de ser obligatoria siempre que el INSS (o el ISM) dicten el alta: debemos recordar que si bien la competencia para dictar el alta es exclusiva de estas entidades a partir de esos primeros 365 días de prestación de IT, también pueden dictar el alta durante los primeros 365 días a través de la inspección médica adscrita a las mismas (arts. 170.1 TRLGSS, 5.1 segundo párrafo del RD 625/2014). Por lo tanto, la exclusión de la reclamación previa se refiere tan sólo cuando el alta se produce por la entidad competente (INSS o ISM) tras los primeros 365 días de IT; en el resto de supuestos de impugnación de alta, será necesaria dicha reclamación administrativa.

Para aquellos casos en los que la reclamación administrativa previa sigue siendo obligatoria para las demandas por altas médicas indebidas, el art. 71 ha establecido unas reglas especiales que diferencian este supuesto de reclamación administrativa ordinaria en demandas de Seguridad Social. Tales reglas tienen como objetivo agilizar la tramitación de esta reclamación, haciéndola mucho más breve. Así, con carácter general la reclamación administrativa ha de presentarse ante el órgano competente que haya dictado el alta en el plazo de interposición de 30 días, mientras que en el caso de demandas por alta médica, el plazo es sólo de 11 días desde la notificación de la resolución (art. 71.2 segundo párrafo LRJS). De otro lado, si la resolución de alta ha sido dictada por la mutua, deberá presentarse en el mismo plazo ante la entidad colaboradora si tiene competencia para resolver (sería el caso de altas en IT por contingencias profesionales durante los primeros 365 días), tal como señala el art. 71.3 LRJS¹⁶. En estos casos de demanda por alta indebida la entidad debe responder en el plazo máximo de siete días, entendiéndose desestimada por silencio negativo una vez transcurrido dicho plazo (art. 71.5 segundo párrafo); por el contrario, en el resto de demandas de Seguridad Social, el plazo es de cuarenta y cinco días, entendiéndose denegada por silencio administrativo si no se responde en dicho plazo. Con estos plazos reducidos se establece una regulación específica en materia de plazos para resolver la reclamación, siendo mucho más breves en los supuestos de impugnación del alta médica, todo ello en claro beneficio de la situación del trabajador; lo cual no sólo es evidente desde la perspectiva de la reclamación administrativa previa, sino en la regulación de esta submodalidad procesal en su conjunto¹⁷.

Caso de omitirse la reclamación previa cuando esta resulta obligatoria, el secretario judicial dispondrá la subsanación en el plazo de cuatro días (art. 140.2 LRJS)¹⁸. Como efecto

¹⁵ 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* nº 28 (2012), página 120; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 135.

¹⁶ Debe tenerse en cuenta que en puridad la mutua es una persona jurídica, pese a ello, se extiende la obligación de la reclamación previa ante la entidad colaboradora. Ello es consecuencia, entendemos, que de la asunción por parte de las mutuas de importantes aspectos de gestión de la prestación de IT, tal como señalan AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, op. cit., página 189.

¹⁷ En este sentido MARQUEZ PRIETO, A.: Op. cit., página 756.

¹⁸ Sobre la necesidad de advertencia de la falta de este requisito y la consecuencia en forma de nulidad de actuaciones, vid. la STSJ de Cataluña de 26 enero de 2010, AS 2010\1298. En cuanto a las reclamaciones previas extemporáneas recordemos cómo la jurisprudencia señala que "la interposición extemporánea de la reclamación previa sólo produce el efecto de tener que iniciar la vía previa administrativa de nuevo en tanto en cuanto el derecho permanezca vivo (Sentencia del Tribunal Constitucional 12\2003, de 28 de enero [RTC (...)

de la interposición de la reclamación administrativa previa hay que destacar que interrumpe los plazos de prescripción y suspende los de caducidad, tal como señala el art. 73 LRJS.

Cabe señalar una última cuestión sobre la reclamación administrativa previa: el art. 4 del RD 1430/2009 regula, como veremos en el siguiente epígrafe, un procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas expedidas por las mutuas (o por las empresas colaboradoras cuando tienen la gestión de esta prestación), cuando estas son debidas a contingencias profesionales y estamos en el primer período de la IT. Pues bien, el apartado nº 12 de este precepto establece que las resoluciones que se dicten por la entidad gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas en dicho precepto, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy el mismo precepto, pero de la LRJS), lo que se hará constar en la resolución que se dicte. Ello supone que en estos concretos casos, una vez finalizado el procedimiento administrativo que se sigue ante el INSS/ISM, la resolución que se haya dictado produce los mismos efectos que la reclamación administrativa previa, por lo que, aun cuando nada se señala en los arts. 71 y 140 LRJS, hay que entender que en estos casos tampoco será necesaria la reclamación administrativa previa¹⁹.

Agotada la vía de reclamación previa, la demanda debe interponerse por el trabajador en el plazo máximo de 20 días (desde la notificación de la desestimación de la reclamación previa o desde el día que se entiende denegada por silencio administrativo²⁰); siendo el mismo plazo aplicable a los casos en que no es necesaria la reclamación previa, si bien el plazo de 20 días se computa desde la adquisición de plenos efectos del alta médica, o bien desde la notificación del alta definitiva, tal como especifica el art. 71.6 segundo párrafo. Tal como hemos señalado, a la demanda ha de acompañar el recibo de la reclamación o la copia sellada de la misma (art. 71.7 LRJS).

La demanda se dirige sólo contra la entidad gestora o contra la mutua que dicten el alta, puntualizando el art. 140.3.a) que no existirá necesidad de demandar al SPS, salvo cuando se impugne un alta emitida por el mismo; ni a la empresa, salvo cuando se cuestiona el origen de la contingencia (común o profesional)²¹. La legitimación activa corresponde, obviamente, al beneficiario afectado por el alta médica. No entiendo posible que la legitimación activa se reconozca al empresario, ni tan siquiera en los casos de altas de trabajadores que presentan secuelas limitadoras para la prestación de trabajo.

3003/12], y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003 [RJ 2003\7582], entre otras)", tal como afirma la STSJ de Extremadura de 26 abril de 2006, AS 2006\1611.

¹⁹ En relación a esta cuestión, vid. APILLUELO MARTIN, M.: Op. cit., página 377.

²⁰ En los casos en que se entienda denegada la reclamación por silencio administrativo, pero con posterioridad se emita resolución expresa desestimatoria, habría que computar el plazo desde esta última, tal como señala la doctrina laboral con apoyo en la doctrina de la Sala de lo Contencioso; así AA.VV., dirigidos por A. Montoya Melgar, *Cursos de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid 2012, página 252.

²¹ Teniendo en cuenta que el objeto del proceso es limitado, y que se delimita por la propia regulación legal, de manera que sólo alcanza a conocer el juez de la impugnación del acto administrativo por el que se declara el alta médica, es contradictorio la posibilidad de la intervención del empresario por cuestionar el origen de la contingencia, dado que en el proceso no se trata esta cuestión. Sobre este tema vid. LOPEZ BALAGUER, M.: Op. cit., página 1063. Considera MARQUEZ PRIETO, A., que es posible superar la contradicción entendiendo que el cuestionamiento de la contingencia sólo produce efectos en cuanto a la procedencia o no del alta médica; op. cit., página 757.

Ha de tenerse en cuenta que no pueden acumularse otras acciones diferentes a la impugnación del alta médica (art. 140.3 d LRJS²²), por lo que se delimita de manera legal cuál ha de ser el objeto de la demanda (la impugnación del acto administrativo por el que se dicta el alta médica²³), configurándose un proceso de cognición limitada²⁴. Tal como expresamente señala este precepto, no se podrá acumular ni siquiera la reclamación de diferencias de prestación económica por incapacidad temporal, pues se trata de una prestación diferente de la asistencia sanitaria.

El art. 143 LRJS establece con carácter general que al admitirse la demanda se reclamará a la Entidad gestora o al colaboradora la remisión del expediente administrativo o las actuaciones practicadas. Se trata de una cuestión esencial, pues tal como señala el propio art. 143.4 LRJS no podrá aducirse en el proceso hechos distintos de los alegados en el expediente, salvo que se trate de hechos nuevos o que no se hubieran conocido con anterioridad. A tenor del art.144 LRJS, cumplido el plazo de remisión, si no se ha procedido a remitir el expediente, se reiterará la inmediata remisión por la vía urgente. No obstante, la no remisión no paraliza el proceso. Ahora bien, es posible solicitar la suspensión del juicio por el demandante, para que se reitere la orden de remisión en un nuevo plazo de cinco días (art. 144.2 LRJS –tégase en cuenta que este plazo de cinco días supone una especialidad para los casos de impugnaciones de altas médicas, pues con carácter general el precepto señala un plazo de diez días–). Si llegado el fin del nuevo plazo, no se ha procedido a la remisión, el art. 144.3 LRJS establece que podrán tenerse por probado los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios diferentes al propio expediente.

El procedimiento será urgente y de tramitación preferente (art. 140.3.b LRJS), celebrándose la vista dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, debiendo dictarse la sentencia (que no puede ser objeto de recurso) en el plazo de tres días. Tal como hemos dicho la brevedad en los plazos es indispensable en un procedimiento de estas características, en el que se dilucida una cuestión tan sensible como es si el alta médica es ajustada a derecho o no; además, ha de tenerse en cuenta que la impugnación judicial no implica que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo, lo que es un elemento añadido para esta celeridad procesal.

La necesidad se comprende aún mejor si se tiene en cuenta que el proceso no tiene efectos suspensivos del acto administrativo del alta, por lo que el trabajador afectado puede encontrarse ante una compleja tesitura, pues si ha de incorporarse al trabajo, pero considera que el alta médica es indebida por no haber recuperado su salud, lo que está en juego es su propia integridad física²⁵. En estos casos algún sector de la doctrina laboral ha propuesto

²² Téngase en cuenta que ya el art. 26.6 LRJS establece la regla de no acumulación entre sí de reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y en los casos de lesión de derechos fundamentales (art. 26.6 LRJS).

²³ LOPEZ BALAGUER, M.: Op. cit., página 1063.

²⁴ MARQUEZ PRIETO, A.: Op. cit., página 757.

²⁵ MOLINS GARCIA ATANCE, J.: Op. cit., página 28.

como alternativa, la de solicitar al juzgado de lo social una medida cautelar de suspensión del alta por afectar a la integridad física (derecho fundamental) del trabajador²⁶.

En cuanto a la sentencia, sus efectos se limitan tan sólo al alta médica, limitando el objeto de la demanda tal como hemos señalado anteriormente (art. 140.3.c LRJS); ahora bien, si la sentencia estima el alta como indebida, ello va a tener una repercusión directa sobre la prestación económica, pues se tendría derecho a la misma; de ahí que el art. 140.3 d) LRJS señale que en estos casos la sentencia dispondrá la reposición del beneficiario en la prestación hasta que se produzca una causa de extinción (de ahí que sea conveniente que se haga constar en la demanda la cuantía de la prestación que se venía percibiendo y la fecha de inicio de la misma, para facilitar que la sentencia efectúe la reposición).

4. REVISIÓN DE ALTAS MÉDICAS EMITIDAS POR MUTUAS EN PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR RIESGOS PROFESIONALES (DURANTE LOS PRIMEROS 365 DÍAS)

Cuando un empresario asegura las contingencias profesionales ante una mutua, es ésta la competente, durante los primeros 365 días de prestación, para conceder la baja, la confirmación y el alta (igual ocurre cuando la empresa es entidad colaboradora y gestiona estas prestaciones)²⁷; a partir de ahí la competencia sobre el alta pasa en exclusiva al INSS/ISM. El legislador ha establecido la necesidad de regular un procedimiento de revisión de las altas otorgadas por las mutuas cuando gestionan procesos de IT profesional y tienen la competencia para dictar el alta (durante los primeros 365 días de prestación²⁸); lo cual está en directa conexión con la interpretación de que estas colaboradoras utilizan un excesivo rigor cuando dictan las altas²⁹.

Además, en estos casos de altas médicas, ha sido usual en nuestro país que si el trabajador considera que su situación no le permite la reincorporación al trabajo, acuda al SPS para intentar obtener una baja médica por contingencias comunes; es lo que se ha venido denominando como “baja estratégica”³⁰. Con ello se genera una situación tremendamente incoherente para el sistema de Seguridad Social, pues se plantearía una especie de “guerra de altas y bajas” entre la entidad colaboradora y la gestora de la asistencia sanitaria; más aún si tenemos en cuenta que se estarían otorgando altas y bajas sucesivas por contingencias diferentes y con entidades responsables del pago distintas³¹, facilitando, por otro lado, que el SPS pueda, en la práctica, revisar la decisión de la mutua, a costa de que la entidad gestora

²⁶ Sobre esta posibilidad, TOROLLO GONZALEZ, F.J.: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 59 (2005), página 117. También MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 131.

²⁷ En los casos de contingencias comunes, las mutuas no controlan la expedición de partes de baja, confirmación y alta, siendo ello competencia, en general, de los SPS (si bien ya nos hemos referido al papel de la inspección del INSS/ISM). Las mutuas, en estos casos, asumen el pago de la IT.

²⁸ GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I). (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal)”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2011, página 501.

²⁹ GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 501.

³⁰ Así MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 131, RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 134.

³¹ TOROLLO GONZALEZ, F.J.: Op. cit., página 121; también GRACIA ALEGRIA, G.: “Real Decreto 1430/2009, un desarrollo urgente del subsidio de incapacidad temporal”, *Tribuna Social* nº 227 (2009), página 46.

(INSS o ISM) abone la prestación por riesgos comunes³². Debe destacarse que pese a los intentos de las mutuas para cegar la posibilidad de intervención de los SPS, la jurisprudencia ha admitido la capacidad del SPS para dictar una baja por contingencias comunes tras un alta de la mutua por contingencias profesionales³³.

Estamos ante un procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas expedidas por las mutuas (o por las empresas colaboradoras cuando tienen la gestión de esta prestación), cuando estas son debidas a contingencias profesionales y estamos en el primer período de la IT³⁴. La regulación legal la encontramos en el art. 170.4 TRLGSS que se limita a señalar la necesidad del desarrollo reglamentario de un procedimiento administrativo de revisión de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de IT (mutuas y en su caso las empresas). Tal como hemos visto anteriormente, estas altas sólo pueden producirse cuando se trata de riesgos profesionales. Dicha regulación reglamentaria se contiene en el art. 4 del RD 1430/2009, cuya redacción fue ampliamente modificada por lo dispuesto en el RD 625/2014³⁵; siendo un procedimiento que debe considerarse preferente por la entidad gestora a los efectos de que dicte la resolución en el menor tiempo posible (art. 4.1 RD 1430/2009), por lo tanto, será un asunto prioritario en relación con el resto de cuestiones tramitadas por la entidad gestora³⁶. Con este procedimiento se hace frente a las bajas que pueden ser indebidas, pero también a la situación de encadenamiento de procesos de IT que, formalmente, se deben a diferentes contingencias; es decir, lo que antes hemos denominado “bajas estratégicas”. Si bien entendemos que es positiva esta delimitación del procedimiento, hemos de mostrar cierta extrañeza ante el hecho de que la regulación reglamentaria convierta la previsión legal de un procedimiento de revisión de las altas otorgadas por mutuas en un mecanismo para coordinar la situación de interconurrencia de las bajas y altas sucesivas por diferentes contingencias, determinando finalmente la entidad gestora la contingencia que da lugar a la prestación³⁷: el art. 170.4 TRLGSS se refiere solo a la necesidad de regular reglamentariamente un procedimiento administrativo de revisión “de las altas que expidan las entidades colaboradoras”; es decir, que legalmente no se hace

³² Hablaba DESDENTADO BONETE, A., que esta actuación supone para las mutuas una “auténtica expropiación de las facultades de gestión de la prestación”; op. cit., página 675.

³³ En este sentido se afirma por la STS de 15 de noviembre de 2006, RJ\2006\8366, que “no puede admitirse la alegación de la Mutua recurrente respecto a que ante un alta extendida por sus servicios médicos, los facultativos del Servicio Público de Salud si llegan al mismo diagnóstico deban abstenerse de dar un parte de baja, pues además de que –como ya se ha dicho– están obligados a efectuarlo por concurrir los requisitos legales, la negativa podría conllevar una situación de desprotección del beneficiario, lo que es palmariamente contrario a los principios que informan el ordenamiento jurídico de nuestra seguridad social. Sobre esta misma cuestión vid. las SSTS de 15 de noviembre de 2006, RJ\2006\9221; 8 de febrero de 2007, RJ\2007\2191; 27 de febrero de 2007, RJ\2997\2465; 6 de junio de 2007, RJ\2007\4646; 12 de junio de 2007, RJ\2007\5201; 29 de junio de 2007, RJ\2007\5482; 26 de septiembre de 2007, RJ\2007\8604

³⁴ Tal como señala con acierto MARTINEZ LUCAS, J.A., se trata de un procedimiento peculiar, en tanto se trata de revisar un acto de un sujeto privado (la Mutua), por un sujeto público (INSS/ISM), a través de un procedimiento administrativo. “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 22 (2009), página 2679.

³⁵ Señala FERNANDEZ ORRICO, F.J. que el sentido de las modificaciones era fundamentalmente facilitar a los interesados que puedan utilizar el procedimiento de revisión de las altas médicas. Op. cit., página 114.

³⁶ La preferencia a la que alude este RD 1430/2009 no debe confundirse con la posibilidad de tramitación urgente que regula el art. 33 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

³⁷ Sobre la competencia de las entidades gestoras (INSS/ISM) vid. las SSTS de 15 de noviembre de 2006, RJ\2006\8366; 15 de noviembre de 2005, RJ\2005\10075.

referencia a este procedimiento la solución de situaciones de interconurrencia. Dicho de otro modo: estamos ante un exceso de la regulación reglamentaria, que va más allá del procedimiento que plantea el art. 170.4 TRLGSS.

En cuanto al procedimiento, hay que tener en cuenta, de entrada que el art. 4.1 RD 1430/2009 señala que tiene carácter preferente para la entidad gestora, a los efectos de que esta proceda a dictar la correspondiente resolución lo antes posible. Nuevamente se plantea la necesidad de celeridad en resolver una cuestión que está directamente vinculada con el derecho a la salud del beneficiario.

A tenor del art. 4.2 RD 1430/2009, el interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora (mutua o empresa), en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la notificación del alta³⁸, presentando para ello solicitud ante la entidad gestora competente (INSS/ISM); no siendo posible, por tanto, la incoación de oficio³⁹. La presentación extemporánea supone que la resolución administrativa sea denegatoria a su pretensión⁴⁰, si bien no supone que haya perdido toda oportunidad de impugnar el alta: siempre tendrá a su disposición acudir al procedimiento judicial de impugnación (art. 140 LRJS), para lo cual es necesario la reclamación previa (art. 71.3 LRJS)⁴¹. Ha de quedar claro que la impugnación judicial es una vía alternativa a esta revisión de carácter administrativo⁴². Dado que la entidad gestora no ha gestionado este proceso de IT, ha de acompañar a la solicitud el historial médico relacionado con dicho proceso, o si el trabajador no dispone del mismo, al menos la copia de la solicitud de dicho historial presentada ante la entidad colaboradora.

Ha de tenerse en cuenta que la solicitud por la que se inicia el procedimiento genera los efectos del alta médica emitida (lo cual es una garantía para el trabajador, que no debe incorporarse al trabajo⁴³), debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el apartado 8 de este artículo (de esta manera queda equilibrada la situación, pues si bien el efecto de prorrogar la IT podría ser un incentivo a la reclamación del trabajador, si fracasa en su pretensión, el trabajador deberá devolver lo percibido).

El trabajador debe comunicar a la empresa el inicio del proceso de revisión el mismo día en que presente la solicitud, o en el primer día hábil siguiente. Esta última cuestión es

³⁸ Esto supone una ampliación respecto del plazo inicial, que era de sólo cuatro días y que en la práctica limitaba enormemente la posibilidad de los trabajadores de acudir a esta vía; en este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: "El control (...) (I)", op. cit., página 503. De igual manera FERNANDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., página 114; o GUTIERREZ PEREZ, M.: "Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014, de 18 de julio", *Revista de Derecho Social* nº 4 (2015), página 115.

³⁹ MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2679; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 132.

⁴⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 132; también RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 132.

⁴¹ Estamos, por tanto, ante dos vías alternativas que puede utilizar el trabajador: bien acudir al procedimiento administrativo analizado, o bien acudir directamente a la vía de la impugnación judicial; o lógicamente, acudir a ambas sucesivamente. Sobre el carácter alternativo vid. la STSJ de Galicia de 17 abril de 2012, AS 2012\1566.

⁴² GONZALEZ ORTEGA, S.: "El control (...) (I)", op. cit., página 502.

⁴³ En similar sentido MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: Op. cit., página 31.

importante, pues, tal como acabamos de señalar, el principal efecto que tiene el proceso de revisión es que se suspenden los efectos del alta médica, entendiéndose prorrogada durante su tramitación, y manteniendo el pago delegado de la prestación (con independencia de que después pueda entenderse como prestación indebida en caso de confirmación del alta médica⁴⁴), por lo que el empresario debe tener conocimiento tanto a los efectos de mantener el pago delegado, como de no considerar la ausencia del trabajador como incumplimiento sancionable⁴⁵. Ha de tenerse en cuenta que el abono de la prestación de IT en esta situación es incompatible con las rentas derivadas de una actividad profesional (art. 4.11 RD 1430/2009)⁴⁶.

El INSS/ISM procederá a comunicar a la mutua el inicio del procedimiento⁴⁷ y solicitará que se le remita, en el plazo improrrogable de cuatro días, los antecedentes del proceso de IT (el expediente médico en definitiva), así como el informe sobre las causas que motivaron el alta médica⁴⁸. Si no se remite tal información, la entidad gestora resolverá en base sólo a la documentación aportada por el interesado. A raíz de esta comunicación la mutua podrá reconocer la improcedencia del alta médica (que el alta fue indebida), archivándose el procedimiento, de manera que el trabajador disfrute nuevamente de la prestación.

De otro lado, la entidad gestora comunicará también a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. El sentido de esta comunicación es doble, de entrada, que el empresario pueda constatar la certeza de que el trabajador ha iniciado el procedimiento, pues recibe en este caso una comunicación oficial. Pero además, esta comunicación busca otro efecto, que tiene bastante que ver con la posibilidad de que haya bajas por diferentes contingencias, cuando el trabajador tras el alta de la mutua (basada en una contingencia profesional originaria) haya acudido al SPS para obtener una baja por contingencias comunes: tal como hemos señalado es objetivo de este procedimiento no sólo la revisión del alta, sino evitar los problemas que puede generar este tipo de coincidencia de altas y bajas sucesivas por entidades y contingencias diferentes; es por ello que, advertida la empresa por la entidad gestora del procedimiento, si el trabajador ha presentado a la empresa la baja emitida por el SPS, aquélla deberá ponerlo en conocimiento del INSS/ISM de manera inmediata para que estas entidades gestoras coordinen las actuaciones correspondientes (obsérvese que la normativa reglamentaria no establece un plazo determinado, sino que se limita a señalar que debe comunicar tal circunstancia de manera inmediata, lo que genera cierta dosis de inseguridad jurídica). Más aún, si el SPS tiene constancia de la existencia de un previo proceso de IT por riesgos profesionales en el que se ha procedido al alta del trabajador, deberá advertir al

⁴⁴ Arts. 4.3 y 4.8 RD 1430/2009.

⁴⁵ En este sentido MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2683. Vid. art. 4.3 RD 1430/2009. Jurisprudencialmente sobre los efectos sancionadores de la no incorporación del trabajador tras un alta dada por la mutua que es impugnada, vid. la STSJ de Madrid de 14 junio de 2012, AS 2012\2396.

⁴⁶ Sobre la cuestión vid. MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2683.

⁴⁷ Debe señalarse que la regulación reglamentaria (art. 4.4 RD 1430/2009) no establece plazo alguno para que el INSS/ISM se dirija a la mutua, inclinándose algún autor por considerar que el plazo debe ser el mismo de dos días del que dispone para dirigirse a la empresa y contenido en el art. 4.5 RD 1430/2009. En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: "El control (...) (I)", op. cit., página 503.

⁴⁸ A tenor de lo dispuesto por el art. 4.9 RD 1430/2009, las comunicaciones deben ser realizadas preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, para permitir así una comunicación lo más rápida posible.

trabajador la posibilidad de iniciar el procedimiento de revisión de las altas médicas; así como comunicará a la entidad gestora (INSS/ISM) la existencia de dos procesos sucesivos de IT que pudieran estar relacionados⁴⁹ (no olvidemos a este respecto que estas entidades tienen competencia para determinar el origen de la contingencia, común o profesional⁵⁰). En todo caso, si el trabajador ha obtenido, tras el alta de la mutua, la baja del SPS, tiene derecho a la prestación de IT derivada de contingencias comunes y una vez resuelto el procedimiento deberá procederse, en su caso, a los ajustes oportunos como señalaremos posteriormente.

Antes hemos señalado que el art. 4 del RD 1430/2009 da solución tanto a los supuestos de revisión como a los de concurrencia de procesos de IT (o “altas estratégicas”), siendo, por tanto, posible que a través de un único expediente administrativo se resuelvan ambas cuestiones (si el alta es indebida, y el origen de la contingencia). Esta duplicidad plantea problemas interpretativos. Por ejemplo, si tenemos un procedimiento de revisión de un alta emitida por la mutua, que requiere de solicitud expresa del trabajador, y que genera la suspensión de los efectos del alta médica y el mantenimiento de la prestación de IT por riesgos profesionales, ¿para qué solicita el trabajador al SPS una baja por contingencias comunes? Además, si la interposición de la solicitud de revisión determina la carencia de efectos del alta emitida por la mutua y la prórroga de la prestación de IT por contingencias profesionales, con el abono de la misma, ¿cómo es posible que el art. 4.5 del RD 1430/2009 en su tercer párrafo afirme que si el trabajador solicita la baja médica al SPS por contingencias comunes y se le reconoce, “se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento”.

A mi juicio, la situación debe ser simplificada: el procedimiento de revisión ha de iniciarse siempre a instancia del interesado⁵¹, que ha de presentar la solicitud, no existiendo posibilidad de un inicio por otra vía⁵². No obstante, puede ocurrir que el trabajador, ante un alta emitida por la mutua, acuda directamente al SPS para solicitar una baja por contingencias comunes y posteriormente inicie el procedimiento de revisión: es por ello que el art. 4.5 RD 1430/2009 señala que si el SPS conoce la existencia de un proceso previo de IT por contingencias profesionales, debe informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento de revisión, así como a la entidad gestora de la existencia de dos procesos de IT relacionados. En este caso el trabajador ya estará disfrutando de la prestación de IT por riesgos comunes cuando se inicia el procedimiento de revisión, de ahí que mantenga el cobro de esta prestación. De otro lado, si bien el proceso de revisión genera la prórroga de la prestación, en caso de confirmarse el alta médica emitida por la mutua, la prestación pasa a considerarse como indebidamente percibida⁵³, por lo que es factible que el trabajador prefiera la prestación por riesgos comunes a la posibilidad de mantener la prestación por riesgos profesionales que pueda considerarse finalmente como indebida. Por lo tanto, lo que ocurre es que puede acudir al mismo tiempo (o sucesivamente) al procedimiento de revisión y a la “baja estratégica”.

⁴⁹ Vid. art. 4.5 RD 1430/2009.

⁵⁰ En este sentido LOPEZ INSUA, B.M.: “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”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 165 (2014), página 74.

⁵¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 132; también RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 132.

⁵² En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 504.

⁵³ MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2686.

La resolución del procedimiento se produce por el director provincial de la entidad gestora competente (INSS o ISM), que dispone del plazo de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, teniendo un papel esencial en esta resolución el equipo de valoración de incapacidades, que deberá examinar y valorar el caso concreto (art. 4.6 RD 1430/2009) emitiendo un informe que si bien es preceptivo, no es vinculante⁵⁴. Sobre esta resolución resulta esencial la regulación de los efectos de la misma, lo cual se realiza por el art. 4.7 RD 1430/2009. Dicho precepto señala con carácter general que la resolución ha de determinar la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, especificando, en su caso, la contingencia de la que deriva el proceso de IT, así como la improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento por el SPS. En cuanto a los efectos las posibilidades son las siguientes:

a) Confirmación del alta médica emitida por la mutua. Ello supone la declaración de extinción de la IT en la fecha del alta. Recordemos que el inicio del procedimiento de revisión supone la suspensión de efectos del alta, manteniéndose el cobro de la IT por riesgos profesionales, por lo que esta resolución va a generar que la prestación percibida desde el alta sea considerada indebida (art. 4.3 en conexión con el 4.8 RD 1430/2009), debiendo el trabajador reintegrar las prestaciones⁵⁵.

b) Mantenimiento de la situación de IT por contingencias profesionales, de manera que el alta médica de la mutua no produzca efecto alguno, manteniéndose la percepción del derecho a la IT.

c) Si el trabajador recupera su capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, el sentido de la resolución será el de aclarar si el alta médica emitida por la entidad colaboradora fue prematura o no. Caso de estimarse prematura debe determinarse la nueva fecha de efectos del alta médica y extinción de la IT. En este caso de fijación de nueva fecha de alta por considerarse la inicial prematura, debe tenerse en cuenta que a tenor de lo previsto por el art. 4.8 RD 1430/2009, si el trabajador ha percibido prestación de IT por riesgos profesionales (recordemos que el inicio del procedimiento supone la paralización de efectos del alta médica ex art. 4.3 RD 1430/2009), lo percibido a partir de la nueva fecha de alta es prestación indebida.

d) Cuando haya una situación de procesos de IT intercurrentes (IT por contingencias profesionales con alta por la mutua, seguida de baja por el SPS por contingencias comunes), la resolución debe determinar la contingencia de la que deriva la IT, fijando los efectos que corresponden como consecuencia de esta determinación de la contingencia causante. Sobre estos efectos téngase en cuenta lo establecido expresamente por el art. 4.5 *in fine* del RD 1430/2009, precepto que señala que en aquellos casos en que el interesado haya solicitado una baja médica por contingencias comunes y acceda a la IT por dicha contingencia, percibirá la prestación por riesgos comunes, “sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la mutua (...) no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor”.

⁵⁴ MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: Op. cit., páginas 32 y 33; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 133.

⁵⁵ GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 503; LOPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 74.

En estos casos de procesos de IT coincidentes o intercurrentes, es posible que se declare que el alta de la mutua era correcta y la baja del SPS no lo era, pues se trataba del mismo proceso patológico, no habiéndose generado nueva IT, debiendo considerarse que la baja por riesgos comunes del SPS era improcedente⁵⁶, siendo la prestación indebida.

Otra posibilidad en estos procesos de IT concurrentes, es que se declare que el alta de la mutua era correcta, pero que también lo sea la baja por contingencias comunes que otorga el SPS, por existir nuevas patologías, en cuyo caso habría derecho a la prestación de IT por contingencias comunes.

Por último, puede declararse que el alta de la mutua era incorrecta, debiendo anularse los efectos del alta y mantener la baja por contingencias profesionales; en cuyo caso deberá anularse la baja por contingencias comunes, pues ambas bajas son incompatibles, siendo de aplicación lo previsto por el art. 4.5 RD 1430/2009 en cuanto a los ajustes económicos tal como acabamos de ver⁵⁷. Es decir, si se considera que son riesgos profesionales, y que el alta de la mutua era indebida, dicho alta no debe producir efecto alguno, por lo que la mutua está obligada a realizar los ajustes oportunos y subsanar todos los efectos económicos a favor de la entidad gestora y del trabajador⁵⁸.

Si en el plazo de 15 días no hay resolución administrativa, el interesado podrá entender desestimada su solicitud y podrá acudir a la jurisdicción social, a través del procedimiento analizado en el epígrafe anterior⁵⁹.

Para terminar, un par de apuntes sobre este procedimiento. En primer lugar, que es posible que durante la tramitación del mismo se alcancen los 365 a partir de los cuales el INSS/ISM pasa a tener competencia exclusiva, en cuyo caso la entidad gestora debe resolver de conformidad a lo previsto en el art. 170.2 TRLGSS, prorrogando, comenzando el expediente de invalidez o procediendo al alta médica (art. 4.10 RD 1430/2009), lo cual incide directamente en el procedimiento, pues implica que la entidad gestora va a resolver como si el alta de la mutua no se hubiese producido⁶⁰. En segundo lugar, la resolución emitida por la entidad gestora en este procedimiento, tiene la consideración de reclamación previa a los efectos del art. 71 LRJS (art. 4.12 RD 1430/2009), lo cual tiene especial importancia pues frente a la resolución puede presentarse la pertinente demanda por la vía del art. 140 LRJS, siendo revisable ante esta jurisdicción. Al considerarse que la Resolución tiene atribuidos los efectos de reclamación previa, no será necesaria su interposición cuando el trabajador decida acudir a un proceso judicial⁶¹.

⁵⁶ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 133.

⁵⁷ Sobre estas posibilidades vid. GONZALEZ ORTEGA, S.: Op. cit., páginas 505 y 506.

⁵⁸ Lógicamente, en estos casos el trabajador habrá disfrutado de la prestación de IT común, que le habrá sido abonada a cargo de la entidad gestora, previa baja médica emitida por el SPS.

⁵⁹ MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: Op. cit., página 22.

⁶⁰ FERNANDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., página 47; MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: Op. cit., página 34.

⁶¹ MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: Op. cit., página 34.

5. PROCEDIMIENTO DE DISCREPANCIA ANTE ALTAS DEL INSS/ISM TRAS LOS PRIMEROS 365 DÍAS

En tercer lugar, encontramos cómo el art. 170.2 TRLGSS al regular la capacidad de alta que tiene el INSS a partir del agotamiento de los primeros 365 días (recordemos que a partir de este momento tiene competencia exclusiva la entidad gestora –INSS/ISM–), establece la posibilidad de que el interesado y afectado por el alta, pueda manifestar su disconformidad, cuestión que se desarrolla reglamentariamente a través del art. 3 del RD 1430/2009, que regula un procedimiento administrativo para la revisión del acto por el que se resuelve el alta⁶².

A tenor de lo señalado por este último precepto, cuando el INSS/ISM acuerde el alta médica, el interesado podrá manifestar su disconformidad⁶³ ante la inspección médica del SPS, para lo cual dispone de sólo cuatro días naturales a contar desde el siguiente a la notificación de la resolución de alta. Es un plazo bastante breve⁶⁴, lo que indica la intención de agilizar el procedimiento de revisión del alta⁶⁵. Debe tenerse en cuenta que la superación de este plazo no implica la imposibilidad para el trabajador de combatir el alta que considera indebida, pues como ya hemos visto, y como señalaremos posteriormente, cabe la posibilidad de acudir a la impugnación judicial⁶⁶.

Algún sector doctrinal ha mostrado su extrañeza por el hecho de que se acuda al SPS, pues INSS/ISM son los únicos competentes para proceder al alta⁶⁷. Parece que la justificación reside en que el trabajador actúe con cierto respaldo médico en este procedimiento, y dado que la resolución ha de realizarse por el INSS/ISM, no parece coherente que este respaldo sea prestado por tales entidades. En todo caso, el trabajador podrá presentar el escrito de disconformidad a través de cualquiera de las vías que establece el art. 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶⁸.

⁶² MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2691.

⁶³ Dicha disconformidad ha de cumplimentarse a través del modelo aprobado al efecto por la entidad gestora (INSS/ISM), que estará a disposición de los interesados en la página web de las entidades gestoras (art. 3 regla primera RD 1430/2009). Nada se señala si el trabajador presenta la disconformidad sin este formato, pero nada hace indicar que la exigencia de formato sea requisito esencial, pues se trataría de un formalismo exorbitante que limitaría el derecho del beneficiario.

⁶⁴ En sentido crítico con la brevedad del plazo, vid. CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.J.: “Nuevos retoques de la prestación de incapacidad temporal. Lucha contra el fraude, recorte de derechos y eliminación de situaciones de desprotección: ¿Es posible todo al mismo tiempo?”, en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *La reforma de la Seguridad Social. Estudio Sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2008, página 233. De igual manera GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (y II)”, *Relaciones Laborales* Tomo II de 2011, página 479.

⁶⁵ En este sentido MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2692.

⁶⁶ MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2691.

⁶⁷ LOPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 68.

⁶⁸ En realidad la literalidad del precepto se refiere al art. 38.4 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que ha de entenderse sustituida por la norma que hemos señalado en el texto. Téngase en cuenta, no obstante, que la regulación sobre el registro electrónico no ha entrado aún en vigor.

Además, el trabajador debe comunicarlo a la empresa el mismo día o en el siguiente día hábil⁶⁹. La lógica de esta comunicación es evidente: dado que, como vamos a ver, el procedimiento de discrepancias supone una prórroga de la IT, es necesario el conocimiento empresarial, a los efectos de que este no considere como faltas de asistencias tales días y proceda a sancionar o despedir al trabajador⁷⁰.

Ha de subrayarse que no se otorga papel alguno a las mutuas, ni tan siquiera cuando se trata de una IT por riesgos profesionales⁷¹.

Presentada la disconformidad por el interesado hay diferentes posibilidades (art. 170.2 TRLGSS en sus párrafos segundo, tercero y cuarto):

- En primer lugar, cabe la posibilidad de que la inspección médica del SPS discrepe del alta otorgada por el INSS, en cuyo caso le propondrá, dentro del plazo máximo de siete días naturales (es decir, como máximo en los once días desde la resolución de alta), la reconsideración de su decisión de alta, para lo cual deberá motivar tal discrepancia. La entidad gestora en estos casos deberá pronunciarse sobre la cuestión en los siete días naturales siguientes, notificando su resolución al interesado y a la inspección médica del SPS. Ello supone que a partir de aquí puede generarse dos situaciones diferentes: o bien la entidad gestora (INSS/ISM) reconsidera la decisión inicial de alta médica (estime, en definitiva, la discrepancia presentada por el trabajador), en cuyo caso reconocerá la prórroga de la prestación de IT a todos los efectos; o bien la entidad gestora mantiene el alta (para lo cual debe aportar las pruebas complementarias que la fundamenten⁷²), en cuyo caso sólo se prorrogue la prestación de IT hasta la fecha de la última resolución; es decir, de esta segunda resolución del INSS o ISM, en la que se mantiene el alta⁷³.

- La segunda posibilidad consiste en que la inspección médica del SPS estime adecuada el alta emitida por el INSS/ISM, o bien que no se pronuncie en el plazo de once días naturales siguientes a la fecha de la resolución de alta. En estos casos el alta produce plenos efectos, considerándose prorrogada la IT entre el momento del alta y el momento en que ésta produce plenos efectos (es decir, se prorroga la IT entre la fecha del alta y la fecha del pronunciamiento de la inspección del SPS a favor del alta, o el transcurso de los once días siguientes a la fecha de la resolución del INSS/ISM en que se comunica el alta).

Como vemos uno de los efectos fundamentales de este procedimiento es la prórroga de los efectos de la IT, que alcanza a un momento diferente en función del resultado del procedimiento de discrepancias: si la inspección médica del SPS muestra su conformidad con el alta, hasta el momento de este pronunciamiento; si la inspección médica no se pronuncia en los once días siguientes a la fecha de la resolución, se prorrogue hasta el cumplimiento de dichos once días; si, por el contrario, la inspección médica del SPS se muestra conforme con la discrepancia, hasta un máximo de dieciocho días (los cuatro días para manifestar la discrepancia, más los siete días que tiene a su disposición la inspección

⁶⁹ Art. 3 regla tercera RD 1430/2009.

⁷⁰ Sobre esta cuestión MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2693.

⁷¹ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 122.

⁷² Teniendo en cuenta la brevedad de los plazos será difícil que la entidad gestora pueda realizar pruebas complementarias. Sobre la cuestión vid. LOPEZ INSUA, B.M.: "Control del fraude (...)", op. cit., página 69.

⁷³ GONZALEZ ORTEGA, S.: "El control (...) (y II)", op. cit., página 480.

médica del SPS para manifestarse, más los siete días que tiene la entidad gestora para resolver), o antes si la resolución de la entidad gestora es anterior. Por lo tanto, el procedimiento de disconformidad supone un alargamiento de los efectos de la IT y de la suspensión del contrato, pese a que se haya dictado el alta médica⁷⁴. Dicho de otra manera: el procedimiento de discrepancia tiene como efecto la paralización de los efectos de la resolución del alta, lo cual supone una excepción al principio general de la eficacia de los actos administrativos⁷⁵.

La regulación analizada se refiere a una “prórroga a todos los efectos” (art. 170.2 TRLGSS), queriendo decir con ello que se prolonga la fase de prórroga de la prestación pues debemos recordar que al tratarse de un alta tras los primeros 365 días, estamos ya en esta fase de la prestación. Quizás el uso del término prórroga puede resultar confuso en estos casos y para evitar equívocos fuese más adecuado hablar de prolongación o mantenimiento de la prórroga de la prestación (de lo contrario parecería que estamos refiriéndonos a la prórroga de una prórroga). El hecho de que ya estemos en fase de prórroga, por tratarse de una prestación que ha superado los primeros 365 días se evidencia si tenemos en cuenta que esta prolongación durante once o dieciocho días de la prestación ha de producirse en régimen de pago directo por la entidad gestora, como corresponde a la fase de prórroga de la prestación de IT⁷⁶. En los casos en que la entidad gestora resuelva a favor del trabajador, estimando la discrepancia, esta prolongación de los efectos del alta producida durante el procedimiento de discrepancia no debe afectar a la duración máxima de la prestación de IT, que en todo caso seguirá siendo de seis meses⁷⁷.

Con este mecanismo de disconformidad se otorga un importante papel al SPS en un período en que la competencia es del INSS o del ISM. Sin embargo, es evidente que la decisión final sigue estando en manos del INSS (no puede ser de otra forma, pues la propia regulación legal establece la competencia exclusiva del INSS tras el agotamiento de los primeros 365 días). En todo caso, es un procedimiento que permite evitar que haya contradicciones entre las entidades gestoras de la prestación sanitaria y económica⁷⁸.

De otro lado, quien actúa tras la disconformidad presentada por el trabajador es la inspección médica del SPS, no el facultativo del SPS, y para tal actuación tiene un plazo muy breve; lo cual es esencial, pues su actuación ha de ser fundamentada. Entendemos que pese a la existencia de un canal directo de comunicación entre inspección y facultativo, que permita la colaboración de este último, la brevedad del plazo dificulta que pueda realizarse tal actuación; y ello pese a que el art. 3 RD 1430/2009 exige que las comunicaciones se realicen a la mayor brevedad posible y preferentemente por medios electrónicos. En todo caso, si unimos el hecho de que quien tiene el peso de llevar a cabo el procedimiento de discrepancia

⁷⁴ La doctrina laboral ha señalado que en la práctica este procedimiento supone incrementar la baja del trabajador hasta un máximo de 18 días, lo que supone una bonificación al absentismo del trabajador. En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 119. También señalaban que este procedimiento suponía un alargamiento de la baja y de la IT, CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.J.: Op. cit., página 232; o RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 134.

⁷⁵ Antes de la existencia de este procedimiento la doctrina estimaba, aplicando dicho principio general, que la reincorporación del trabajador debía ser obligatoria; así TOROLLO GONZALEZ, F.J.: Op. cit., página 116.

⁷⁶ En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (y II)”, op. cit., página 480.

⁷⁷ MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2694.

⁷⁸ GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (y II)”, op. cit., página 480.

(la inspección médica del SPS) no ha hecho el seguimiento médico del trabajador y que dispone de un plazo ciertamente breve, parece que en muchos casos el final del procedimiento será el rechazo de la pretensión del trabajador por silencio negativo por transcurso de los once días⁷⁹. De otro lado, hay que resaltar que este procedimiento tiene como consecuencia el retraso en resolver la situación del trabajador, sobre todo teniendo en cuenta que el beneficiario puede impugnar el alta médica ante el orden social. Algún sector doctrinal ha señalado, en sentido crítico, que la verdadera garantía del interesado no está en la acumulación de trámites burocráticos, sino en acelerar la impugnación judicial del alta y su resolución⁸⁰.

Una cuestión interesante a tener en cuenta es la relación entre este procedimiento de disconformidad y el procedimiento judicial de impugnación de altas médicas. De entrada hay que afirmar que son vías alternativas, de manera que ante un alta producida tras los primeros 365 días el trabajador tiene la opción de acudir a una vía u otra para reclamar frente al alta que considera indebida: puede acudir directamente al proceso o bien acudir a manifestar su disconformidad ante la inspección médica del SPS. De hecho la literalidad del art. 170.2 TRLGSS señala expresamente el carácter alternativo del procedimiento de discrepancias, pues “el interesado podrá manifestar (...), su disconformidad”⁸¹; de ahí que el agotamiento del plazo de cuatro días para interponer la reclamación ante la inspección médica del SPS no otorgue firmeza al alta médica. Incluso cabe la posibilidad de acudir al procedimiento de disconformidad y posteriormente a la vía judicial (la resolución definitiva del proceso de disconformidad es perfectamente susceptible de demanda ante la jurisdicción social); de hecho, dado que el procedimiento judicial no tiene efectos suspensivos del alta, pero el procedimiento de disconformidad sí, lo lógico es que el trabajador, ante un alta médica tras los primeros 365 días, acuda al procedimiento de discrepancia, donde puede “ganar” hasta 18 días de prestación tal como hemos visto⁸², y posteriormente inicie el procedimiento judicial.

En este último caso surgía una duda interpretativa: ¿asume el procedimiento de discrepancias el papel de reclamación administrativa previa? Con anterioridad a la vigente LRJS la doctrina laboral discutía si era necesario que, tras agotar el procedimiento de disconformidad, se presentase la reclamación previa para iniciar la vía judicial⁸³. Sin embargo, recordemos que la actual regulación de los arts. 71.1 y 140.1 LRJS, no exige la reclamación administrativa en los procedimientos de impugnación de altas médicas emitidas tras agotarse los primeros 365 días de prestación. Es decir, que en las altas producidas tras

⁷⁹ En sentido similar LOPEZ INSUA, B.M.: “Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 5 (2015), página 84.

⁸⁰ Así DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., página 686.

⁸¹ Sobre el carácter potestativo de esta vía de discrepancia, vid. GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (y II)”, op. cit., página 479; GRACIA ALEGRIA, G.: Op. cit., página 46; también LOPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 70; MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2691; MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 119.

⁸² MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 121.

⁸³ A favor, GRACIA ALEGRIA, G.: Op. cit., página 46 o MARTINEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2695; en contra, GONZALEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (y II)”, op. cit., página 479; MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 120.

esos 365 días ya no es necesaria la reclamación administrativa previa⁸⁴, desapareciendo así esta duda.

Cabe señalar una última cuestión: tal como hemos visto, este procedimiento se utiliza frente a las actas realizadas por el INSS/ISM una vez transcurridos los primeros 365 días de prestación. Sin embargo, el INSS/ISM también es competente para dictar el alta durante los primeros 365 días a través de su inspección médica (art. 170.1 TRLGSS), por lo que no se comprende muy bien el motivo por el cual este procedimiento de discrepancias sólo exista tras el agotamiento de dicho plazo y cuando es el único competente⁸⁵. Podría plantearse la extensión con carácter general de este procedimiento u otro similar a las altas durante los primeros 365 días, pues estamos ante un mecanismo dirigido a facilitar que el competente para dictar el alta pueda replantearse la misma, dando lugar así a una segunda oportunidad; sin embargo, durante este período inicial este papel lo asume la reclamación administrativa previa, motivo por el que es innecesario el mismo.

⁸⁴ El hecho de que no sea exigible no supone que el trabajador no pueda interponerla si acude a la vía judicial; si bien, no tiene mucho sentido, pues existe ya una resolución por la entidad gestora que es favorable al alta.

⁸⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 122.

El Papel de la Negociación Colectiva en Materia de Jubilación The Role of Collective Bargaining in Relation to Retirement

CRISTINA BLASCO RASERO

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DTSS
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Resumen

Aunque la ordenación de la acción protectora que dispensa el Sistema de Seguridad Social, tanto en su conjunto como, específicamente, en relación a la contingencia y la prestación de jubilación, constituye una competencia exclusiva del Estado, existe un cierto margen para que la autonomía colectiva desenvuelva, en cierta medida, su eficacia. Fundamentalmente, porque el convenio colectivo constituye una fuente especial del Derecho Social, que nace del consenso entre los representantes de los sujetos que integran las relaciones laborales, en la que, de un lado, se adaptan las normas generales al ámbito particular en el que han de ser aplicadas y, de otro, se mejoran y amplían, en beneficio de los trabajadores, las condiciones mínimas previstas en la regulación general.

Desde esta perspectiva, se pretende subrayar en este ensayo la posición que ocupa el convenio colectivo en la ordenación, reconocimiento y satisfacción de la pensión de jubilación. Con este objetivo, se analizan los elementos que configuran la contingencia, los requisitos del hecho causante y las reglas de cálculo de la cuantía de la pensión, para concluir señalando el papel que desempeña actualmente o puede desempeñar en el futuro la negociación y el convenio colectivo.

Palabras clave

jubilación; jubilación forzosa; jubilación anticipada; envejecimiento activo; mejoras voluntarias; convenio colectivo

Abstract

Even though the protecting rules of the National Health Care System constitutes an exclusive competence of the State, both as a whole and, specifically, regarding contingency plans and retirement benefits, it exists a limit for the collective autonomy to develop its efficacy. Fundamentally, due to the fact that the collective bargaining agreement constitutes a special cause of the Social Right, which arises from the consensus between the representatives of that people who integrate the professional relationships, in which, on the one hand, the general rules in a particular area in which they have to be applied are adapted and, on the other hand, the minimal conditions expected in the general regulation are improved and increased in favour of workers.

From this point of view, we pretend to highlight the position occupied by the collective bargaining agreement regarding ordinance, recognition and satisfaction of the retirement pension. Therefore, the contingency elements, the requirements of the causing effect and the calculation rules of the pension quantity are deeply analysed in order to establish the current or future role of the negotiation and the collective bargaining agreement.

Keywords

retirement; forced retirement; early-retirement; active ageing; intentional advances; collective bargaining agreement

1. INTRODUCCIÓN¹

La regulación de la contingencia de jubilación, como la ordenación misma del Sistema o del conjunto de su acción protectora, escapa, en gran medida, al ámbito de actuación de la negociación colectiva. Principalmente, porque la Seguridad Social es un instrumento de la Protección Pública y, por ello, es organizada y puesta en funcionamiento por los poderes públicos a través de prestaciones sociales que son reguladas por leyes

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España DER2011-28907: “El futuro de la negociación colectiva en materia de jubilación”.

estatales y satisfechas por los organismos públicos competentes. Por este motivo, es lógico que la autonomía privada, aunque sea ejercida por sujetos colectivos que representan los intereses de aquellos grupos sociales a los que va dirigida la protección del Sistema, tenga notablemente restringidas sus posibilidades de intervención en este tema; sobre todo, porque no pueden alterar el régimen jurídico de unas ayudas económicas de las que ellos no son responsables, pero también, porque ha de dejarse en manos del poder central la regulación de unas medidas protectoras que deben reconocerse en los mismos términos al conjunto de los ciudadanos.

A pesar de ello, siempre se puede encontrar un resquicio para que la autonomía colectiva, que tiene una posición singular en la regulación de las cuestiones sociales, desenvuelva, en cierta forma, su eficacia. Singularmente, porque es un poder normativo que se caracteriza, primero, por adaptar la regulación general a un ámbito funcional, personal, territorial y temporal, determinado; segundo, por establecer una regulación de las relaciones laborales consensuada por los representantes de quienes participan en las mismas; y tercero, por hacer posible, en ese entorno y contexto, la fijación de unas condiciones sociales, laborales y económicas que han de resultar más favorables para los trabajadores (al menos, apreciadas en su conjunto) que las establecidas en las normas estatales. Por estas razones, se puede plantear la atribución de ciertas funciones a la autonomía colectiva en la materia, siendo así que, el primer objetivo de este ensayo sea intentar descubrir el papel que desempeña actualmente o puede ejercer en el futuro la negociación colectiva sobre los elementos que configuran la contingencia y la pensión de jubilación, en sí mismas o en cualquier aspecto de su régimen jurídico.

Pero si no hay ninguna duda sobre el papel que corresponde a los poderes públicos en la regulación y el mantenimiento del sistema público de protección, básico y obligatorio, también es incuestionable la existencia de un cierto margen para la actuación de la autonomía privada. En este aspecto, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en el reconocimiento de lo que se ha dado en llamar la “Protección social complementaria” a la que, de forma directa, alude el artículo 41 de la Constitución cuando, después de hacer referencia a la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, concluye diciendo que: “*La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”. Con esta fórmula, se reconoce constitucionalmente un nivel de protección en el que se integran todas las ayudas externas o adicionales a las que constituyen, específicamente, la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, de origen privado y carácter voluntario, que se satisfacen con la exclusiva finalidad de complementar las prestaciones públicas². Con estas características, existe en el

² Sobre este tema, es necesario hacer una puntualización importante derivada de la diversidad de opiniones doctrinales acerca del concepto de “*Protección Social Complementaria*”. Únicamente para señalar que no se hace en este ensayo referencia a un concepto amplio en el que se incluyen todas las técnicas que complementan las prestaciones del Sistema y en el que tendrían cabida otras ayudas públicas (como las que se dispensan desde la Asistencia Social o los Servicios Sociales). Por el contrario, en este trabajo se ha optado por un concepto estricto, que hace referencia a una protección ajena a las prestaciones que integran la acción protectora de la Seguridad Social, asumida, gestionada y financiada por entidades privadas y de carácter exclusivamente voluntario, a la que podría llamarse, quizá de forma más exacta, “*Previsión (o Protección) Social Voluntaria*”.

Derecho español una pluralidad de fórmulas de previsión social directamente dirigidas a la protección de quienes se jubilan³.

En este marco, la propia LGSS prevé expresamente la posibilidad de que las prestaciones contributivas que integran la acción protectora del Sistema sean mejoradas voluntariamente en la forma y condiciones establecidas en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales (art. 43.1 de la Ley); una ampliación de la protección que tanto puede proceder del reconocimiento unilateral del empresario, como ser el resultado de un acuerdo individual o colectivo entre las partes. En este último sentido, se reconocen las llamadas “Mejoras voluntarias”, integradas por aquellas ayudas o beneficios sociales a favor de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio en el que se contemplan, a las que se compromete la parte empresarial en el intercambio de ventajas y contrapartidas que se produce en todo proceso de negociación colectiva y que tienen como única finalidad la de complementar o incrementar las prestaciones públicas. En este aspecto, es obvio el papel que pueden desempeñar los convenios colectivos como medio de articulación de aquellos sistemas de previsión complementaria que resultan del acuerdo alcanzado entre las representaciones profesionales de empresarios y trabajadores. También es evidente la importancia del tema en la materia que nos ocupa, dada la posibilidad de que tales mejoras se pacten como contraprestaciones adicionales a las pensiones de jubilación.

En resumen, tanto en el ámbito más general de la Protección Social Complementaria como en el campo, más restringido, de las Mejoras Voluntarias, ocupa un lugar destacado la protección de la contingencia de jubilación y del colectivo de los jubilados. Sin embargo, el estudio, tanto de los conceptos generales como de las distintas modalidades de previsión, incluso, en aspectos concretos, como el que se refiere a la específica protección de quienes se jubilan, constituye un tema de tal extensión y complejidad que, para poder ahondar en el mismo, sería necesario un trabajo monográfico de mayor envergadura al que se pretende en esta obra⁴. Por este motivo, se limita el estudio a realizar una escueta referencia al papel que desempeñan los convenios colectivos como medio en el que se disponen y regulan aquellos beneficios que amplían, exclusivamente, el contenido de la pensión jubilatoria.

Además de estas funciones, el convenio colectivo desempeña un papel destacado en la regulación de los procesos de prejubilación. Fundamentalmente, porque es habitual la programación del proceso y porque una de las formas de llevarla a cabo, probablemente la

³ Como pueden ser las Mutualidades, los Fondos y Planes de Pensiones o los Seguros Colectivos que, entre otras eventualidades, pueden cubrir la contingencia de jubilación.

⁴ Sobre ambas instituciones, véase: AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección Social Complementaria*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2003; ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “La protección social complementaria”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016; CAMPS RUIZ, L.: “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”, LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Iustel, 2007; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “Las mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico”, *Temas Laborales*, nº 36, 1995; DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 3, 1997; PÉREZ ALONSO, M.A.: “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: su interpretación judicial”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 2001; RODRÍGUEZ HURTADO, J. L.: *La voluntariedad en el Sistema de Protección Social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria*, CES, Madrid, 2004; ROQUETAS BUJ, R.: “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, nº 12, 2010.

más habitual, sea a través de un plan de prejubilación consensuado entre el empresario y los representantes de los trabajadores en un procedimiento de negociación colectiva. No obstante, el relevante papel que desempeña la negociación y el convenio colectivo en este tema exige un tratamiento específico, que ya se ha llevado a cabo en una obra previa y preparatoria a la que ahora se presenta⁵.

2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONTINGENCIA. MATIZACIONES Y EXCEPCIONES A DICHS ELEMENTOS

La contingencia de jubilación se define como la situación de necesidad que deriva de la pérdida de ingresos que se produce cuando el trabajador cesa en su puesto de trabajo a causa de la edad. Conforme a esta definición, prácticamente coincidente con el concepto legal, es clara la necesaria concurrencia de dos condiciones esenciales para que se genere el supuesto de hecho protegido. De un lado, es requisito imprescindible que exista un cese efectivo en el trabajo, un cese que tanto puede haberse producido para dar lugar a la contingencia, como en algún momento previo⁶ y que supone, a priori, el fin de la vida activa del trabajador⁷. También es necesario, de otro, que el sujeto acredite una edad pensionable, porque si no se ha alcanzado la edad mínima necesaria, el trabajador que cesa en el empleo puede obtener otro tipo de ayudas o prestaciones pero, nunca, una pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social⁸. Además, y aunque no aparezca expresamente en la definición, debe considerarse el carácter voluntario de la jubilación como otro de sus elementos configuradores: se produce la situación protegida y se obtiene la prestación cuando el trabajador que cesa en el empleo en ese momento o ha cesado con anterioridad y por cualquier causa, acredita una edad igual o superior a los mínimos dispuestos, y decide, por su exclusiva voluntad, abandonar la vida activa y solicitar la pensión jubilatoria⁹.

Sin embargo, éstos, que son los elementos que tradicionalmente han conformado la contingencia, deben matizarse en atención a la presencia de determinadas instituciones o al acaecimiento de ciertos cambios normativos que han alterado el sentido originario de dichas condiciones. Empezando por el final, porque aunque el cese en el trabajo que configura la jubilación se conceptúa como voluntario, hay circunstancias que, en determinados periodos de la evolución normativa más reciente, han legitimado la fijación de una edad de jubilación forzosa. Respecto al segundo elemento, porque frente al establecimiento de una edad de jubilación ordinaria o general, para todos los individuos, el legislador ha optado por disponer

⁵ El análisis de la contingencia, de las fórmulas de protección y de las fuentes en las que se disponen, ya se ha ejecutado, con cierta extensión, en la obra titulada: BLASCO RASERO, C.: "La protección de los prejubilados", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 181, 2015.

⁶ Es por ello que, en el ordenamiento español, basta estar afiliado cuando se presenta la solicitud y haber trabajado y cotizado durante el período previo requerido, sin que se exija el alta actual para que se reconozca el derecho (art. 205.3 de la LGSS).

⁷ La jubilación supone, conceptualmente, un cese en el trabajo total y definitivo, sin perjuicio de que en el ordenamiento actual se admitan ciertas formas de compatibilización pensión-trabajo, así como la suspensión o extinción del derecho cuando el jubilado decide reingresar al mercado laboral.

⁸ En este sentido, es necesario diferenciar claramente la prejubilación de la jubilación anticipada, en la medida en que sólo en la segunda se cumplen los mínimos de edad exigidos para tener derecho a una pensión de jubilación del Sistema (sobre la protección de la prejubilación, vid. la obra señalada).

⁹ Respecto a los elementos que configuran la contingencia puede verse la abundante doctrina que ha profundizado en su análisis, y, específicamente, sobre el tema, la tesis doctoral del Prof. SALVADOR PÉREZ, F.: *La jubilación laboral: configuración y modalidades*, Universidad de Sevilla, 1991.

un sistema causal que permite el acceso a la pensión a edades inferiores a los límites legales, en unos casos, por razones extraordinarias, bien relativas a la naturaleza del trabajo o bien referidas a las singulares características de ciertos grupos de trabajadores, y en otros, por motivos ordinarios o referidos al conjunto de la población trabajadora que, por su voluntad o por razones ajenas a la misma y siempre que demuestren una larga carrera de seguro, también pueden anticipar la edad jubilatoria. Igualmente, porque si la jubilación es voluntaria, no existe impedimento alguno, sino al contrario, incentivos de diversa índole, para retrasar la edad de acceso a la pensión. Y, en tercer lugar, porque frente a la regla general que exige un cese total y efectivo en el trabajo, se prevén actualmente ciertos supuestos en los que se permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de una actividad onerosa. Pues bien, a todas estas instituciones se van a dedicar los siguientes epígrafes, básicamente, porque en todas ellas se les reconoce o se les puede reconocer un papel relevante a la negociación y al convenio colectivo.

Antes, sin embargo, conviene hacer una última reflexión adicional sobre este tema, ya referida a las condiciones que conforman el hecho causante. El acceso a la pensión de jubilación contributiva se supedita, como es de sobras conocido, a la acreditación de un período previo de carencia o cotización al Sistema; no basta con haber realizado una actividad productiva, por cuenta ajena, por la que se haya sido afiliado y dado de alta, ni es suficiente con que se produzca el cese efectivo en el trabajo a una edad concreta, sino que es imprescindible haber contribuido económicamente al mismo y haberlo hecho, además, durante un mínimo período de tiempo. Sólo así se garantiza una cierta correspondencia entre lo aportado y lo obtenido del Sistema, haciendo al mismo tiempo posible su sostenimiento.

En el ordenamiento actual, sólo quien acredite un período mínimo de cotización de 15 años a lo largo de toda su vida, y al menos 2 en el lapso de los 15 años anteriores, tendrá derecho a la pensión de jubilación cuando cese en el trabajo y cumpla la edad exigida. Se trata de un requisito tan esencial para el acceso a la prestación que, a este respecto, poco margen queda para la autonomía colectiva (como se ha reiterado, porque poco pueden decir unos sujetos privados de los requisitos de acceso a una ayuda que ni conceden ni financian). En ningún caso, las partes que negocian un convenio colectivo (ni siquiera un Acuerdo Marco, celebrado al más alto nivel) pueden alterar las reglas de carencia exigidas por la ley para obtener el derecho.

Con todo, y aunque entiendo que no hay lugar para la duda, cabría hacer una reflexión final sobre el tema, quizá un poco arriesgada. En el proceso de reformas de la pensión de jubilación que se viene poniendo en práctica desde hace años para garantizar la sostenibilidad futura del Sistema, se podría plantear, para restringir el número de eventuales beneficiarios incrementando las condiciones de contributividad del modelo de protección, la elevación del período de cotización exigido de los 15 años que se prevén actualmente, por ejemplo, a un período de carencia genérica de 25¹⁰. Si así se hiciera, se llevaría a cabo un

¹⁰ En línea con la modificación que se ha llevado a cabo en la reforma realizada por la Ley 3/ 2012, de 6 de julio, que ha elevado de 15 a 25 años el período de cotización sobre el que se calcula la base reguladora de la pensión (recuérdese que antes de la reforma, la base reguladora era el resultado de dividir por 210 la suma de las bases de cotización del interesado de los 180 meses anteriores al hecho causante –esto es, de 15 años–, mientras que, en el ordenamiento actual, se prevé que en 2.022, la base reguladora sea el resultado de dividir por 350 la suma de las bases por las que se haya cotizado los 300 meses previos –es decir, de los 25 años anteriores–).

endurecimiento de las condiciones de acceso a la protección que, a mi juicio, no tendría las mismas posibilidades ni generaría idénticas consecuencias en todos los supuestos: para algunos colectivos o, incluso, en ciertos sectores o empresas sería bastante más complicado el cumplimiento de esos requisitos que en aquellos otros en los que exista un mayor índice de estabilidad en el empleo. Por ello, tiene sentido cuestionar si el convenio colectivo podría desempeñar una función de adaptación de las condiciones generales a las peculiaridades de determinados ámbitos, por ejemplo, estableciéndose por ley un intervalo de carencia entre cuyos límites, mínimo y máximo, se pudiera decidir el exigible en cada ámbito; disponiendo en convenio condiciones especiales, excepciones a las normas generales, períodos de carencia ficticios o asimilados, o cualquier otro mecanismo que, considerando las particularidades de un sector de actividad concreto, hiciera materialmente posible el cumplimiento de un período de cotización acrecentado.

No obstante, y a pesar de ser una posibilidad planteable en un ejercicio teórico de elucubración, considero que no es el convenio colectivo la fuente adecuada para disponer tales reglas, básicamente, por su limitada aplicación a los trabajadores incluidos en un ámbito restringido. Por el contrario, entiendo que si efectivamente se elevara el período de carencia exigido para tener derecho a la pensión de jubilación, sería más apropiado que fuera el propio legislador el que, en su caso, dispusiera los términos en los que hubieran de aplicarse tales excepciones o adaptaciones a las reglas generales; sólo así se garantizaría la igualdad de trato necesaria, así como la objetividad y la seguridad jurídica que resultan esenciales para cuadrar las cuentas del Sistema.

2.1. La jubilación forzosa como excepción a la regla general de voluntariedad: su regulación en convenio colectivo

2.1.1. Jubilación forzosa versus jubilación voluntaria

Las edades previstas, tanto para la jubilación ordinaria como para la anticipada, constituyen, en todo caso, límites mínimos para obtener la pensión jubilatoria. Pero la obtención efectiva de la pensión depende de la voluntad de cada trabajador, que es quien debe decidir, a partir de tales fechas, en qué momento abandona la vida activa para pasar a la situación de jubilado. Por ello se habla de un sistema de jubilación voluntaria, porque es el trabajador de edad avanzada quien decide, cuando alcanza la edad o una de las edades exigidas, en qué momento accede a la protección del Sistema. Si, en esa fecha, el sujeto estaba prestando servicios, él mismo procede a la extinción del contrato por la causa prevista en el art. 49.1. f) del ET, para a continuación, solicitar una pensión de jubilación que compense la pérdida de ingresos, mientras que si el cese en el trabajo se produjo con anterioridad (fuera cual fuera la causa por la que se procedió a la extinción del contrato y la prestación que compensó entonces la pérdida del salario) cuando se alcanza una de las edades previstas, el trabajador decidirá si en esa fecha solicita la pensión o todavía la demora algún tiempo por la razón que sea.

La voluntariedad no es, sin embargo, la única opción posible. En el otro extremo, es igualmente factible la fijación de un término final al trabajo por cuenta ajena o, lo que es lo mismo, la determinación de una edad de jubilación forzosa a la que, como máximo, el trabajador debe cesar en el trabajo y, en caso de que lo solicite, empezar a percibir la pensión jubilatoria. Se produce en este supuesto una forma de extinción del contrato por

desistimiento del empresario, o incluso, una modalidad extintiva que se ejecuta por el acaecimiento de un término o una condición resolutoria que, en todo caso, tiene un carácter impuesto o ajeno a la voluntad individual de los sujetos afectados¹¹.

Por este motivo, esto es, por la falta de participación del trabajador en la decisión, se considera una causa de extinción contraria al derecho individual al trabajo (del art. 35. 1 CE) y, concretamente, al derecho a mantenerse en el empleo que se estuviera desempeñando. Igualmente, constituye una medida contraria al derecho de igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 14 CE), que carece de una justificación objetiva y razonable, en tanto se basa en una presunción “*iuris et de iure*” de ineptitud o incapacidad para el trabajo de quienes alcanzan una edad determinada, que no se ajusta a la realidad de muchos casos¹². Por ambas razones, básicamente, se ha concluido en varios pronunciamientos jurisdiccionales señalando la inconstitucionalidad de la jubilación forzosa a una edad determinada.

Pero la posibilidad de jubilación forzosa no sólo afecta a la dimensión individual del derecho al trabajo; si así fuera, los anteriores constituirían argumentos suficientes para prohibirla. Por el contrario, los términos en los que se dispongan las edades de jubilación tienen consecuencias macroeconómicas insoslayables que también han de considerarse en la regulación del tema: de un lado, porque según se fije en uno u otro límite, así se amplía o se restringe la dimensión de la población activa; y, de otro, porque igualmente repercute sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social, esto es, sobre el volumen de las cotizaciones y la magnitud del gasto público en pensiones. En definitiva, es tan importante la dimensión colectiva del tema (que incide sobre facetas del Estado Social que también tienen un respaldo constitucional, como el art. 40.1 de la CE donde se habla de la obligación de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo y el art. 41, donde igualmente se prevé el necesario mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos) que no sólo han de tenerse en cuenta los derechos individuales de los trabajadores para regularlo en uno u otro sentido. Por estas razones, precisamente, se trata de una institución que ha experimentado cambios significativos en las últimas décadas.

2.1.2. La regulación de la jubilación forzosa en España: vaivenes normativos

La posibilidad de jubilación forzosa constituye un tema controvertido que, al menos en España, ha pasado por diversas fases, unas de reconocimiento, otras de autorización sometida a ciertos límites y condiciones, y otras de prohibición. Dicha evolución normativa

¹¹ Vid. el análisis de la causa de extinción realizado por MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 83-96.

¹² Sobre la consideración de la jubilación forzosa de los trabajadores de edad avanzada como medida de discriminación por razón de la edad, vid.: GÓMEZ GORDILLO, R.: “TJCE- Sentencia de 16.10.2007, Palacios de la Villa, C-411/05- Jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30, 2008; LÓPEZ CUMBRE, L.: “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 102; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “Igualdad de trato y no discriminación por razón de edad: a vueltas con las cláusulas de jubilación forzosa, la prolongación de la vida activa y la política de empleo en España”, en ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, 2009; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, nº 1 y 2, 2008.

ha ido normalmente de la mano de los objetivos de política social y económica perseguidos por los poderes públicos en cada período¹³.

En una primera etapa, que parte de la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el legislador se pronunció claramente a favor de la jubilación forzosa al permitir su actualización por tres vías: a través de una norma legal, el propio ET, que en su Disposición Adicional 5ª señalaba expresamente los 69 años como límite máximo de edad para trabajar. En segundo lugar, por el poder ejecutivo, al que se facultaba para fijar otras edades de jubilación forzosa según las disponibilidades del Sistema de Seguridad Social y del mercado de trabajo. Y, de otro, por los actores sociales, a los que también se les permitía la determinación en convenio de otros límites de edad.

Pero se produjo entonces una aceptación tan amplia e incondicional de la jubilación forzosa, que pronto colisionó con los derechos individuales de los trabajadores. Por este motivo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró la inconstitucionalidad del precepto, a menos que se conectara con los objetivos propios de una política de empleo dirigida al reparto o la redistribución del empleo existente, es decir, en palabras del Alto Tribunal, salvo que se garantizara que con dicha limitación “*se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro*” en la medida en que no supusiera “*en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*”. A su vez, para la satisfacción de los derechos individuales, se exigía que quedara a salvo el acceso de los trabajadores a la protección del Sistema limitándose la jubilación forzosa a los que alcanzaran los periodos de cotización exigidos para obtener la pensión. Con los mismos límites se ratificó, en la STC 58/1985, de 30 de abril, la capacidad de la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa. Y en las mismas condiciones, en el Texto Refundido del ET de 1995, se dio nueva redacción al tema, ahora en su DA 10ª para, además de eliminar expresamente el límite de los 69 años, facultar al Gobierno y a la autonomía colectiva a fijar edades de jubilación forzosa.

Posteriormente, sin embargo, y coincidiendo con una etapa de reducción de la tasa de desempleo, el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, luego convertido en la Ley 12/2001, de 9 de julio, derogó la DA 10ª del ET. Pero si la eliminación del precepto dejaba clara la falta de una norma legal que permitiera al ejecutivo establecer una edad de jubilación forzosa, se planteaba la duda acerca de la potestad de la negociación colectiva al respecto. La discusión fue resuelta por el Tribunal Supremo que, en dos sentencias del 9 de marzo de 2004, negó a la autonomía colectiva capacidad para regular, sin autorización del legislador, una cuestión que afectaba a derechos constitucionales. Así fue eliminada la jubilación forzosa del panorama nacional, si bien, como se ve seguidamente, sólo por un breve período de tiempo.

Porque a pesar de que en los años siguientes continuaron descendiendo los niveles de desempleo, la Ley 14/2005, de 1 de julio, volvió a incorporar la DA 10ª, aunque ahora en distintos términos. Primero, porque eliminó la autorización al Gobierno para fijar edades de jubilación forzosa y dejó esa facultad exclusivamente en manos de la autonomía colectiva. Y

¹³ Este proceso continuo de reformas de la jubilación forzosa explica el elevado número de comentarios doctrinales sobre esta institución, especialmente, en relación con el papel que ha venido desempeñando la negociación colectiva en la materia, a los que me remito.

segundo, porque además de limitarla a quienes alcanzaran la edad de jubilación ordinaria, se condicionaba al cumplimiento de objetivos de política de empleo (concretamente, de aquellos que favorecieran la calidad del mismo) exigiendo además los tribunales¹⁴ que en el propio convenio se concretaran los que en cada caso se pretendieran obtener. Respecto a las condiciones del trabajador, se alteró la versión original para exigir que el afectado tuviera cubierto el período mínimo de cotización, o uno mayor, si así se hubiera pactado en el convenio colectivo.

En fin, pasados varios años y en un nuevo contexto de crisis económica, se ha dado nueva redacción a la DA 10ª del ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, para declarar nulas y sin efectos las cláusulas de los convenios colectivos que posibilitaran la extinción de los contratos de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. De esta forma, a fecha de hoy, no existe norma legal alguna que autorice, ni en un ámbito general ni en el ámbito restringido de los convenios colectivos, la fijación de una edad de jubilación forzosa¹⁵.

En estos términos puede decirse que, en un período en el que se manifiestan altos niveles de desempleo, el legislador ha optado por prohibir la jubilación forzosa, de un lado, para reforzar la autonomía de los particulares y, sobre todo, de otro, con la intención de posponer la edad de jubilación fomentando la decisión de aquellos que quieran seguir trabajando una vez cumplida la edad en la que podrían dejar la vida activa y pasar a percibir una pensión del Sistema. De esta forma, se encuadra la norma en el ámbito de una política que tiene como objetivo prioritario el de posponer, cuanto sea posible, la edad en la que los individuos acceden a la pensión, así como a favorecer, también durante el mayor tiempo posible, el mantenimiento de las cotizaciones al Sistema (como lo manifiestan otras reformas realizadas en este último período).

2.1.3. La idoneidad de la negociación colectiva como medio para regular la jubilación forzosa

En cualquier caso, y al margen de cuáles son los términos en los que hoy se regula el tema (porque visto los acontecimientos, es fácil que cambien en el futuro) no hay duda de que el convenio colectivo puede jugar un papel esencial en la regulación de la jubilación forzosa. De un lado, porque es el medio idóneo para restringir la aplicación de esta medida al ámbito en el que se justifique o sea necesaria; de otro, porque permite establecer las condiciones en las que se ha de materializar una decisión que, en definitiva, es excepcional frente a la regla general de voluntariedad; y, de otro, porque también es un instrumento

¹⁴ Vid. al respecto, las SSTs de 22 de diciembre de 2008 y de 20 de noviembre de 2012.

¹⁵ Sobre la regulación actual del tema, vid.: BARRIOS BAUDOR, G.L.: “Incidencia de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en el régimen jurídico de las cláusulas convencionales de la jubilación forzosa”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *El nuevo derecho de la negociación colectiva: actualizado tras la Ley 3/2012*, 2013; GALA DURÁN, C.: “La reforma de la pensión de jubilación en las Leyes 27/2011 y 3/2012: avances hacia un nuevo modelo”, *RIO: Revista Internacional de Organizaciones*, nº 8, 2012; GARCÍA MUÑOZ, M.: “La jubilación forzosa como medida de reparto del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, nº 1, 2016; PÉREZ AGUILA, S.: “Las cláusulas de jubilación forzosa de origen convencional: estado de la cuestión”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 31, 2012; POQUET CATALÁ, R.: “Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa”, *Temas Laborales*, nº 128, 2015.

adecuado para establecer, en un ámbito concreto, la fórmula para compensar el acto de renuncia o limitación del individuo a su derecho al trabajo.

En el primer aspecto, ya se ha señalado la inconveniencia (o mejor dicho, inconstitucionalidad) de fijar en una norma legal, de aplicación general, una edad única de jubilación forzosa basada en una presunción de ineptitud para el trabajo de todos los individuos que la alcancen; en el ET de 1980 ya se estableció un límite único a los 69 años que fue eliminado por el Tribunal Constitucional en cuanto tuvo ocasión de analizar el tema. Porque ni todos los trabajos requieren las mismas capacidades o destrezas, ni a todas las actividades les perjudica por igual el paso de los años. Por ello, ya apuntaba el Tribunal en la referida sentencia de 1981, la posibilidad de señalar una edad en la que se pudiera presumir ese estado de ineptitud o, al menos, de pérdida de las habilidades necesarias para realizar el trabajo, en sectores concretos o para actividades determinadas en las que se realicen tareas para las que se requieren unas condiciones físicas o intelectuales que normalmente van mermando con el paso del tiempo. Por este motivo, resulta más adecuado el establecimiento de edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos, en los que sí se pueden tener en cuenta los requerimientos de cada sector o empresa en la que se presten servicios; es más, dentro del ámbito del convenio, podría ser incluso más apropiada la fijación de varias edades de jubilación forzosa teniendo en cuenta las exigencias, habilidades o capacidades que a los trabajadores se les exigen en cada función, puesto de trabajo o grupo profesional concreto.

También es el convenio colectivo el medio idóneo para autorizar la jubilación forzosa, a una edad concreta, en aquellos ámbitos en los que la decisión extintiva se justifique por la concurrencia de unas circunstancias específicas. En este sentido, la existencia de una situación de crisis o la necesidad de llevar a cabo un proceso de reconversión, modernización o reestructuración empresarial, puede suponer la adopción de un plan de choque que, entre otras medidas, justifique la jubilación forzosa de los trabajadores que alcancen una determinada edad como medio para conseguir determinados objetivos empresariales. Pero insisto, se trata de situaciones particulares, que se pueden dar en sectores de actividad o en empresas concretas, y por ello han de resolverse a través de normas cuya aplicación se circunscriba a ese ámbito preciso.

En línea con lo anterior, y si, como ya se ha señalado, el derecho constitucional al trabajo sólo puede restringirse cuando existen razones de interés general (como la ejecución de una política orientada al pleno empleo, la reducción de los niveles de paro, el fomento de la contratación de colectivos con especiales dificultades de colocación, u otras similares) es necesario, como ha reiterado el TC, que la jubilación forzosa se justifique en la explícita consecución de tales objetivos. En este sentido, lejos de declaraciones meramente programáticas, también resulta ser el convenio colectivo el medio adecuado para especificar los objetivos concretos de política de empleo que pretenden conseguirse, en un ámbito determinado, con la jubilación forzosa de sus trabajadores (si tiene como finalidad la sustitución de los trabajadores mayores por otros más jóvenes, si se pretende estabilizar en el empleo a quienes tienen un contrato temporal, ampliar la jornada de los contratados a tiempo parcial, etc.)¹⁶.

¹⁶ En la misma forma en que se reformó la DA 10ª en 2005, exigiendo la vinculación de la jubilación forzosa a la consecución de objetivos concretos de política de empleo.

Respecto a la última cuestión, ya se ha visto cómo en la reforma de 2005 se utilizó el potencial de la negociación colectiva para proteger, e incluso, mejorar, los derechos de los trabajadores. Para éstos, el principal peligro del cese involuntario es la privación del derecho a una pensión de jubilación que compense la pérdida de ingresos salariales derivada del cese. Pero ese riesgo siempre ha estado a salvo en la medida en que se ha condicionado la jubilación forzosa al cumplimiento por el trabajador de los períodos de cotización necesarios para acceder al derecho. Ahora bien, el cumplimiento del período de carencia exigido (el genérico, de 15 años) supone la obtención de una pensión en una cuantía que está muy por debajo de los límites legales: sólo permite percibir el 50% de la base reguladora correspondiente. Por eso, y para favorecer la obtención de una pensión más elevada, ya en la citada reforma se exigió que el trabajador acreditara el período mínimo de cotización, “*o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo*”. En esta línea, considero que el convenio puede actuar como instrumento que garantiza una pensión de jubilación de una determinada cuantía, al limitar la jubilación forzosa a aquellos trabajadores que alcancen el período de cotización con el que se pueda alcanzar el porcentaje mínimo que se decida¹⁷.

Pero, desde esta misma perspectiva, también puede defenderse la eficacia del convenio como medio para que los trabajadores puedan mejorar sus derechos. Es decir, y como ya se ha repetido en varias ocasiones, aunque la autonomía colectiva no tiene potestad para alterar las reglas de cálculo del importe de las prestaciones, ni para obligar al Estado a satisfacer otro tipo de ayudas, sí la tiene para comprometer al empresario al pago de beneficios adicionales a las prestaciones públicas. En este sentido, el convenio puede actuar como vía para la consecución de contraprestaciones adicionales, que se añaden a las prestaciones públicas, y que tienen como finalidad conceder una compensación extraordinaria a favor de quienes han perdido un derecho, a fin de cuentas, por circunstancias o intereses exclusivamente empresariales.

2.2. Posibilidades de actuación de la negociación colectiva en la fijación de la edad de jubilación

En el ordenamiento español, la determinación de la edad de acceso a la pensión de jubilación es un aspecto que excede, claramente, de la autonomía de las particulares; tanto la edad mínima que ha de acreditar un trabajador para la jubilación ordinaria (diversa, en la norma actual, según los supuestos) como las edades a las que se puede acceder a las distintas modalidades de jubilación anticipada, constituyen elementos configuradores del supuesto protegido que se concretan en las normas estatales y que por ello, no pueden ser alterados en convenio. Del mismo modo, ha de entenderse que sólo el legislador puede comprometer las cuentas públicas asegurando beneficios adicionales a favor de quienes decidan posponer la edad de resolución del contrato por jubilación más allá de la edad ordinaria. No obstante, y a pesar de lo señalado, procede realizar una reflexión más profunda que permita otros posibles planteamientos.

¹⁷ Una reflexión similar en MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción...*, cit., págs. 180-181.

2.2.1. La determinación por ley de las edades de jubilación, ordinaria y anticipadas. Reglas legales para fomentar el retraso de la edad de jubilación

En este tema, el papel de la negociación colectiva es ciertamente limitado. En primer lugar, porque desde la conformación del Sistema en 1967, el legislador ha sido el único competente para establecer la edad de jubilación ordinaria. Desde entonces, la LGSS siempre ha señalado, de forma meridianamente clara, los 65 años como edad común de acceso a la pensión de jubilación pública, e igual sigue sucediendo después de la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social¹⁸, porque también ahora es el legislador quien ha fijado tanto la edad de jubilación ordinaria (los 67 años), como los términos en los que se permite el mantenimiento de la jubilación a la edad tradicional de 65 años (para los que lleven 38 años y medios cotizados), como las reglas de aplicación de una reforma que se ha querido implantar de forma gradual y progresiva (conforme a las reglas previstas en la DT 7ª de la LGSS¹⁹). Es claro pues la nula capacidad de actuación de los sujetos negociadores en este aspecto.

Respecto a la anticipación de la edad de jubilación, en segundo lugar, también se ha venido encargando el legislador de establecer tanto los supuestos en los que se ha podido obtener el beneficio a una edad inferior a la ordinaria, como las condiciones en las que se reconoce el derecho en estos casos. En este tema, únicamente el poder ejecutivo ha desempeñado un papel relevante en aquellos supuestos en los que ha sido necesaria la concreción por vía reglamentaria de ciertas reglas aplicativas.

Así ha sido en la modalidad de jubilación anticipada prevista en la 2ª norma de la DT 4ª de la LGSS para quienes hubieran tenido la condición de mutualistas, tanto en el caso general, como en el supuesto, singular, incorporado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, aplicable cuando la jubilación se hubiera producido como consecuencia de la extinción del contrato por causas no imputables a la libre voluntad del trabajador y que ha venido dando lugar a la aplicación de un coeficiente reductor, por año de anticipación de la jubilación por debajo de la ordinaria, de menor cuantía al previsto originariamente²⁰.

¹⁸ Sobre la reforma de 2011 pueden verse, entre otras obras: GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, *Temas Laborales*, nº 112, 2011, págs. 133-163; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La reforma de la jubilación ordinaria”, GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (dir.): *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “La reforma de la jubilación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012; TORTUERO PLAZA, J. L.: “Reflexiones sobre la reforma de la jubilación. Un planteamiento global”, AA. VV. *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la jubilación: Marco de referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La reforma de la jubilación a la edad ordinaria por la Ley 27/2011”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, nº 7, 2011.

¹⁹ Respecto a las reglas de aplicación de la reforma, vid.: QUINTERO LIMA, M.G.: “Las normas transitorias de la reforma de la pensión de jubilación contenidas en la Ley 27/2011: una historia interminable”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012.

²⁰ Recuérdese que, si en la regulación originaria, se preveía una reducción del 8% por cada año de anticipación de la edad de jubilación por debajo de la ordinaria, tras la reforma de 1997 se dispusieron, en caso de involuntariedad del cese, unos coeficientes reductores que, aunque variaban en función del período de cotización acreditado, eran inferiores al señalado y por ello suponían, en todo caso, una menor reducción en el importe de la pensión jubilatoria.

Igual ha sucedido con los supuestos de anticipación de la edad de jubilación permitidos para formas de trabajo o colectivos de trabajadores con características singulares: también ha sido el legislador quien se ha encargado de regular la jubilación anticipada, tanto de aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, como respecto a aquellas personas que padezcan una discapacidad en un grado igual o superior al 65%, o incluso al 45%, si existen evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida. En ambos casos, la LGSS define los supuestos en los que se permite la anticipación de la edad de jubilación, dejando en manos del Ministerio competente la fijación, por Real Decreto, de las condiciones y las reglas para su ejercicio²¹.

Y así ocurre actualmente, en el régimen que resulta de la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, con las dos fórmulas generales de jubilación anticipada previstas para el común de los trabajadores, tanto en aquellos supuestos en los que el cese en el trabajo se produce por causas no imputable al trabajador, como los que derivan de la voluntad del interesado, que han de actualizarse, necesariamente, en los términos dispuestos en los artículos 207 y 208 de la propia LGSS, en los que se establece tanto las condiciones que han de reunir quienes soliciten acceder al derecho antes de alcanzar la edad ordinaria, como las penalizaciones en el importe de la pensión que se aplican por la anticipación del cese²².

Como se puede ver, ni antes ni ahora, existe margen alguno para la autonomía colectiva. Y ello es así porque, como se ha señalado, ni siquiera se deja en sus manos la

²¹ En cuanto al primer grupo, de trabajos peligrosos, penosos, tóxicos e insalubres, durante años, sólo han existido normas diversas que han venido desarrollando los términos en los que se ha podido rebajar la edad de jubilación a colectivos concretos (como el RD 2366/1984, de 26 de diciembre, para los mineros, el RD 1559/1986, de 28 de junio, para el personal de vuelo y el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, para ferroviarios, artistas y profesionales taurinos). No obstante, y probablemente como consecuencia del incremento de la edad de jubilación ordinaria introducido con la reforma de 2011, se ha aprobado un nuevo reglamento, éste ya de común aplicación a todos los trabajadores, el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el Sistema de Seguridad Social, de aplicación a aquellos colectivos, sectores, actividades, e incluso, escalas, categorías o especialidades, a los que no se les hubiera reconocido el derecho a la anticipación de la edad de jubilación en razón de las normas referidas. A este respecto hay que destacar la posibilidad de anticipar la edad de jubilación no sólo en actividades especialmente penosas, peligrosas, tóxicas e insalubres, sino también en aquellas otras cuya realización exija unos requerimientos psicofísicos que no se mantienen a ciertas edades. Para el segundo supuesto, de jubilación anticipada de personas con un alto grado de discapacidad, sí existe un régimen general desarrollado por el RD 1539/2003, de 5 de diciembre y el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

²² Para profundizar en la reforma de la jubilación anticipada, vid.: ARAGÓN GÓMEZ, C. y TRILLO GARCÍA, A.R.: "La jubilación anticipada tras el Real Decreto Ley 5/2013", *Revista de Información Laboral*, nº 11, 2014; ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: "La jubilación anticipada: RDL 5/2013", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 6, nº 3, 2013; GARCÍA VIÑA, J.: "Jubilación anticipada y prejubilación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 6, nº 1, 2013; LÓPEZ CUMBRE, L.: "La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011", *Temas Laborales*, nº 112, 2011; POQUET CATALÁ, R.: "El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, nº 7, 2013; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Trabajadores de edad avanzada. Jubilación anticipada y jubilación parcial: cuestiones prácticas tras la Reforma de 2013", *Actualidad Laboral*, nº 9, 2013; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Las reformas introducidas en la jubilación anticipada por la Ley 27/2010", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 27, 2011; VIÑAS ARMADA, J.M.: "Jubilaciones anticipadas", en LÓPEZ CUMBRE, L. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La pensión de jubilación: estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, 2015.

regulación de la modalidad más cercana a la esfera natural de la negociación colectiva, cual es la jubilación anticipada en aquellos grupos o actividades profesionales en las que se realice un trabajo especialmente peligroso, penoso, tóxico o insalubre (esto es, aquella en la que se tiene en cuenta las específicas circunstancias de cada prestación laboral, cuya consideración es materia propia de los convenios colectivos de carácter sectorial). Siendo esto así, en los demás supuestos de anticipación de la edad de jubilación, es clara la asunción de competencias, en todos los sentidos, por las fuentes estatales. Y a mi juicio, es lógico que así sea, porque sólo el legislador ha de tener potestad para regular las condiciones en las que los trabajadores pueden acceder de forma prematura a una prestación social que, en principio, está diseñada para quienes alcancen el mínimo de edad que en la ley se establece.

Pero el tema de la edad no se circunscribe a la jubilación anticipada. Por el contrario, y como ya se ha adelantado, una de las líneas fundamentales de la acción pública en esta materia ha sido, en los últimos años, la opuesta, esto es, la realización de una política dirigida a favorecer la prolongación de la vida activa. En este sentido y desde diversos foros, se ha repetido el argumento recurrente del envejecimiento de la población para justificar el retraso progresivo de la edad de jubilación, tanto de aquella en la que se ha venido llevando a cabo la jubilación ordinaria como en la mayoría de las que han permitido la anticipada. Este argumento se ha esgrimido en la reforma realizada por la Ley 27/2011 para incrementar desde los 65 a los 67 años la edad general de jubilación ordinaria, así como para desplazar en el tiempo la edad a la que se permite la jubilación anticipada (a lo que ha procedido el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, dando nueva redacción a los preceptos legales para sustituir la referencia a una edad mínima de anticipación –de 61 ó 63 años, según se tratara de una jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador o voluntaria– por el establecimiento de un máximo de años en los que se puede anticipar la edad de jubilación –de 4 ó de 2 años, según la modalidad– respecto al mínimo previsto para la jubilación ordinaria, lo que supone, lógicamente, un incremento progresivo del límite de edad desde el que se puede acceder a la jubilación anticipada²³).

Y también se ha utilizado, incluso de forma más acusada, a través de aquellas normas que pretenden favorecer la permanencia de los trabajadores en sus puestos de trabajo después de alcanzar la edad en la que se permite la jubilación ordinaria. Continúa así una línea de actuación, iniciada hace algunos años, que pretende incentivar el retraso de la edad de jubilación incrementando el importe de la pensión de quienes la pospongan. La medida, que originariamente fue introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio (en la que se disponía un aumento del 2% por cada año que se demorara el acceso a la jubilación más allá de los 65, en beneficio de quienes, por llevar 35 años cotizados, tuvieran derecho a una pensión de jubilación del 100% de la base reguladora) ha sido alterada en la reforma de 2011, de un lado, para ajustarla a los nuevos límites de edad, y segundo, para aumentar el porcentaje aplicable en función de los años de cotización acreditados por el beneficiario en la fecha en que alcance la edad de jubilación ordinaria (porcentajes que, actualmente, pueden ser del 2%,

²³ Así, cuando concluya el período transitorio y la edad general de jubilación ordinaria sean los 67 años, se podrá acceder a la jubilación anticipada por razones ajenas a la voluntad del trabajador a partir de los 63 años y a la jubilación anticipada voluntaria, a los 65. Mientras tantos, la jubilación se podrá solicitar con una anticipación de 4 ó 2 años, según el supuesto, a la edad de jubilación ordinaria que sea de aplicación durante cada año natural, según lo previsto en la DT 7ª de la LGSS.

del 2,75% e, incluso, del 4% para aquellos beneficiarios que acrediten 37 años cotizados)²⁴. Como se puede deducir de los preceptos legales, además del incremento cuantitativo señalado, se ha producido una ampliación cualitativa del ámbito de aplicación del beneficio que ya no se limita a los que acrediten una amplia carrera de seguro, sino a cualquier trabajador que, reuniendo el período de carencia de 15 años exigido para acceder al derecho, continúe trabajando después de alcanzar la edad de jubilación ordinaria (el número de años cotizados sólo repercute en la aplicación de un porcentaje de mayor o menor cuantía).

En cualquier caso, tanto ésta como otras actuaciones que han tratado de fomentar el retraso de la edad de jubilación (como aquella que establece una exención parcial de la obligación de cotizar para quienes continúen trabajando después de alcanzada la edad de jubilación ordinaria) sólo pueden ser reguladas por normas estatales, sin que los convenios colectivos tengan posibilidad alguna de incidir sobre ninguno de los temas señalados. En este aspecto, es claro que es el legislador el único que tiene autoridad para tomar decisiones que comprometan las cuentas del Sistema, bien sea porque sólo por ley se pueden establecer los casos y las condiciones en las que se permita incrementar el importe de la pensión, bien sea porque sólo de esta forma se puede eximir a los particulares, aunque sea en parte, del pago de unas cotizaciones de carácter imperativo.

2.2.2. El papel a desempeñar por el convenio en la fijación de las edades de jubilación

La configuración del régimen jurídico de la pensión de jubilación, en estos términos, no impide plantear otras posibilidades. En primer lugar, se puede cuestionar la forma en la que se ha procedido a elevar, como ya se ha reiterado, de 65 a 67 años la edad ordinaria de jubilación²⁵. En este sentido, una de las más fundadas críticas a la política de retraso de la edad de jubilación ha sido la falta de consideración de las circunstancias que concurren en cada supuesto. Se ha dicho, y con razón, que el retraso de la edad de jubilación no tiene las mismas consecuencias para todos los individuos: no es lo mismo un trabajo reiterativo, alienante o que requiere un gran esfuerzo, que por ello se va haciendo más penoso con el paso de los años, que un trabajo de carácter intelectual o creativo, para el que es posible estar mejor preparado conforme aumentan los años de experiencia, y que puede ser tan gratificante para su autor que no suponga ningún inconveniente, sino al contrario, una satisfacción,

²⁴ En los últimos años, también se han publicado varios comentarios sobre las medidas de fomento del retraso de la edad de jubilación, tales como: BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *El retraso en la edad de jubilación: regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, 2015; GARATE CASTRO, F.J.: “Incentivos económicos, para el trabajador, de la permanencia en el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación”, AA.VV.: *La relevancia de la edad en las relaciones laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2009; GARCÍA NINET, J.I.: “Prolongación de la vida laboral y jubilación anticipada en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social: el necesario incremento de la contributividad del Sistema”, *Tribuna Social*, nº 212, 2008; MALDONADO MOLINA, J.A.: “La promoción de la permanencia en el trabajo tras la edad ordinaria de jubilación”, MONEREO PÉREZ, J.L.(dir.) : *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011. También se analiza este tema en las obras, ya citadas, en las que se comentan las últimas reformas.

²⁵ Es igualmente criticable las condiciones en las que se mantiene la jubilación ordinaria, como excepción, a la edad de 65 años. Sobre todo, porque se exige un período mínimo de cotización tan amplio (que aunque ascienda a los 38 años y medio sólo a partir de 2027, en el período transitorio que se inicia en 2013 ya empieza por una elevada cifra de 35 años y 3 meses) que difícilmente puede ser cubierto por la mayor parte de los trabajadores, si se tiene en cuenta tanto el incremento de la edad media de acceso al primer empleo, como la notable frecuencia de fórmulas de empleo que generan carreras de seguros con importantes lagunas de cotización (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, cit. pág. 139).

prolongarlo en el tiempo. Por ello, si no hay una regla universal sino que, por el contrario, todo depende del sector de actividad y/o del tipo de trabajo que se realice, tiene sentido plantear la posibilidad de que la ley establezca unos límites, mínimo y máximo, para la jubilación ordinaria de los trabajadores (dentro de los márgenes que se consideren económicamente sostenibles para el Sistema) y se atribuya a la autonomía colectiva la potestad de fijar una edad concreta de jubilación para todo el ámbito de aplicación del convenio, o incluso, edades diversas para distintos grupos de trabajadores. En este sentido, el convenio es un instrumento más versátil, con mayor capacidad de adaptación tanto a las particularidades de cada actividad, funciones o grupos de trabajadores, como a los cambios que se vayan produciendo en el tiempo en la organización empresarial o en la actividad productiva.

Pero se trata de una propuesta que puede tropezar con importantes escollos. Primero, por la falta de legitimidad de las representaciones profesionales para alterar las condiciones en las que se exigen o satisfacen unos derechos que ellos no satisfacen. Segundo, porque tampoco puede dejarse en manos de sujetos privados la decisión de cómo se han de ejercer unos derechos que afectan a las cuentas públicas, unas cuentas que, además, difícilmente se podrían cuadrar con tan alta dosis de inseguridad. Y tercero, porque en estos términos, se establecería un sistema diferenciado de acceso a las prestaciones públicas que, por esta razón, se podría tachar de discriminatorio. Por todas estas razones, entiendo que son las normas estatales las fuentes más aptas para la regulación de unas excepciones que, por otra parte, resultarían muy recomendables²⁶.

Respecto a la jubilación anticipada, y a parte de lo ya señalado, se podría cuestionar si es posible y/o conveniente habilitar al convenio como fuente de regulación de nuevos supuestos, con el régimen y en las condiciones que igualmente se pactaran en el mismo. En mi opinión, sin embargo, se trata de una posibilidad inconveniente por los motivos ya señalados, e innecesaria, porque hoy por hoy no tiene ningún sentido que haya de acudir al convenio para habilitar nuevos supuestos de jubilación anticipada cuando ya la LGSS extiende esta posibilidad a todos los individuos (tanto a los que han visto extinguido sus contratos por razones que les son inimputables, como a los que deciden hacerlo por voluntad propia). Si la posibilidad de jubilación anticipada no está vedada a ningún grupo, solamente tendría sentido la atribución de competencias a los sujetos negociadores para eximirlos del cumplimiento de las condiciones, de edad y cotización, exigidas en los preceptos legales.

²⁶ Una opción podría ser, en este sentido, la de ampliar el ámbito de aplicación de la norma que permite rebajar la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre (art. 206.1 de la LGSS) quizá, eliminando tal requisito de excepcionalidad, para extenderlo a todos los ámbitos y a todos los trabajadores a los que, por los motivos señalados, no se les puede exigir el retraso de la edad de jubilación más allá de los 65 años. La ampliación de supuestos, más allá de los colectivos que actualmente pueden adelantar la edad de jubilación ordinaria, requiere una regulación general y sistemática, en la forma que se indica en los párrafos 2º y 3º del mismo apartado 1 del art. 206 de la LGSS, también introducidos en la reforma. Probablemente, sea esta la finalidad que ha perseguido el poder reglamentario con la aprobación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, cuya aplicación se prevé, como antes se ha señalado, sólo a favor de aquellos colectivos a los que no se les haya reconocido ya una edad de jubilación anticipada basada en la realización de un trabajo especialmente penoso, peligroso, tóxico e insalubres. Considero que, al margen de estos supuestos, ya identificados y protegidos por las normas reglamentarias específicas que se han ido aprobando estos años, existe hoy una norma de aplicación general que permite anticipar la edad de jubilación a todos los que realicen un trabajo que exija unos requerimientos psicofísicos que normalmente se pierden con el paso de los años.

Pero tal eventualidad es impracticable: si se quiere adelantar la edad de jubilación o se pretende autorizar el cese anticipado a quienes no acreditan el período de cotización que la ley exige, habrá de recurrirse a medidas de protección ajenas a la pensión jubilatoria²⁷.

Igual se puede decir respecto a las medidas, señaladas, que fomentan el retraso de la edad de jubilación: ni los sujetos negociadores pueden comprometer recursos del Estado a favor de quienes demoren el momento de su jubilación (prometiéndole el incremento de las prestaciones sociales), ni tienen legitimidad para eximir del cumplimiento de las obligaciones que el legislador dispone (fundamentalmente, en materia de cotización). Si se quiere promover la continuidad de la actividad productiva de sus trabajadores, más allá de ciertos límites de edad, tendrá que hacerse a través de incentivos ajenos a la protección pública de los que, necesariamente, han de responder los sujetos privados que estén interesados en su ofrecimiento.

En resumen, después del análisis efectuado, se ha de afirmar, respecto a la edad de jubilación, que los convenios colectivos sólo puedan ejercer una función aplicativa, esto es, de reconocimiento y aplicación, en su ámbito, de las normas generales en las que se fija la edad de jubilación ordinaria, las modalidades de jubilación anticipada y las condiciones de su ejercicio, así como los incentivos que el ordenamiento reconoce a favor de quienes decidan demorar el momento de su jubilación. En este aspecto, el único papel que puede desempeñar el convenio colectivo es el de incentivar o, por el contrario, disuadir a los trabajadores del recurso a una u otra fórmula de jubilación: es decir, si en una empresa o en un sector de actividad concretos concurren circunstancias que aconsejan o, por el contrario, desaconsejan la anticipación de la edad de jubilación, el cese en el trabajo a la edad ordinaria o el retraso de la edad jubilatoria, puede promocionarse la decisión de los trabajadores, en uno u otro sentido, mediante la disposición de ciertos beneficios o contraprestaciones a favor de quienes actúen en la forma que en cada caso convenga a la organización productiva. A este fin, constituye el convenio colectivo el instrumento adecuado para la formalización y materialización de los compromisos que el empresario decida asumir para fomentar la decisión de los trabajadores en el sentido que a aquel más le interese. En un epígrafe posterior, dedicado al análisis de las mejoras voluntarias, se volverá sobre este tema.

2.3. Relaciones de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo: funcionalidad de los convenios

Aunque tradicionalmente se ha considerado el cese en el trabajo como un elemento esencial en la delimitación de la contingencia protegida, en razón del cual ha operado en el ordenamiento español un principio general de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la realización de un trabajo remunerado (art. 213.1 de la LGSS) en los últimos años, se ha dado un giro de noventa grados a esta opción política para reconocer una pluralidad de excepciones o supuestos en los que expresamente se admite la posibilidad de simultanear la realización de un trabajo con la percepción del importe de la pensión de jubilación.

²⁷ En el primer caso, por ejemplo, ya no se estaría hablando de jubilación anticipada sino de prejubilación, y habría de recurrirse a las medidas de protección de los prejubilados a los que se hace referencia en otra obra (vid. BLASCO RASERO, C.: "La protección..." cit.).

2.3.1. Supuestos en los que se admite, como excepción, la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo

La primera de dichas excepciones, de una dilatada vigencia²⁸, la constituye la jubilación parcial que procede cuando un trabajador de edad avanzada acuerda con su empresa la reducción de la jornada y del salario para pasar a desempeñar un trabajo a tiempo parcial, y debido al cumplimiento de los requisitos de edad, antigüedad en el empleo y cotización establecidos, acceder a una pensión de jubilación del Sistema, también, en una cuantía reducida. Esta medida, que en sus orígenes era de carácter anticipado, reviste, desde la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, una doble modalidad, una para los trabajadores que no alcancen la edad de jubilación ordinaria que se condiciona a la simultánea celebración de un contrato de relevo, y otra, para quienes sí la acrediten, en la que ya no se exige la concertación de un contrato de esta modalidad. Se trata, en ambos casos, de un supuesto de novación contractual en el que los trabajadores alteran el tipo de vínculo que les unía con su empresa y empiezan a percibir una pensión de jubilación (parcial) aunque no se haya producido el cese en el trabajo, ni el interesado haya pasado de la situación de activo a la de jubilado (por este motivo, precisamente, se diseñó la jubilación parcial: con la finalidad de favorecer un tránsito progresivo de uno a otro estado)²⁹.

La segunda, procedente de la reforma operada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, es la jubilación flexible, un supuesto en el que igualmente se permite compatibilizar un trabajo a tiempo parcial con un pensión de jubilación también reducida, que se diferencia de la anterior en el acaecimiento de esta relación después de causado el derecho a la pensión de jubilación. O dicho de otra forma: se produce la jubilación flexible cuando un sujeto que había cesado en su empleo y, por ello, venía percibiendo una pensión de jubilación, decide celebrar un nuevo contrato con la misma o diferente empresa para volver a prestar servicios, ahora, necesariamente, a tiempo parcial³⁰. En este supuesto, el legislador permite compatibilizar el trabajo con el mantenimiento de la pensión de jubilación que venía

²⁸ La jubilación parcial fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, desarrollada, en este aspecto, por el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

²⁹ Aunque existe una amplia bibliografía sobre la jubilación parcial, se señala a continuación, exclusivamente, la posterior a la reforma de 2013: CALVO GALLEGU, F.J.: “La jubilación parcial y su permanente evolución: propuestas para su activación”, en AA.VV.: *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Jubilación parcial”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016; FRAGUAS MADURGA, L.: “La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 35, 2013; LÓPEZ BALAGUER, M.: “La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual”, *Lex Social: revista de derechos sociales*, vol. 5, nº 2, 2015; LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Bomarzo, Albacete, 2013; RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Lex Nova, 2013.

³⁰ Siendo la jubilación flexible una institución incorporada al Derecho español en 2002, la mayor parte de las referencias bibliográficas son de aquellos años; entre otras, es de especial interés por su carácter conceptual la obra del Prof. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El concepto de jubilación flexible”, *Temas Laborales*, nº 66, 2002. No obstante, también se pueden encontrar algunos estudios sobre esta institución en obras recientes, básicamente, en aquellas en las que se trata la jubilación flexible como fórmula de compatibilización del trabajo con la pensión de jubilación del Sistema: vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Jubilación flexible”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

percibiendo (aunque minorada en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable) principalmente, porque se trata de un sujeto que ya venía disfrutando del derecho al haber alcanzado la edad exigida, y por ello, el acceso ahora al empleo permite, de un lado, realizar el pago de nuevas cotizaciones, y de otro, rebajar el importe de la pensión que recibe mientras se encuentre realizando esa actividad remunerada. Es una medida doblemente favorable para el Sistema que, durante un tiempo, ve aumentado sus ingresos y reducido el gasto en pensiones.

A las modalidades anteriores se han sumado, en el último período, dos supuestos novedosos: el primero, forma parte del conjunto de reformas en el régimen jurídico de la pensión de jubilación que se han llevado a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y desde entonces se establece como una nueva excepción a la regla general de incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social y la realización de un trabajo lucrativo. El segundo, ha sido introducido por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, y se enmarca en el ámbito de un conjunto de medidas dirigidas a favorecer la continuidad laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Vayamos por partes.

En el primer aspecto, el art. 214.4 de la LGSS permite expresamente simultanear el percibo de la pensión de jubilación con la realización de un trabajo por cuenta propia con la única condición de que los ingresos derivados del mismo no superen la cuantía anual del Salario Mínimo Interprofesional. En este caso, sin embargo, no se produce ninguno de los beneficios, económicos e inmediatos, que justifican la excepción a la regla general de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. De un lado, porque, como se puede fácilmente deducir de la literalidad del precepto, en este supuesto no procede la reducción de la cuantía de la pensión de jubilación que hasta ese momento se estaba percibiendo; y, de otro, porque como expresamente se indica, quienes realicen estas actividades no están obligados a cotizar a la Seguridad Social en ningún concepto. De esta forma, en este caso, ni el Sistema ahorra nada del gasto en pensiones, ni recibe cantidad alguna en concepto de cotizaciones. Por ello, se podrían argüir como eventuales motivos del cambio, el interés del legislador por promover el envejecimiento activo en sí (esto es, la actividad de los trabajadores de edad avanzada por el beneficio que a los mismos les reporta para su salud psicofísica o emocional) o, incluso, de potenciar el emprendimiento de las personas mayores que pueden contar con ideas y, por supuesto, con la experiencia suficiente para iniciar una nueva actividad en beneficio del tejido productivo y, si crean empleo, del propio mercado laboral. Si la pensión de jubilación que se viene obteniendo es de baja cuantía, se puede concebir como una forma de garantizar un mejor nivel de ingresos y, en algunos casos, de ahorrarse el complemento por mínimos.

El segundo cambio, previsto en el art. 214 de la LGSS, ha supuesto la posibilidad de compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de cualquier trabajo (por cuenta ajena o propia y a tiempo completo o parcial) limitada a aquellos trabajadores que hayan accedido a la pensión una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación y que, por acreditar una larga carrera de seguro, hayan visto calculada la cuantía de su pensión por la aplicación a la base reguladora del porcentaje máximo posible (del 100%). En este caso, y sea cual sea la duración de la jornada de trabajo, el importe de la pensión de jubilación siempre se verá reducido en un 50% respecto a la cuantía fijada en el reconocimiento inicial

y una vez aplicado, si procede, el límite máximo de la pensión pública. También se deniega la posibilidad de recibir el complemento por pensiones inferiores a la mínima en tanto dure la mencionada relación de compatibilidad y se prevé, durante el mismo período, el mantenimiento de la obligación de ambas partes de cotizar al Sistema, si bien ahora restringida a la cuota que procede por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, más una cotización adicional de solidaridad del 8%. En realidad, constituye un supuesto parecido a la jubilación flexible, en el que un trabajador que llega a la edad de jubilación decide mantenerse en activo realizando un trabajo remunerado por el que está dispuesto a renunciar (transitoriamente) a parte del importe de la pensión de jubilación que le corresponde, con algunas diferencias, tales como y fundamentalmente, en relación a la duración de la jornada (que en la jubilación flexible siempre ha de ser a tiempo parcial y en este último supuesto también puede ser a tiempo completo) y a la cuantía de la pensión (que en la primera se pone en relación a la minoración del tiempo de trabajo y en la segunda, siempre se reduce al 50%). Como en el supuesto anterior, también en este caso se pretende aprovechar los conocimientos y la experiencia de los trabajadores de edad avanzada favoreciendo la continuidad en el mercado laboral tras su jubilación³¹.

Pero además de los objetivos particulares que se han señalado en cada supuesto, tanto la jubilación parcial posterior a la edad de jubilación ordinaria, como la jubilación flexible, como los dos supuestos referidos de compatibilidad declarada entre la pensión y la realización de un trabajo, cumplen una última finalidad reconocida. Se trata, en todos estos casos, y en línea con otras reformas de las que ya se ha hablado, de medidas adoptadas con el fin común de prolongar la vida activa, en tanto se prevén, bien para sujetos que ya han superado la edad ordinaria de jubilación, o bien para quienes ya habían empezado a disfrutar el derecho. Una prolongación de la actividad que, como también se ha reiterado, suele ser beneficiosa para el Erario Público, en cuanto permite una reducción del gasto en pensiones y un aumento de los ingresos por cotizaciones.

2.4. Funciones que puede desempeñar el convenio en los supuestos en los que se permite compatibilizar la pensión con el trabajo

Pero ni en la regulación legal ni reglamentaria de cada uno de estos supuestos excepcionales, se atribuye papel alguno a la negociación y al convenio colectivo. Por ello es necesario cuestionarse si es posible reconocerles alguna función que permita, bien ajustar las

³¹ Para profundizar en los términos en los que se ha reformado el tema, puede leerse: AA.VV.: *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013; GARCÍA MUÑOZ, M.: “Compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación”, en AA.VV.: *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo al Prof. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, CARL, 2016; MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA PINILLA, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación”, en AA.VV.: *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, 2013; PALOMINO SAURINA, P.: “Medidas para el fomento del envejecimiento activo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014; POLO SÁNCHEZ, M.C.: “Régimen de compatibilidad pensión-trabajo y entre pensiones en la Ley 27/2011: análisis de una reforma ineludible”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29, 2012; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Envejecimiento activo: política social y derecho”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 160, 2013; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, nº 9, 2013; TORTUERO PLAZA, J.L.: “Pensión de jubilación y trabajo por cuenta propia o autónomo: reglas de compatibilidad y parcialidad”, AA.VV.: *La reforma de la jubilación*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

características de estos procesos a las particularidades de los ámbitos, más restringidos, en los que hayan de aplicarse, o bien disponer mecanismos de mejora o cualquier otro tipo de incentivo que fomente el interés de las partes por el recurso a estas fórmulas, extraordinarias, de jubilación.

En el primer aspecto, es clara la posible actuación de los convenios como fuente de determinación de las condiciones en las que se pueden ejercer los derechos reconocidos en la legislación vigente. Respetando los límites dispuestos en las normas aplicables, siempre se pueden establecer en los convenios los supuestos en los que es posible acudir a la jubilación parcial o flexible, así como los sujetos y los casos en los que se puede simultanear la realización de un trabajo con la percepción de la pensión: concretando el grupo de trabajadores que podría contratarse o mantenerse a través de cualquiera de estas vías, los puestos de trabajo que se reservarían a personas mayores, los porcentajes mínimos o máximos de la plantilla que podrían ser cubiertos a través de cualquiera de estas fórmulas, las condiciones en las que contratar a personas que ya estén recibiendo la pensión de jubilación, etc. También se pueden utilizar los convenios como medio en el que se regulen las referidas instituciones jurídicas y, especialmente, como fuente en la que concretar los términos de tales prestaciones de servicios: de esta forma y entre otras cuestiones, se pueden pactar en el convenio los porcentajes de reducción de la jornada en todos los supuestos en los que se compatibilice la pensión con un trabajo a tiempo parcial, la forma en la que llevar a cabo una jubilación parcial de carácter gradual (en la que el porcentaje de reducción de la jornada se va modificando progresivamente), los supuestos en los que procede un trabajo a tiempo parcial o completo, el tipo de contrato, su duración, etc. En definitiva, existe una multiplicidad de aspectos, sobre los términos de aplicación de estas fórmulas en un ámbito determinado, que encuentran en el convenio una fuente de regulación idónea.

También puede ser destacado el papel a desempeñar por los convenios en la fijación de medidas que promuevan el recurso a cualquiera de estas fórmulas de compatibilización entre la realización de un trabajo y el disfrute de la pensión, sobre todo, porque tanto la reducción del tiempo de trabajo que es consustancial a la jubilación parcial, como la concertación de un nuevo contrato por parte de quienes ya habían cesado en el empleo y se encontraban disfrutando la pensión, constituyen decisiones que dependen de la voluntad efectiva de los trabajadores (en el primer caso, dada la expresa prohibición, ex art. 12.4.e) del ET, de transformar un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial por la voluntad unilateral del empresario, ni siquiera a través del procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y en el segundo, dado el carácter personal y voluntario de la contratación laboral). Siendo así, la existencia de estímulos o contraprestaciones sugerentes son fundamentales para fomentar la continuidad del trabajo cuando el sujeto ya tiene edad suficiente para solicitar la pensión de jubilación con plenitud de derechos.

Pero no sólo es necesario contar con la aquiescencia de los trabajadores para entablar cualquiera de estas relaciones; también es indispensable obtener la aceptación de la parte empresarial que es a quien en definitiva corresponde decidir si mantiene en el empleo o contrata a trabajadores de edad avanzada u opta por otras alternativas. En este contexto, la negociación colectiva puede ejercer un papel importante como vía para convencer a los empresarios o a sus representantes de la utilidad de la medida y alcanzar un acuerdo del que resulte la planificación de una plantilla que, lejos de prescindir de los trabajadores mayores,

haga una decidida apuesta por un colectivo que ofrece experiencia y, gracias a estos incentivos, pueden llevar aparejado un coste inferior al que supone la contratación de nuevos trabajadores o la adopción de otras medidas³².

3. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS COMO COMPLEMENTO A LAS PENSIONES PÚBLICAS

Uno de los aspectos más cuestionados del régimen jurídico de la pensión ha sido, con toda probabilidad, el relativo a su cuantía. Básicamente, porque las divagaciones sobre los distintos aspectos de su regulación siempre han de ceder frente a la realidad de los números, a la efectividad de un sistema de protección que exige que, sobre los principios y las teorías, prevalezcan los medios que permitan llevarlo a la práctica. Y, en este sentido, lleva años poniéndose en cuestión la sostenibilidad del sistema de pensiones si se consolidan e incluso aumentan, debido al envejecimiento de la población, los costes actuales.

Con esta justificación, se han llevado a cabo significativas reformas en las reglas de cálculo de la base reguladora y de los porcentajes aplicables. Así, con el objetivo de asegurar la viabilidad futura del Sistema, se han alterado las reglas de determinación de la base reguladora de la pensión que ha pasado de ser calculada, en un primer momento, sobre las bases de cotización de 24 meses elegidos por el beneficiario en los 7 años anteriores al hecho causante, dividido por 28; después, sobre el resultado de dividir entre 112 las bases de cotización de los 96 meses anteriores; posteriormente, sobre las bases de cotización de los 180 meses previos entre 210; y tras un período transitorio en el que se va a ir incrementando la proporción año a año, para calcularla, en el año 2022, dividiendo entre 350 el resultado de sumar las bases de cotización de los 300 meses anteriores a la jubilación. Como se puede ver, se ha producido un incremento significativo del período considerado para hacer el cálculo de la base reguladora que, en la mayoría de los casos, ha de provocar un descenso en la cuantía de la pensión. Igualmente, se han modificado los porcentajes aplicables de forma que, partiendo de un porcentaje fijo del 50% por el período mínimo de cotización de 15 años, se ha pasado de aplicar un 3% adicional por los años comprendidos entre el 16º y el 25º, y un 2% por el período restante, a calcular la prestación, en 2027, aplicando a la base reguladora un porcentaje del 0,19% por cada mes de cotización comprendido entre el 1º y el 24º, y un 0,18% adicional por cada uno de los que sobrepasen ese período³³. Ello supone un descenso del porcentaje aplicable por los mismos años cotizados³⁴.

Pero más allá de la reordenación del sistema, no se ha producido, en todos estos años, modificación alguna que suponga la cesión de atribuciones a los sujetos colectivos. Como no podía ser de otra forma, en todo este período, se ha encargado el legislador de fijar y

³² Porque como señala GALA DURÁN, C. (“El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARRIDO PÉREZ, E. (dir.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, 2015, pág. 64) el funcionamiento de estas reglas de compatibilización entre trabajo y jubilación depende de que se produzca un cambio efectivo en la forma en que, tanto el mercado de trabajo, como los empresarios, como los propios trabajadores y la sociedad en su conjunto, valore el trabajo de los trabajadores de edad avanzada.

³³ Hasta ese año, se aplicarán los porcentajes dispuestos en la DT 9ª LGSS.

³⁴ Esto supondrá que, por ejemplo, en el primer tramo (entre el año 16º y el 25º) en lugar de incrementarse el porcentaje en un 3% por cada año, se aumentará en un 2,28% anual.

reformular las reglas de cálculo del importe de la pensión, tanto de las que se han utilizado para calcular la base reguladora como para la determinación del porcentaje aplicable, siendo en esta materia clara e indiscutible la reserva de ley, o dicho de otra forma, la inexistencia de margen alguno para la actuación de la iniciativa privada.

En este aspecto, el papel de la autonomía colectiva se restringe a la regulación de las denominadas “mejoras voluntarias” que, aunque permiten otras posibilidades, en España únicamente han sido objeto de regulación la constituida por contraprestaciones adicionales a cargo del empresario, que se suman a las prestaciones del Sistema. Unas mejoras que, conforme a esta definición, se caracterizan por: a) su complementariedad, pues su único fin ha de ser el de acrecentar y nunca el de sustituir las prestaciones públicas, básicas y obligatorias del Sistema; b) su voluntariedad, en la medida en que no tienen su origen en la ley, sino en un compromiso que el empresario asume libremente en el acuerdo individual o colectivo en el que se reconocen (aunque una vez constituida, se convierten en obligatorias para el empresario, que no las puede suprimir o modificar libremente); y c) su gestión privada, lo que se manifiesta tanto en la forma de determinación de su régimen jurídico (según lo acordado por las partes) como en su financiación (siempre con fondos privados)³⁵. De todas las modalidades posibles, se limita este epígrafe a las que se regulan por la autonomía colectiva y mejoran, exclusivamente, el importe de la pensión de jubilación³⁶.

En este aspecto, y teniendo en cuenta su naturaleza, es posible distinguir dos tipos de mejoras. El primero, lo conforman aquellas que consisten en el abono mensual de una contraprestación adicional que se suma a la pensión de jubilación y que tanto puede satisfacerse por un período limitado de tiempo, como de forma indefinida (esto es, que concluya por las mismas causas de extinción que dispone la legislación vigente para la propia pensión de jubilación); son mejoras directas, en sentido estricto, sobre una contingencia protegida, que se abonan de forma simultánea a la pensión y que por ello cumplen una función indudablemente complementaria. El segundo grupo lo constituyen aquellas medidas consistentes en el establecimiento en convenio colectivo de una indemnización a tanto alzado que en este caso se desembolsa, exclusivamente, en el momento de la jubilación (por esta razón, se les atribuye un carácter autónomo).

En cualquier caso, y sea a través de una u otra modalidad, tales mejoras voluntarias a la pensión de jubilación se reconocen ante diferentes hechos o con distintas finalidades. Así, de un lado, puede pactarse en convenio colectivo una mejora dirigida a reconocer y compensar los años de prestación de servicios; constituye un premio (normalmente a tanto alzado) con el que se gratifica la fidelidad o antigüedad del trabajador en la empresa. También es posible la fijación de una cifra para incentivar la extinción de los contratos por

³⁵ Sobre el particular, vid., por ejemplo, MELLA MENDEZ, L. *La extinción...*, cit. págs. 183-193, o GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, 1999, págs. 31 y ss.

³⁶ Con más extensión, se analizan las condiciones de las mejoras voluntarias a la jubilación pactadas en convenio, en: CAMPS RUIZ, L.M.: “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación: Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, 2007; CARRASCOSA BERMEJO, M.D.: “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social relativas a la pensión de jubilación”, en BARRIOS BAUDOR, G. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Pensiones por jubilación o vejez*, 2004; VALDÉS DE LA VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

jubilación de los trabajadores, cantidad que tanto se puede pactar para promover el cese de los trabajadores al cumplimiento de la edad ordinaria, como a una edad de jubilación anticipada, como el retraso de la fecha de extinción del contrato más allá de los mínimos legales; se establece así, en un medio colectivo, una compensación adicional que asume el empresario con idea de incentivar la jubilación voluntaria de los trabajadores en la forma y términos que mejor satisfagan los intereses del primero. Asimismo es posible pactar en convenio una cantidad a tanto alzado como forma de compensar la jubilación forzosa de los trabajadores a una edad determinada (cuando el legislador la autorice). En todos estos supuestos, la situación de la empresa o los objetivos que se marquen determinará qué se fomenta, qué modalidad de jubilación se incentiva, qué premio o compensación se establece y la forma de concretar su contenido (en un importe fijo o con una determinada cifra variable en función de los meses o años de anticipación o retraso de la edad de jubilación, con cantidades diferenciadas según la antigüedad o la categoría de los trabajadores afectados, sometida o no al cumplimiento de ciertas condiciones, con una cifra concreta o en un cierto porcentaje del salario, etc.).

Se calcule de una u otra forma, las indemnizaciones a tanto alzado siempre suponen el pago de una cuantía predeterminada e, igualmente, una obligación de tracto único, que se cumple y se agota en el momento en el que se satisface. Por ambas características, su abono no presenta complicación alguna: primero, porque desde el inicio se conoce el importe de la indemnización que ha de abonarse; y segundo, porque no genera débitos que hayan de satisfacerse en el futuro.

Más dificultades presentan las contraprestaciones periódicas, sobre todo, aquellas que han de abonarse de forma indefinida o mientras se abone la pensión misma de jubilación. En parte, porque constituye una contraprestación de un marcado carácter aleatorio en la que no se conoce, de antemano, el período en el que se habrá de abonar y por ello, la entidad del coste que puede llegar a representar para la empresa. Y en parte, porque a través de estas mejoras el sujeto obligado asume una deuda a la que ha de hacer frente, sin límite de tiempo, en los meses o años venideros.

Este segundo, posiblemente, sea el problema de mayor entidad al que se enfrentan las mejoras voluntarias que consisten en un pago periódico. Y no sólo por la repercusión que pueda tener sobre las mismas la situación futura de la empresa o del empresario (p. ej., porque puede empeorar la situación de la empresa, o puede modificarse el sujeto que ocupe la posición de empresario) sino también, por la propia naturaleza del convenio colectivo como fuente en la que se recoge y concreta el compromiso empresarial: en este sentido, colisiona el carácter indefinido de la obligación asumida con la vigencia temporal de los convenios colectivos. Sobre este particular, se pueden plantear varias situaciones a las que se les pueden ofrecer distintas respuestas³⁷.

Cabe, en primer lugar, la posibilidad de que el compromiso previsto en el convenio no haya sido aún de aplicación por no haberse producido la situación de hecho protegida (es decir, que en el momento actual constituya sólo una mera expectativa de derecho): en este supuesto, si el empresario quiere dejar de ofrecer, hacia el futuro, esa mejora, basta con que

³⁷ Sobre estos y otros problemas derivados de la naturaleza temporal de los convenios colectivos, vid. VALDÉS DE LA BEGA (ob. cit.) págs. 89-102.

en el nuevo convenio colectivo no se incluya previsión alguna en este sentido. En este aspecto, se aplican las reglas generales sobre sucesión de convenios, esto es, la máxima prevista en el art. 86.4 del ET en la que se señala que *“el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”*. Estas mejoras, pactadas en convenio, no constituyen condiciones más beneficiosas y por ello, no generan derechos adquiridos que hayan de satisfacerse en todos los procesos de jubilación que se produzcan en el futuro.

El problema se plantea en los supuestos en los que ya se ha causado el derecho a la mejora y éste consista en el pago de una prestación periódica que se prolonga más allá de la vigencia del convenio que la ha reconocido. Varias soluciones son al respecto, posibles. Así, la solución más clara se produce cuando el propio convenio que regula la mejora establece su régimen futuro, esto es, específica en su propio articulado los efectos que han de generarse cuando el mismo convenio sea derogado y sustituido por otro posterior. Si no existe una regulación expresa del tema, el problema se complica, ya que se pueden encontrar argumentos tanto en uno como en otro sentido. Así, a favor de la pervivencia de tales mejoras, en las condiciones inicialmente pactadas, se puede argumentar: a) el respeto a los derechos adquiridos; b) el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales; c) la falta de vinculación de los trabajadores que han visto extinguido sus contratos al convenio que ahora se negocia; o, d) la previsión del art. 239 de la LGSS, según el cual, cuando un trabajador haya causado el derecho a una mejora, *“ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”*.

Pero también existen argumentos favorables a la supresión del derecho como: a) la previsión contenida en el art. 82.4 del ET, sobre sucesión de convenios, en virtud de la cual se puede entender que el nuevo convenio permite alterar los términos de las mejoras voluntarias establecidas en el anterior, e incluso, suprimir el derecho que hasta entonces venían disfrutando los trabajadores jubilados al amparo del que se sustituye; b) la duda acerca de la posibilidad o conveniencia de que una empresa quede afectada, indefinidamente o a largo plazo, por el compromiso asumido en una determinada fecha, sobre todo, si de esta forma queda en entredicho su viabilidad futura; y c) la injustificable pervivencia del compromiso en los supuestos de transmisión de empresas³⁸. En cualquier caso, para evitar tales problemas, sería necesario buscar otras salidas, como podría ser la aprobación de acuerdos específicos en esta materia, a los que se aplicarían condiciones especiales de duración y vigencia.

Otra cuestión importante es la relativa a la variedad de formas de gestión de tales mejoras voluntarias, ya que tanto es posible la constitución en la propia empresa de fondos internos con los que hacer frente al pago de las mismas, como su externalización en entidades ajenas, sometidas a las condiciones previstas en las normas que las regulan, que cuentan con fondos y procedimientos específicos para la satisfacción de tales compromisos. Una doble posibilidad cuya aplicación en la práctica depende, en unos casos, de la voluntad

³⁸ Vid. tales argumentos en: MELLA MENDEZ, L.: *La extinción...*, cit. págs. 194-198, donde se apuesta por la reducción o eliminación de las mejoras pactadas en los supuestos de sucesión de convenios, siempre que no se haya decidido la intangibilidad de la misma, y sólo, cuando se trate de una medida justificada, proporcionada y necesaria para la protección de la empresa y del resto de los trabajadores.

del empresario, que puede optar por uno u otro modelo, y en otros, de la decisión del legislador que puede disponer la obligatoria externalización de la cobertura a través de uno de los instrumentos de gestión previstos. No obstante, y a pesar del relevante papel que juegan estos mecanismos de previsión en la actualidad y de las funciones que al respecto pueden desempeñar los convenios colectivos, es un tema que, por su extensión, ha de quedar al margen de este estudio.

4. CONCLUSIONES

Como punto de partida indiscutible, es clara la reserva de ley en la regulación de la acción protectora del Sistema y, por ello, la exclusiva potestad del legislador tanto a la hora de delimitar la contingencia protegida como el régimen jurídico de la pensión de jubilación. Por este motivo, el papel de los convenios colectivos es ciertamente limitado. Sin embargo, la negociación colectiva y los acuerdos que de ese procedimiento derivan, presentan unas singularidades, tanto en su configuración como en su funcionamiento, que permiten atribuirles algunas facultades, también en este tema; unas, ya vienen siendo ejercidas en la actualidad y otras, se les podrían asignar en el futuro por considerarse el convenio un medio idóneo para su regulación.

En primer lugar, los convenios colectivos desempeñan un papel inexcusable en aquellas cuestiones en las que el legislador se ha remitido expresamente a la autonomía colectiva. En estos casos de remisión, los sujetos negociadores han tomado el testigo y, únicamente, han debido concretar el tema dentro de los márgenes fijados en la norma estatal. Así se ha hecho, por ejemplo, cuando se ha habilitado a los convenios para ordenar los términos de aplicación de la jubilación forzosa en sus respectivos ámbitos.

Sin necesidad de remisión, también cumplen los convenios colectivos un papel destacado en la disposición de reglas de desarrollo y ejecución de las normas estatales. En este aspecto, se materializa una de las principales funciones de los convenios, cual es la adaptación y concreción de las reglas y requisitos generales a las particularidades o necesidades del ámbito en el que deben ser aplicadas, así como para restringir la puesta en práctica de determinadas medidas o señalar las circunstancias o los sujetos que pueden verse afectados por las mismas. En definitiva, los convenios colectivos cumplen una función ejecutiva o de fijación de las condiciones en las que se pueden aplicar las normas generales en un ámbito determinado. A lo largo de estas páginas, se han señalado múltiples aspectos de la jubilación que se pueden precisar en convenio.

La configuración de la negociación colectiva como un procedimiento que requiere la participación y el acuerdo de quienes representan a los sujetos de las relaciones laborales, le atribuye una tercera función relevante: la de actuar como medio fundamental para materializar cualquier pacto colectivo. Dicho de otra forma, si como consecuencia de cualquier tipo de circunstancias o de la presión que ejercen los trabajadores o sus representantes, la parte empresarial pretende reconocerles algún tipo de beneficio adicional a las prestaciones del Sistema, constituye el convenio colectivo la vía adecuada para manifestar dicho compromiso; en parte, porque la suscripción del acuerdo depende de un acto de voluntad del empresario que lo adquiere, y en parte, porque una vez que se asume, adquiere la dosis de obligatoriedad que se predica del contenido normativo de los convenios.

Del cumplimiento de esta función, constituyen una manifestación evidente los planes de prejubilación.

En fin, también se satisface en esta materia el papel habitual de los convenios colectivos como medio para atribuir a los trabajadores incluidos en su ámbito, unas condiciones sociales, laborales o económicas más favorables a las previstas, con carácter general, en la legislación del Estado. En esta línea, se ha podido comprobar los numerosos aspectos del régimen jurídico de la pensión de jubilación que pueden ser ampliados en convenio: este es el papel asignado a las “mejoras voluntarias”.

La Responsabilidad en Materia de Seguridad y Salud que Asume el Promotor-Cabeza de Familia Cuando Acomete la Construcción o Reforma de su Vivienda

The responsibility for safety and health assumed by the developer-private owner when he undertakes his house construction or reform

FRANCISCO VIGO SERRALVO

DOCTORANDO DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

En el presente trabajo nos proponemos hacer un análisis de la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales que puede llegar a asumir un particular o cabeza de familia cuando acomete la construcción o reforma de su vivienda. Para ello, a través del análisis de la normativa específica, concretamente el R.D. 1627/1997 *por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción*, vamos tratar de identificar a este sujeto como un obligado en la gestión de la seguridad y salud de los trabajadores que participan en la ejecución de la obra.

Asentada su condición de garante de seguridad, concretizaremos cuales son las obligaciones que se le imponen al cabeza de familia según esta normativa y nos acercaremos a la doctrina judicial que ha analizado la responsabilidad del mismo derivada de un accidente de trabajo.

Por último, para cerrar, ofreceremos unos breves apuntes sobre la imputabilidad de este sujeto en los distintos regimenes de responsabilidad que pueden emerger de un ilícito en materia de seguridad y salud laboral.

Abstract

In this article, we propose to make an analysis about the responsibility regarding the prevention of occupational risks that a head of household can assume when he undertakes the construction or reform of his house. For this, through the analysis of specific regulation, specifically the R.D. 1627/1997 for which the minimal safety and health regulations in construction are established, we will try to identify this person as required in the management of safety and health of the workers involved in the realisation of the construction.

Assuming its condition of security guarantor, we will concretize what are the obligations which are imposed on this head of household according to these regulations and we will approach the judicial doctrine that has analysed its responsibility, derived from an occupational accident.

Finally, we will offer some brief notes on the imputability of this subject in the different regimes of responsibility that can arise from an unlawful, regarding employment security and occupational health.

Palabras clave

cabeza de familia; promotor; construcción; responsabilidades; prevención de riesgos laborales

Keywords

head of household; developer; construction; responsibilities; prevention of occupational risks

1. INTRODUCCIÓN

El ámbito de la construcción se ha considerado tradicionalmente una actividad de especial riesgo¹. Además, desde el punto de vista de la gestión de la seguridad laboral, nos

¹ Los datos estadísticos en la materia definen al de la construcción como el sector profesional que concentra los mayores índices de siniestralidad laboral, superando en más del doble la media de los accidentes laborales (...)

encontramos en la actividad constructiva con una serie de caracteres que la singularizan respecto del resto de sectores profesionales. Entre estas particularidades destaca la concurrencia de distintos sujetos intervinientes en los procesos de trabajo, conformándose un entramado relacional que desborda las directrices generales de seguridad y salud que rigen la relación laboral tipo, las cuales han sido diseñadas en torno al binomio empleador-empleado. Estas dos premisas, su especial peligrosidad y su singularidad en cuanto a la pluralidad de sujetos intervinientes, conjuntamente consideradas, han justificado la instauración de un régimen jurídico propio en materia de seguridad y salud laboral para el ámbito de la construcción. Esta regulación presenta un alto grado de especialidad y puede llegar a ofrecer algunas soluciones que quizás resulten inusitadas si se contrastan con los principios que rigen la normativa genérica de prevención de riesgos en el trabajo.

Entre estas cuestiones de cierta singularidad creemos que se encuentra la que aquí abordamos y que es la responsabilidad o el régimen obligacional en materia de prevención de riesgos que asume el cabeza de familia o titular del hogar cuando acomete la construcción o reforma de su propia vivienda. Cuando en ocasiones trasciende a la crónica de sucesos de los medios de información el acaecimiento de un accidente de trabajo en el curso de una obra de reforma de la vivienda de un particular, hemos comprobado cómo surge en conversaciones informales –tanto en foros especializados como en legos– una cuestión recurrente tal y como es la relativa a la posible responsabilidad del dueño de la vivienda por los daños derivados del accidente. Una respuesta a dicha cuestión apriorística e inspirada por el sentido común suele pasar por descartar la posibilidad de que el dueño de la vivienda asuma ningún tipo de responsabilidad; la cual, se entiende, debe recaer en los profesionales a los que éste ha encomendado el diseño y ejecución de la obra. Sin embargo, esta respuesta, a aquellos que están familiarizados con el régimen jurídico-preventivo de la construcción, quizás no les parezca íntegramente satisfactoria.

Y es que una mera incursión epidérmica en la normativa que regula la seguridad y salud en las obras de construcción es suficiente para comprobar que la respuesta a dicha cuestión dista de ser tan sencilla. Precisamente por ello, en este trabajo pretendemos, superando esa primera aproximación, hacer un examen exhaustivo de la normativa de referencia y abordar la cuestión de la responsabilidad del propietario o cabeza de familia con respecto a la seguridad y salud de los trabajadores que ejecutan la construcción o reforma de su vivienda. Para ello, partiremos de la condición de promotor que la normativa atribuye al cabeza de familia cuando éste impulsa cualquier obra sobre su vivienda y, desde esta premisa, pasaremos a enumerar los deberes que la legislación específica atribuye al promotor y las responsabilidades que pueden emerger de su incumplimiento, analizando si este régimen obligacional tiene o no alguna particularidad en función de que nos encontremos ante un promotor profesional o ante el cabeza de familia o propietario particular de la vivienda.

acaecidos en el resto de sectores profesionales. INSHT : *Informe anual de accidentes de trabajo en España 2015*. INSHT. Madrid, 2016. Pág. 5

2. EL PROMOTOR COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EX R.D. 1627/1997 DE 24 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECEN DISPOSICIONES MÍNIMAS DE SEGURIDAD Y DE SALUD EN LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico-positivo ha carecido tradicionalmente de una definición explícita de promotor². Teniendo en cuenta que se trata de un sujeto cuyas principales actuaciones en el tráfico jurídico se regirán por el derecho civil, resulta en cierta medida sugerente comprobar cómo la primera referencia normativa que define expresamente la figura del promotor aparece en la legislación laboral, y, más concretamente, en una disposición en materia de prevención de riesgos laborales como es el *R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción*, que se referirá al mismo con la intencionalidad inequívoca de incluirlo entre los sujetos obligados en materia de seguridad y salud laboral.

Esta norma –según se lee en su exposición de motivos– venía a “establecer mecanismos específicos para la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en un sector de actividad tan peculiar como es el relativo a las obras de construcción”. Para ello, el Real Decreto tiene presente que en las obras de construcción “intervienen sujetos no habituales en otros ámbitos que han sido regulados con anterioridad”, y define como su principal objetivo el de asentar las obligaciones en la gestión preventiva “del promotor, del proyectista, del contratista y del subcontratista [...] y de los trabajadores autónomos, muy habituales en las obras”.

De esta forma, se produce un giro significativo con respecto a nuestra legislación histórica de seguridad laboral, que desde un comienzo –aún sin aludir literalmente a la figura del promotor– venía rehusando atribuirle deberes directos en la gestión de la seguridad de los trabajadores³. Y es que es evidente que el rol de promotor y la forma de participación que

² Esta carencia fue durante mucho tiempo suplida por la labor de complementación de nuestros tribunales, ante la necesidad de exigirle responsabilidad por los vicios o defectos del edificio por vía de la responsabilidad decenal prevista en el art. 1591 CC. Imputación de responsabilidad que ha tenido por base en los siguientes motivos: “a) que la obra se realiza en su beneficio; b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; d) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y, e) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas Sentencias [9 marzo 1988 (RJ 1988\1609), 19 diciembre 1989 (RJ 1989\8843), 8 octubre 1990 (RJ 1990\7585), 1 octubre 1991 (RJ 1991\7255) y 8 junio 1992 (RJ 1992\5168), por citar las más modernas]; incluso ha dicho esta Sala en Sentencia de 13 julio 1987 (RJ 1987\5461) que la responsabilidad del promotor «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponden”. [Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 28 enero 1994]. Sobre la omisión histórica legislativa a la figura del promotor, y la construcción conceptual del mismo por parte de la jurisprudencia vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C: *Responsabilidades y Garantías de los Agentes de la Edificación*, Lex Nova, Valladolid, 2004. Págs. 46-49.

³ Bien es cierto que la pionera de nuestras normas preventivas en materia de responsabilidad empresarial, la Ley de Accidentes de Trabajo de 31 enero de 1900 (Ley Dato), en un primer momento, atribuyó al propietario de la obra la condición de patrono y, por tanto, de deudor de seguridad, independientemente de que actuase como compañía o a título particular. Sin embargo dicha imputación fue rápidamente revisada por el Reglamento de 30 julio de 1900 que desarrollaría la norma anterior, y que en su artículo 1º asentaría que “Estando contratada la (...)”

éste asume en el proceso constructivo casan mal con su condición de garante de la seguridad de los trabajadores, toda vez que –como se ha dicho– “el punto de partida para analizar las obligaciones en materia de prevención de riesgos reside en la idea de que el deber general de protección en materia de seguridad en el trabajo deriva del propio poder de dirección y organización del empresario, siendo éste, realmente, el sujeto directamente capacitado, por su propia condición, para procurar un medio de trabajo dotado para el desarrollo con la mayor seguridad posible”⁴. A pesar de las múltiples formas en las que se puede manifestar la promoción inmobiliaria y los distintos grados de participación en los procesos de trabajo que implica cada una de ellas⁵, podemos generalizar y afirmar que el promotor se limita a “desarrollar una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial”⁶ y que, por tanto, los poderes de dirección y organización que se predicen del empresario laboral aparecen en el promotor en gran medida difuminados.

Dicho lo anterior, y a pesar de que existen motivos fundados con los que sostener la incompatibilidad entre la asunción de obligaciones preventivas y el papel que desempeña el promotor en las obras de construcción, lo cierto y verdad es que –como vamos a tener ocasión de justificar– existe una incuestionable intencionalidad legislativa de considerarlo como un sujeto que, aún permaneciendo al margen de la relación laboral, asume obligaciones preventivas en el seno de la misma. Lo cual –dicho sea de paso– es totalmente coherente con la tendencia hacia la universalización o ampliación del espectro de sujetos obligados que apreciamos en la normativa de prevención de las últimas décadas⁷, incluyendo, entre otros sujetos sin relación directa con el trabajador, al servicio de prevención ajeno o a los importadores y fabricantes de equipos de trabajo.

Así las cosas, una vez vigente el R.D. 1627/1997 podemos apreciar cómo se consolida la identificación de la figura del promotor con la de deudor de seguridad; primero en la propia LPRL, que tras la reforma operada por la *Ley 50/1998 de Medidas Fiscales*,

ejecución o explotación de la obra o industria, se considerará patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria”. Exclusión de la condición de patrono reiterada en práctica identidad de términos en el art. 1º de la Ley Reformada de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922 y en el art. 2 del Decreto de 22 junio 1956, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y el Reglamento de Accidentes de Trabajo.

⁴ VIDA FERNÁNDEZ, R.: *Deberes del empresario*. En *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y Práctica*. AAVV Dir. MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. Tecnos, Madrid 2015. Pág. 326.

⁵ Siguiendo aquí a Torollo González, este distingue cuatro formas de intervención del promotor en el proceso de edificación, a saber: *promotor-constructor*, que será quien impulsa la construcción del edificio realizando además las labores constructivas directamente con sus medios y/o con el auxilio de otros empresarios con la intencionalidad de comercializar el edificio; *promotor-vendedor*, que no interviene en el proceso de construcción y se limita a comercializar al resultado de la obra; *promotor mandatario*, que actúa por nombre de otro e intermedia en la contratación de los contratistas; y *promotor-prestatarario o promotor-mediador* que no está movido por el ánimo de lucro, sino que se limita a la realización de las tareas jurídicas, administrativas y financieras necesarias para llevar a cabo la obra, la cual se destina a sus asociados, socios, comuneros o, en su caso, a terceras personas. V.gr. Cooperativa de viviendas. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones en Materia de Seguridad y Salud laboral*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 53. Págs. 85-120. Madrid, 2004. Págs. 92 y 93.

⁶ STS (Sala de lo Social) de 20 julio 2005 núm. 2160/2004. F.Jº, 3º.

⁷ Ya la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en su art. 12 preveía la extensión de responsabilidad a sujetos ajenos a la relación laboral “en la medida que fuere necesaria para prevenir riesgos profesionales.”

Administrativas y del Orden Social, definiría en su art. 45.1 como infracciones en materia de prevención de riesgos laborales “las acciones u omisiones [...] de los promotores y propietarios de obra que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los Convenios Colectivos en materia de seguridad y salud laboral”; posteriormente en la LISOS, que en su art. 2.8⁸ lo incluiría explícitamente en el elenco de sujetos potencialmente responsables de las infracciones laborales.

2.1. El concepto de promotor en el Real Decreto 1627/1997. Ámbito de la norma

La razón de ser de este Real Decreto será la de dar cumplimiento –no sin cierto retraso⁹– al deber de transposición de la *Directiva 92/57/CEE del Consejo de 24 de junio de 1992 Relativa a las Disposiciones Mínimas de Seguridad y de Salud que deben aplicarse en las Obras de Construcción Temporales o Móviles*¹⁰. En puridad, será esta norma comunitaria la que por primera vez incluya al promotor entre los sujetos garantes de la seguridad laboral, y la que provoque en nuestro ordenamiento interno el giro legislativo al que antes hemos aludido. Con ánimo de abarcar todas las manifestaciones posibles de la actividad de promoción inmobiliaria, en esta Directiva se define a la *propiedad* –que será el equivalente semántico de lo que en nuestro ordenamiento interno identificamos como promotor– como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cuales realice una obra” (art.2,b) sobre la cual hace recaer varias funciones concretas en el diseño de la gestión de la seguridad de los trabajadores en las obras y a las que nos vamos a referir *infra*. Es trascendente reseñar de dicha norma europea la diferenciación que asentará entre la propiedad –que será el promotor– y el empresario –que será el contratista o subcontratista– (art. 7), y que evidencia el propósito manifiesto de extender los deberes preventivos al promotor a pesar de considerarlo un sujeto no equiparable al empresario o empleador laboral.

Por su parte, el R.D. 1627/1997, al menos en lo tocante al tema que nos ocupa, hace una transposición de la Directiva respetuosa con el contenido esencial de esta, manteniendo en sus mismos términos las definiciones de los sujetos intervinientes en las obras de construcción y, entre ellas, la del promotor, al cual define en su art. 2.1.c) –con idéntico tenor literal al empleado en la Directiva– como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cuales realice una obra”¹¹.

Lo primero que resalta de la definición transcrita –y lo más significativo para el tema de nuestro análisis– quizás sea lo abstracto de la misma. Como afirma Torollo González “la definición que facilita el RD 1627/1997 del promotor es breve y en su brevedad el ámbito subjetivo que dibuja es muy amplio”. Desde esta conceptualización abierta podemos sostener que en cualquier obra de construcción encontraremos la existencia de un promotor, pues es obvio que toda obra se realiza por cuenta de alguien, ya sea propia o ajena. Además, la

⁸ En la redacción dada por el art. 9.1 de la *Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales*.

⁹ El plazo de transposición marcado por la Directiva vencía el 31 de diciembre de 1993.

¹⁰ Esta Directiva a su vez trae causa del compromiso recogido en el art. 16.1 de la Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989, o *Directiva Marco*, según el cual: “A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo” entre los que se encuentran las “Obras temporales y móviles”.

¹¹ Definición de promotor que será recogida sin variación gramatical también en el art. 3.b) de la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*.

amplitud con la que se nos presenta provoca que “ninguna de las modalidades posibles de promotor se escape de su ámbito subjetivo”¹², siendo totalmente indiferente –como luego abundaremos– que el promotor impulse la obra movido por el ánimo de lucro o no, así como que ejerza de promotor con carácter habitual o lo haga de forma esporádica u ocasional. Esta definición amplia superará no solo a la elaborada previamente por la jurisprudencia, sino también a la que después introdujera la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*.¹³

Por otro lado debemos tener en cuenta que cuando el promotor ejecute directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o parte de la construcción, asumirá además la condición de contratista (art. 2.3 R.D. 1627/1997, art.3.e) LSSC y D.A. 2ª RSC). Igualmente tendrá la consideración de contratista cuando contrate directamente a trabajadores autónomos, con la excepción del cabeza de familia cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación de su vivienda (art. 2.3 *in fine* R.D. 1627/1997 y D.A. 2ª RSC.2). Así, tal y como alguna vez han distinguido nuestros tribunales, podemos hablar de “*promotor puro*” y el “*promotor-constructor*”¹⁴, figura esta que asumirá las obligaciones preventivas que les son propias como promotor pero también las que la ley impone al contratista.

Por último y respecto al ámbito material de aplicación de este Real Decreto podemos decir que –según se lee en su exposición de motivos–, esta norma venía a ocupar el vacío normativo generado por la legislación vigente hasta el momento, la cual solo regulaba algunas manifestaciones parciales de la actividad constructiva. Así, con claro afán de universalidad, nos define como su ámbito sustantivo de aplicación el de “cualquier obra, pública o privada, en la que se realicen trabajos de construcción o ingeniería civil”. A pesar de la meridiana claridad con la que se pronuncia la norma sobre su vocación de abarcar la totalidad de la actividad constructiva, es menester resolver expresamente –para una mayor clarificación de cuanto sigue– si a los efectos de este Real Decreto aquellas obras menores o de mera reforma tienen también la naturaleza de obras de construcción y quedan por tanto incluidas en su ámbito objetivo de aplicación. Cualquier atisbo de duda sobre este particular se resuelve en el art.2 de “*definiciones*”, en cuyo apartado “a” se nos define a la obra de construcción como “cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación no exhaustiva figura en el anexo I”; y si acudimos a dicho listado apendicular de actividades, encontramos, a título ejemplificativo, amén de otras obras de mayor envergadura, las de “acondicionamiento o instalaciones, transformación, rehabilitación y reparación”. De esta forma –no está de más recalcar– el ámbito objetivo del R.D. 1627/1997 es bastante más amplio que el previsto en la LOE, por lo que pueden darse multitud de obras de construcción que, sin tener tal consideración jurídica desde el punto de vista civil o administrativo, sí lo sean desde el punto de vista laboral, obras estas últimas en las que habrán de implantarse todas las medidas preventivas que contempla el R.D. 1627/1997.

¹² TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones...* Op.cit. Pág. 105

¹³ Art. 9.1 LOE “Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”, exigiéndose además que ostente la propiedad del solar ex art. 9.2 a).

¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 5 de diciembre de 2001.

2.2. El cabeza de familia como promotor en el R.D. 1627/1997

Aquí utilizamos el giro lingüístico *cabeza de familia* por ser coherentes con la terminología empleada por el legislador en el R.D. 1627/1997, el cual se refiere expresamente al cabeza de familia sin aportar ninguna definición del mismo. A pesar de que esta expresión es iterativa en nuestra jurisprudencia e incluso en un gran número de disposiciones normativas en las que se alude expresamente al cabeza de familia –otrora se ha empleado también la expresión *amo de casa*–, no cuenta nuestro ordenamiento con una definición unívoca del mismo, teniendo acepciones distintas según la rama del Derecho desde la que se aborde. En cualquier caso, es claro que la acepción del cabeza de familia que se utiliza en otros ámbitos jurídicos como puede ser, verbigracia, en la órbita del Derecho de familia¹⁵, donde aparece caracterizada por estar dotada de una serie de potestades legales y de representación, carece de trascendencia a efectos laborales.

Para lo que nos ocupa, una aproximación válida al significado de esta expresión dentro del Derecho social puede ser la definición que de ella hace el art. 4.1 del *Decreto 2346/1969, de 25 de Septiembre, por el que se Regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico*, según el cual “se considera cabeza de familia, a los efectos de este Régimen Especial, a toda persona natural que tenga algún empleado de hogar a su servicio en su domicilio y sin ánimo de lucro”. Extrapolándola con cautela al ámbito de la construcción, podemos decir que será cabeza de familia a tales efectos la persona natural que, sin mediar voluntad crematística, concierta la ejecución de una obra en su vivienda, aunque en este caso –es importante diferenciar– no tomará a su cargo empleado alguno, sino que concertará la proyección y ejecución de la obra con otras empresas o trabajadores autónomos¹⁶. Su posición en el proceso productivo se asimilaría a la del empresario titular del centro de trabajo tal y como se define a éste en el R.D. 171/2004, aunque, en realidad, no podemos obviar que se trata de un consumidor o destinatario final de los servicios.

Dicho lo anterior, y como hemos visto, el R.D. 1627/1997 parte de una definición amplia de promotor, de tal modo que bajo la misma es posible subsumir todas las formas imaginables en las que puede manifestarse la actividad de promoción inmobiliaria. Desde esta definición extensiva es intrascendente para la calificación de promotor que este sujeto impulse la obra en el ejercicio de una actividad empresarial y habitual o que lo haga esporádicamente, a título particular y sin intención lucrativa alguna¹⁷. Sobre este extremo la norma es contundente cuando solo atribuye *ex lege* la condición de empresario a los contratistas y subcontratistas (exposición de motivos y art. 2.2), lo que, a *sensu contrario*,

¹⁵ A título ilustrativo podemos aportar la definición de cabeza de familia en el ámbito familiar contenida en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas Torres, que se refiere al mismo como: “La persona más caracterizada y la que ejerce la jefatura doméstica. Suele ser el padre y marido; a falta de él, y con prole, la madre viuda. Cuando conviven tres generaciones, influye bastante el estado general del más anciano, y asimismo quién sea el sostén económico del hogar. Tiene tal cabeza diversas facultades morales, legales y de representación con respecto a quienes de él dependen, por estar sometidos a la patria potestad, a la autoridad marital o por la percepción de alimentos (v.) o asistencia del mismo. Se está frente a un complejo jurídico de potestades y deberes”. CABANELLAS TORRES, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II C-CH. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1994. Pág. 5.

¹⁶ Ya que de ser así, además de empleador, asumiría el rol de contratista y tendría el mismo tratamiento que cualquier otra empresa.

¹⁷ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones...Op.cit.* Pág.89.

nos permite inferir que la norma excluye la consideración de empresario para el promotor, al menos a los efectos de aplicación de dicho texto legal.

Así las cosas y para el tema que nos ocupa, excluida la condición de empresario del promotor, y al no exigirse en éste los rasgos de profesionalidad o habitualidad, es posible extender la cualidad de promotor a sujetos que esporádicamente impulsen o encarguen la construcción o reforma de un bien inmueble y, entre ellos, también al cabeza de familia, tal y como aquí lo hemos definido, cuando encargue la construcción o reforma de su vivienda. En el tenor literal de la norma no encontramos ningún obstáculo que impida llegar a tal conclusión; más bien al contrario, aunque la norma no haga referencia expresa a la condición de promotor del cabeza de familia, sí lo hace implícitamente en su art. 2.3, según el cual:

“Cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista respecto de aquéllos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda”.

La exclusión contenida en el párrafo segundo¹⁸ –única referencia expresa al cabeza de familia que contiene el R.D. 1627/1997– sería improcedente si el legislador hubiese querido excluir la condición de promotor del cabeza de familia. Lo mismo cabe predicar de las excepciones previstas en los art. 42.2 ET; 16 y 168 LGSS.

Estas excepciones evidencian que nuestro legislador ha querido, sin ningún género de dudas, que al cabeza de familia se le considere promotor cuando decide impulsar la construcción o reforma de su vivienda¹⁹ y, tomando en consideración su falta de profesionalidad y habitualidad, configura para el mismo un régimen jurídico *ad hoc*, rebajando, mediante estas excepciones, el haz de responsabilidades que se atribuye al promotor profesional con fundamento en la inexistencia de “*aprovechamiento económico*”²⁰. Pero conviene subrayar, pues sobre esto volveremos *infra*, que lo que estos artículos contemplan es una exoneración de la responsabilidad del promotor por hecho ajeno –de sus contratistas o subcontratistas–, pero en nada afectan a las responsabilidades propias que tiene

¹⁸ Que se reitera en identidad de términos en la disposición adicional 2ª del RD1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la LSC.

¹⁹ Respecto al alcance de la expresión “vivienda”, entendemos que, entrando en juego el principio de interpretación más favorable al administrado, habrá de extenderse a toda edificación destinada a servir de residencia del cabeza de familia, aunque no sea su vivienda habitual (tal como aceptó la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo sede en Granada núm. 1433/2011 de 13 de junio de 2011) y, aunque no ostente la propiedad de la misma, sino solo su disfrute. Ahora bien, nuestros tribunales han sido estrictos en su interpretación a la hora de extender esta excepción a otros tipos de edificaciones, en el entendimiento de que “tampoco podía hablarse estrictamente de propia vivienda, si se trata de una cabaña dentro de una explotación agropecuaria [...] Tampoco justificada su utilización por el hijo del recurrente y posible, siquiera hipotéticamente, otro destino como vivienda pero no necesariamente familiar (turismo rural, por ejemplo)”. STSJ de Cantabria Sala de lo Social núm.950/2005 de 19 de septiembre de 2005.

²⁰ En efecto, esta ha sido la justificación que nuestros tribunales han dado a dicha exención de responsabilidad solidaria al cabeza de familia prevista en el art. 42.2 ET “porque éste, ni actúa como empresario, ni por lo mismo puede exigírsele la diligencia «in vigilando» que cabe pedir a quien, de manera profesional, contrata obras de tal naturaleza”. STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 2089/2002 de 2 julio de 2002.

atribuidas *ope legis* como promotor, a las que seguidamente nos vamos a referir, y que son la elaboración del estudio de seguridad y salud y la designación del coordinador de seguridad y salud. Sobre estas dos obligaciones la normativa no establece ningún trato diferenciado para el cabeza de familia; por tanto, al respecto de las mismas solo cabrá entender que son exigibles por igual tanto al promotor profesional como al cabeza de familia que promueve la construcción o reparación de su vivienda; lo cual, según se ha dicho –y nosotros compartimos– es una “*situación que parece algo desproporcionada*”²¹.

Empero, al margen de juicios de valor y esquivando entrar a enjuiciar la oportunidad o no de dicha opción legislativa, creemos que es la única interpretación recta que cabe de la normativa de referencia una vez que se ha aceptado que el promotor asume obligaciones preventivas *ex* R.D. 1627/1997 y que esta norma contiene una acepción amplia de promotor en la que tiene perfecto acomodo el cabeza de familia.

3. LAS OBLIGACIONES DEL PROMOTOR EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Habiendo introducido ya el giro legislativo provocado por el R.D. 1627/1997 por el cual se identifica al promotor como un sujeto obligado más en materia preventiva, y habiendo definido al cabeza de familia como promotor a los efectos de dicho Real Decreto, toca ahora dar un paso más en nuestro análisis y concretar cuáles son las obligaciones de seguridad y salud que este sujeto asume en el desarrollo de una obra de construcción. Como habíamos dicho, el principal desiderátum del RD 1627/1997, según se recoge en su exposición de motivos, es el de definir las competencias preventivas que asume cada sujeto interviniente en el proceso constructivo y, entre ellas, particularmente, las que se refieren al promotor. También aquí el Real Decreto es fiel al contenido de la Directiva comunitaria de la que trae causa, e impone al promotor las dos obligaciones que en la misma se preveían para *la propiedad*. Una de ellas es la designación de un coordinador de seguridad y salud cuando intervengan en la obra más de un contratista o varios trabajadores autónomos (art. 3.1 Directiva 92/57), y la otra se refiere a la elaboración de un estudio de seguridad y salud –plan de seguridad y salud en la nomenclatura comunitaria– (art. 3.2 en relación con el 5.b).

a) La primera, relativa a la designación de un coordinador en materia de seguridad y de salud, será preceptiva siempre que, durante la elaboración del proyecto de obra, intervengan varios proyectistas (art. 3.1 RD 1627/1997) o cuando en fase de ejecución participen más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos, o diversos trabajadores autónomos (art.3.2). Sin que, en ningún caso, –recalca la norma–, la mera designación del coordinador exima al promotor de sus eventuales responsabilidades (art.3.4)²², el cual asume con respecto a los profesionales designados auténticos deberes de vigilancia²³.

²¹ IGARTÚA MIRÓ, M. T^o: *Aspectos Claves de la Seguridad en las Obras de Construcción: Obligaciones Específicas y de Responsabilidad Administrativa*. En AA.VV. (Coord). MONGE FERNÁNDEZ A: *Responsabilidad y Construcción (Aspectos laborales, civiles y penales)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 124.

²² Esta objetividad de la responsabilidad del promotor, que alcanzará incluso la derivada de la negligencia de los coordinadores de seguridad y salud, viene refrendada por la LISOS, en cuyo art. 24.d) y e) se consideran infracciones imputables al promotor: “d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las (...)”

Este coordinador de seguridad y salud, con carácter genérico, será un profesional con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico (DA 4ª LOE), y ha de poseer una formación mínima en materia preventiva de nivel intermedio (art. 14.4 R.D. 171/2004). Será el encargado de armonizar la actuación de los distintos contratistas y subcontratistas intervinientes, tratando así de dotar de un carácter unitario y coherente a la gestión preventiva de la obra. En este sentido podemos decir que se trata de una manifestación, para el ámbito concreto de la construcción, de los deberes de coordinación que se imponen en el art. 24 LPRL y que, posteriormente, han sido desarrollados por el RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. De hecho, según dispone esta última norma en su D.A. 1ª, el coordinador de seguridad y salud será, para el ámbito de la construcción, el responsable de coordinar la actividad e impartir las instrucciones contempladas en la misma.

En cuanto a las funciones concretas que el Real Decreto 1627/1997 atribuye a este coordinador de seguridad y salud, serán distintas en función de la etapa en la que se encuentre la obra. Así, durante la fase de elaboración del proyecto será el encargado de integrar los principios generales de prevención de riesgos en la concepción, estudio y elaboración del proyecto de obra (arts. 2.1.e y 8.3); mientras que, durante la fase de ejecución, estará integrado en la dirección facultativa –de existir ésta–, y asumirá las funciones previstas en el art. 9 de la norma. Tales funciones consisten, esencialmente, en lograr que la actuación de los contratistas se ajuste a los principios de la acción preventiva que se recogen en el art. 15 LPRL, y en aprobar los respectivos planes de seguridad de las distintas empresas contratistas.

Por último, conviene aclarar –pues sobre esto la norma no es del todo explícita y tiempo atrás fue una cuestión controvertida²⁴– que la designación del coordinador

obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra. e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra”.

²³ Lo cual, alguna vez se ha tachado de excesivamente gravoso para el promotor. En tal sentido, Torollo González: “Así pues, si el deber de vigilancia se impone al empresario porque tiene personas que dependen de él y ejecutan su trabajo conforme a las órdenes e instrucciones que imparte bajo amenaza de sanción, parece excesivo imponer al promotor este deber de vigilancia si no cuenta con trabajadores a su servicio y no forma parte del régimen de contrata. La culpa en vigilando requiere como presupuesto inexcusable una relación jerárquica o de dependencia más o menos intensa entre el trabajador y la empresa a la que se exija responsabilidad. El deber de vigilancia constituye una deuda laboral que la ley no reconoce expresamente al promotor, sino al empresario”. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J. *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones...* Op.cit. Pág. 104.

²⁴ En un principio el criterio predominante en las instituciones público-preventivas era que la designación del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, únicamente era exigible cuando la obra contase con proyecto de ejecución. Dicho criterio fue recogido en el acuerdo adoptado en el seno del grupo de trabajo de construcción de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como en la Guía Técnica sobre el RD 1627/1997 elaborado por el INSHT. Dicha tesis tenía por apoyatura la propia definición de coordinador de seguridad y salud contenida en el art. 2.1.f) del R.D. 1627/1997, que identificaba al mismo como “el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo

(...)

de seguridad será preceptiva tanto en las obras que requieran de proyecto de obras *ex art. 2.2 LOE* como en las que no. Así lo confirmó categóricamente el TJUE (Sala quinta) en su sentencia de 7 de octubre de 2010, asunto C-224/09, en la que declaraba contraria a la Directiva 92/57 cualquier disposición nacional que limitase la obligatoriedad de esta medida preventiva a un determinado tipo de obras²⁵. Esto, a efectos prácticos, no es baladí. Téngase presente que, como corolario del alto grado de especialización que predomina en el sector de la construcción, no será infrecuente que, incluso en aquellas obras de escasa envergadura, concurren distintas empresas o trabajadores autónomos. Lo cual, por sí solo, ya obligará al promotor a proceder a la designación de un coordinador de seguridad y salud. En este sentido, de añadidura y con cierto interés para lo que nos ocupa, cabe reseñar que la sentencia del TJUE a la que nos referimos, resolvía el caso de una obra en la que la promotora era un particular que reformaba su vivienda habitual, lo cual no interfiere en modo alguno en la contundencia con la que se afirma la obligación a cargo de la *propiedad* –o promotor en la semántica legislativa nacional– de designar al coordinador de seguridad y salud.

b) De otro lado, en cuanto a la segunda de las obligaciones que el R.D. 1627/1997 impone al promotor, se prevé también en la fase de proyecto, el encargo por parte del promotor de elaborar un *estudio de seguridad y salud* (en lo que sigue ESS) o, según proceda, atendiendo a características de la construcción, la elaboración de un *estudio básico de seguridad y salud* (EBSS). Se trata de un complejo informe preventivo que actúa como instrumento de evaluación de riesgos y que, en un principio, estuvo limitado al ámbito de la edificación y obras públicas²⁶. Sin embargo, con el R.D. 1627/1997 se generaliza a la totalidad de las obras de construcción para dar transposición efectiva al art. 5 b) de la Directiva 92/57/CEE.

El primero de estos estudios, el ESS, de una mayor complejidad técnica, está previsto para aquellas obras que se encuentren en cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 4.1 del R.D. 1697/1997, a saber: a) que se traten de obras cuyo presupuesto de ejecución supere los 75 millones de pesetas; b) cuya duración estimada sobrepase los 30 días y emplee en algún momento a más de 20 trabajadores

las tareas que se mencionan en el artículo 9”. La dirección facultativa solo estará presente en las obras con proyecto, por lo que cabría inferir que en las obras sin proyecto, al no haber dirección facultativa, no era preceptiva la designación de un coordinador de seguridad y salud. Empero esta interpretación fue corregida por la *Dirección General de Ordenación Normativa de la Dirección General de Trabajo* que emitió un informe sobre la interpretación que debe darse al art. 3.2 del Real Decreto 1627/1997. http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Docum_ITSS/Inform_desig_coord.pdf (Consultado el 3-1-2017).

²⁵ Al contrario de lo que sucede con el deber de elaborar un plan de seguridad y salud contenida en el art. 3.2 de la Directiva, sobre el cual el legislador nacional puede establecer excepciones a su obligatoriedad, el art. 3.1 contiene un mandato incondicional. Por lo que, según interpreta el TJUE, “*debe designarse siempre a un coordinador en materia de seguridad y de salud en una obra en la que estén presentes varias empresas, con independencia de que los trabajos estén sujetos o no a licencia o de que dicha obra implique o no riesgos específicos*”. De ello se deriva que sobre este particular la incidencia del tipo de obra y la necesidad o no de proyecto será de todo punto intrascendente.

²⁶ Aparece por primera vez en nuestra legislación el RD 555/1986 de 21 de febrero, por el que se *Implanta la Obligatoriedad de la Inclusión de un Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo en los Proyectos de Edificación y Obras Públicas*.

simultáneamente; c) cuya ejecución requiera más 500 peonadas; d) o que se refieran a la construcción de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas.

En el resto de obras que no se encuentren comprendidas en los anteriores supuestos, será necesaria la elaboración de un EBSS. Sendos estudios, tanto en su formato básico como ordinario, deberán ser elaborados por el coordinador de seguridad y salud de existir éste en la obra o, en su defecto, por un técnico designado *ad hoc* por el promotor. Merece resaltarse nuevamente que el mero encargo de la elaboración del informe en ningún caso eximirá al promotor de su responsabilidad, pues esta aparece configurada como de naturaleza objetiva y abarcará incluso la derivada de las deficiencias de este documento, aunque estas sean tributarias de la falta de diligencia de los técnicos designados para su elaboración (art. 12.24, b LISOS).

En cuanto a su contenido, podemos decir que se trata de un informe ciertamente complejo, siendo especialmente prolijo para el ESS y rebajándose el contenido mínimo exigido para el caso del EBSS. Así, para el primero de ellos, esto es, el ordinario, la norma en su art. 5.2 preceptúa que deberá contar, al menos, con los siguientes documentos: a) memoria descriptiva de los procedimientos y equipos que se van a emplear en la obra, identificando los riesgos presentes y los medios preventivos destinados a evitarlos o aminorarlos; b) pliego de condiciones particulares que contendrá la normativa aplicable a la obra así como información relativa a las máquinas, útiles, herramientas, sistemas y equipos preventivos; c) gráficos y esquemas necesarios para la aplicación de las medidas preventivas definidas en la memoria; d) mediciones de las unidades de seguridad y salud proyectadas; y e) presupuesto que cuantifique los gastos derivados de la aplicación y ejecución del ESS.

Por su parte, para el caso del EBSS la norma es bastante más laxa, no imponiendo una relación de documentos tasados que deba incluir, sino que aquí se limita a definir el objetivo que deberá cumplir este estudio, que será el de “precisar las normas de seguridad y salud aplicables a la obra”. Para ello, según lo dispuesto en el art.6.2, identificará los riesgos laborales que puedan ser evitados y las medidas técnicas necesarias para ello y referirá los riesgos laborales que no puedan eliminarse, especificando las medidas preventivas tendentes a reducirlos. Contendrá además medidas específicas relativas a los trabajos de especial peligrosidad enumerados en el anexo II del Real Decreto.

A diferencia de lo que ocurriría con la designación del coordinador de seguridad y salud, la elaboración del ESS/EBSS solo será preceptiva en aquellas obras que requieran proyecto de obras ex art. 2.2 LOE. Sobre esta medida preventiva la Directiva 92/57 sí que otorga cierto margen de maniobra a los Estados miembros al disponer en su párrafo segundo que éstos “podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones [...] salvo si se trata de trabajos que supongan riesgos específicos, tal y como se enumeran en el Anexo II”. Haciendo uso de esta licencia, el legislador español ha hecho depender la obligatoriedad del ESS/EBSS en función de que la obra en cuestión se encuentre comprendida o no entre las obras que requieren proyecto de edificación. O, al menos, eso parece. Sin que exista ningún precepto que así lo prevea expresamente, podemos llegar a dicha conclusión si observamos que,

según el art. 4.1 del RD 1627/1997, “el promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos”²⁷. Por otro lado, además, según el art. 5.3 del mismo cuerpo legal, “dicho estudio deberá formar parte del proyecto de ejecución de obra o, en su caso, del proyecto de obra, ser coherente con el contenido del mismo y recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra”.

Como decíamos, la redacción de la norma no es, sobre este extremo, todo lo contundente que cabría esperar. Sin embargo, las directrices públicas en la materia sustentan dicha hipótesis;²⁸ además, esta interpretación, como comprobaremos *ut infra*, también ha sido acogida por nuestros tribunales²⁹, y será, por tanto, sobre la que nosotros trabajaremos.

Por último, debemos tener presente que, hasta 2010, el RD 1627/1997 –al igual que la Directiva 92/57/CEE– imponía en su art.18 al promotor el deber de cursar ante la autoridad laboral el aviso previo al inicio de las obras. Este artículo, sin embargo, fue derogado por el apartado dos de la disposición derogatoria única del RD 337/2010³⁰. La funcionalidad de este aviso previo queda ahora cubierta por la comunicación de apertura, cuya elaboración y presentación se le encomienda al contratista según dispone el art. 6.3 *Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales*.³¹ Dicho esto, aunque el deber de realizar la comunicación de apertura recaiga sobre el contratista, debemos tener presente también lo dispuesto en ese mismo art. 6.3 del R.D. 1/1986 *in fine*, según el cual “el promotor deberá velar por el cumplimiento de la obligación impuesta al contratista”; deber de vigilancia que es reiterado con más concreción en el art. 5 *in fine* de la *Orden TIN/1071/2010, de 27 de abril, sobre los requisitos y datos que deben reunir las comunicaciones de apertura o de reanudación de actividades en los centros de trabajo*, el cual hace recaer sobre el promotor solidariamente la responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de cualquiera de los requisitos de las comunicaciones de apertura que deban presentarse en las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación del R.D. 1627/1997. Extensión de responsabilidad al promotor que se hace sin ninguna distinción en función de que se trate de un profesional o de que se trate de un particular o cabeza de familia.

²⁷ Contenido que se repite en el art. 4.3 y en los arts. 5.1 y 6.1 al indicar que, tanto el ESS como el EBSS, se elaborarán “durante la elaboración del proyecto de obra”.

²⁸ En este sentido, el INSHT, en sus *Directrices Básicas para la Integración de la Prevención de los Riesgos Laborales en las Obras de Construcción*, prevé solo la elaboración del ESS en las obras en las que sea necesaria la elaboración de un proyecto. (Pág. 8 y 9). De igual forma, las NTPs nº1071 y 1072 de este mismo organismo, afirman que “el estudio de seguridad y salud o estudio básico de seguridad y salud, según corresponda, forma parte del proyecto de obra. Por lo tanto, en las obras que carecen de proyecto no se dispondrá de estos documentos” (NTP nº 1071, pág.1).

²⁹ SAP de Madrid de 25 de octubre de 2013 núm. 79/2013 y STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada núm. 1433/2011 de 13 de junio de 2011.

³⁰ RD 337/2010 de 19 de marzo, *por el que se modifican el R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el R.D. 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción*.

³¹ Introducido por el introducido por el art. 7.2 de la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*.

4. DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL CABEZA DE FAMILIA DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. LA PREVISIÓN DEL ART. 42.2 ET COMO VÍA DE EXONERACIÓN

Una de las principales dificultades que afrontamos en este trabajo es la inexistencia de un número abundante de resoluciones judiciales que hayan abordado el asunto que nos ocupa y que nos puedan servir para complementar las tesis que aquí planteamos. Dicho lo anterior, es cierto que en las escasas resoluciones judiciales encontradas podemos entrever una tendencia mayoritaria que pasa por estimar la irresponsabilidad del cabeza de familia con apoyatura en la vía de exoneración prevista en el art. 42.2 ET.

En este sentido, y por citar la más reciente, la STSJ de Andalucía Sala de Sevilla, (sección 1ª) núm. 1354/2016 de 18 de mayo de 2016, al abordar la eventual responsabilidad derivada de accidente de trabajo del propietario de una vivienda en la que se efectuaban unas obras de reforma, nos dirá en su F.Jº 3 que:

«(...)aunque conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, pudiese considerarse el promotor de la obra, toda vez que la norma citada considera promotor a "cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título", no procede extender a Don Ernesto, ninguna responsabilidad derivada del accidente que sufrieron los trabajadores actores, pues resulta aplicable a este supuesto, lo dispuesto en el artículo 42.2 de Estatuto de los Trabajadores (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que, aunque hoy derogado, se aplica por razones temporales ya que era el texto vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos enjuiciados), en la redacción proporcionada por Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, que por lo que aquí interesa decía, "No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda , así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial", revelándose el supuesto enjuiciado como el supuesto típico de aplicación de la exclusión de responsabilidad, por aplicación de la excepción que establece la norma aludida pues, habiendo encargado un particular la ejecución de una obra en vivienda de su propiedad, aunque el mismo promueva la obra, ni actúa como empresario, ni realiza el encargo ni contrata la ejecución, a los trabajadores, por razón de «una actividad empresarial», y en lógica conclusión, no puede extenderse al dueño de la obra la responsabilidad que pretenden los recurrentes, pues al no actuar como empresario no le es exigible la diligencia en relación a las medidas de seguridad respecto de los trabajadores que elaboran en la obra de su vivienda, que le es exigible al empresario que los contrata, y por cuya cuenta trabajan. Así pues, y al hilo con lo resuelto en supuesto semejante por la sentencia de este mismo Tribunal Superior de Justicia, Sala de Granada, en sentencia de 2 de julio de 2002 y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 noviembre de 2012, ha de ser desestimada la pretensión de condena del propietario de la obra, confirmando el pronunciamiento al respecto efectuado por la sentencia de instancia.»

Con similar argumentación, además de las ya reseñadas en el extracto transcrito, podemos añadir las SSTSJ de Andalucía/Granada (Sala de los Social, Sección 2ª) núm.

696/2004 de 24 Febrero de 2004³² y de Aragón, (Sala de los Social) núm. 517/2001 de 7 de octubre de 2001.

Por todo lo que hasta aquí hemos expuesto, entendemos –dicho sea en los más estrictos términos de análisis crítico-jurídico–, que la sentencia transcrita –así como las otras citadas de referencia, que se expresan en términos casi idénticos– adolece de un *iter* argumentativo incompleto, pues aunque se planteaba la posible responsabilidad del cabeza de familia como promotor –la propia sentencia parte de la condición de promotor del cabeza de familia–, en ningún momento se analiza el cumplimiento o no de las medidas que la legislación le atribuye a éste. Es más, y para abundar en nuestro disenso, en la fundamentación jurídica de la resolución no se menciona ni una sola vez el RD 1627/1997, el cual, en cualquier caso y como hemos visto, sería el cuerpo legal que daría lugar a una eventual atribución de responsabilidad al promotor.

La exoneración del promotor-cabeza de familia pasa en estas sentencias por la invocación del art. 42.2 ET; según este precepto:

“El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”.

Sin embargo, como se puede apreciar –y como ya habíamos adelantado– lo que establece este precepto *in fine*, como excepción a la regla general, es la exoneración para el cabeza de familia de la responsabilidad solidaria emanada “por los actos del contratista”. Se trata así de una exoneración de la responsabilidad derivada de hecho ajeno, pero que en nada afecta a las responsabilidades propias del promotor que recaen específicamente sobre éste en virtud del R.D. 1627/1997y que son la elaboración del ESS/EBSS y la designación de un coordinador de seguridad y salud; obligaciones estas sobre las que no se pronuncian las sentencias citadas. Además, hay que señalar que el art. 42.2 alude únicamente a *obligaciones de naturaleza salarial* y de la *Seguridad Social*, y que, por ende, entendemos, no alcanza a la eventual responsabilidad administrativa, civil o penal que se le pudiese imputar, en su caso, a un cabeza de familia.

³² Esta misma Sala (sección 1ª), esta vez *obiter dictum*, descartará nuevamente la responsabilidad del cabeza de familia con base en el art. 42.2 ET en su sentencia de 14 de diciembre de 2016 núm. 2804/2016, F.º tercero *in fine*.

Similar fundamentación a las anteriores sentencias tendrá la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 5575/2012 de 7 noviembre, con la significativa diferencia de que, en este litigio la parte actora sí que invocó la infracción de los arts. 2, 3.4,2.6 y 18³³ del RD 1627/1997 como incumplimientos expresamente atribuibles al promotor-cabeza de familia y, por tanto, como título de imputación de responsabilidad al mismo. Sin embargo, sin entrar a analizar la vulneración de dichos preceptos, el tribunal gallego absuelve al promotor cabeza de familia invocando nuevamente el art. 42.2 ET, en el entendimiento de que este:

“(…) es claro cuando señala que no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de la actividad empresarial”. Y partiendo de tal exclusión es cómo han de ser interpretadas las obligaciones que el RD 1627/1997 impone a un promotor profesional, que se lucre de la obra ejecutada, pero no cuando se trata de promotores particulares como sucede en el caso de autos, en el que además de contratar la obra para el arreglo de la vivienda de su madre y suegra respectivamente, tal construcción nada tiene que ver con la actividad que habitualmente realizan…”.

Según el tenor literal del extracto transcrito, la Sala gallega sostiene que el RD 1627/1997 impone obligaciones únicamente al promotor profesional. Nuestra opinión, discrepante con este razonamiento, se basa en lo ya argumentado en nuestro epígrafe anterior y, remitiendo al mismo para no caer en juicios tautológicos, baste aquí reiterar la concepción amplia de promotor que configura el RD 1627/1997, y la inexistencia de un régimen normativo diferenciado en función de la profesionalidad o no del mismo. Respecto a la invocación del art. 42.2 ET que también hace el TSJ de Galicia, nos reafirmamos en lo recién dicho: es válido para exonerar al cabeza de familia de la responsabilidad solidaria derivada de los incumplimientos del contratista, pero la absolución del promotor debería pasar por examinar el cumplimiento de los deberes que, como tales, le son propios y no quedan cubiertos por la cláusula del art. 42.2 ET.

Por lo expuesto, en sentido contrario a las anteriores resoluciones, para nosotros alcanza un examen más completo de la normativa aplicable la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo Sala de Granada núm. 1433/2011 de 13 de junio de 2011. Tratando de sintetizar sus antecedentes fácticos, podemos decir que se enjuiciaba el supuesto de un accidente de trabajo que provocó la muerte de un albañil en noviembre de 1998, cuando se encontraba realizando la construcción de un altillo o habitación de aproximadamente 16 m² en un chalé. Esta edificación era la segunda residencia del promotor cabeza de familia, quien contrató directamente a los tres trabajadores autónomos que intervinieron. La investigación de la Inspección de Trabajo concluyó que no disponía de licencia de obras así como tampoco de EBSS ni del correspondiente proyecto técnico, lo que condujo a la Inspección de Trabajo a imputar la infracción del art. 4 del Real Decreto 1627/1997, y a calificar los hechos como constitutivos de una infracción grave prevista a la sazón en el art. 48.8 de la LPRL (hoy art. 13.10 de la LISOS) “no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa

³³ Este último artículo relativo a la comunicación del inicio de obras hoy ya derogado, como vimos *supra*.

sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”. Concretándose en la sanción de 8 millones de pesetas.

El promotor recurrente estructuró su defensa sobre tres pilares diferenciados, a saber: a) que no puede tener el recurrente la consideración de promotor de las obras, puesto que se trata del propietario particular de una vivienda que contrata a los trabajadores autónomos para la realización de las obras, en aplicación del art. 2.1h) del RD 1627/1997; b) la escasa envergadura de la obra y, por tanto, la no necesidad de proyecto de construcción ni de EBSS; y c) con carácter subsidiario, la pretensión de rebajar la sanción estimando más acertada la tipificación de los hechos con la infracción grave prevista entonces en el artículo 47.6 de la ley 31/1995 “Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra”.

En el apartado de fundamentación jurídica, el primero de estos alegatos es rebatido contundentemente por el TSJ andaluz, al sostener la asunción de obligaciones preventivas por parte del cabeza de familia por imposición del RD 1627/1997 y al manifestar categóricamente que “el incumplimiento de la obligación de elaborar el estudio básico de seguridad alcanza exclusivamente al propietario de la obra en cuanto es promotor de la misma” (F.J.º5º). O, de forma más firme si cabe, cuando afirma que “la inexistencia del estudio de seguridad reseñada en el acta así como la inexistencia de las medidas preventivas mínimas exigibles [...] constituyen un incumplimiento de las obligaciones impuestas de manera directa y específica al promotor” (F.J.º 6º).

Vemos cómo, partiendo de la condición de promotor del cabeza de familia, le atribuye las obligaciones que les son propias como tales; entre ellas y para el caso concreto, la elaboración de un EBSS previsto en el art. 4 del RD1627/1997, y ello sin ningún tipo de distinguo en atención a la profesionalidad o no de éste.

La segunda de las tesis abroqueladas por el actor, la relativa al carácter menor de la obra, merece también nuestra atención. Alega el recurrente que se trata de una obra menor y que, por tanto, no era preceptiva la elaboración de un proyecto de obra y, por ende, tampoco de un EBSS. Sin embargo, el TSJ de Andalucía, recogiendo la doctrina del TS sobre los caracteres que clasifican las obras como menores³⁴ –sencillez técnica y escasa entidad constructiva y económica, consistiendo normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoración, ornamentación o cerramiento–³⁵concluye:

“que aunque la construcción era económicamente de menor importancia, desde el punto de vista de la seguridad de quienes la realizaban así como de la propia construcción se

³⁴ Aunque la Sentencia es del año 2011, los hechos que se enjuician en la misma se remontan al año 1998. Esto – al margen de invitar a una reflexión sobre la demora de la jurisdicción contencioso-administrativa– es lo que explica que el TSJ, para identificar cuáles son las obras menores no necesitadas de proyecto de obras, acuda a la jurisprudencia y no a la *Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, la cual, como ya hemos comprobado, realiza en su art. 2.2 una numeración exhaustiva de las obras que requieren de este proyecto.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 febrero 1984 (RJ 1984\1083)

trataba de una obra que excede ampliamente de la remodelación arreglo o transformación de lo ya construido, antes bien se producía una elevación en altura, y por ello la necesidad de construir un forjado con vigas y otros elementos estructurales, lo que indica claramente que se trata de una obra necesitada de proyecto técnico, y por tanto de estudio básico de seguridad” (F.J.º6º).

Analizando el razonamiento, podemos colegir –para confirmar lo ya expuesto anteriormente– que uno de los elementos que conforman la *ratio decidendi* es el carácter preceptivo del proyecto de obra en el caso concreto enjuiciado, y cabría inferir, *a contrario sensu*, que de haberse estimado innecesario dicho proyecto, el fallo habría sido de signo distinto, pues no habría existido incumplimiento alguno achacable al promotor al no ser en tal supuesto preceptivo el EBSS³⁶.

En cualquier caso, como hemos comprobado, esta última sentencia contradice en gran medida la tendencia mayoritaria que pasa por la absolución del propietario en base al art. 42.2 ET. Sin embargo –relativizando el criterio cuantitativo– estimamos que alcanza un examen más exhaustivo de la cuestión que las anteriormente referidas. No estamos sosteniendo que el propietario de la vivienda sea responsable *per se* de una infracción en materia de prevención de riesgos ante el acaecimiento de un accidente en la obra, pero tampoco estimamos que, en el actual marco legislativo, sea dable establecer una irresponsabilidad apriorística en base a su no profesionalidad o en base a la exoneración prevista en el art. 42.2 ET, la cual solo se refiere a la responsabilidad del cabeza de familia por los actos del contratista, pero no libera a éste de las obligaciones que se le atribuyen *ope legis* como promotor. Como dijera Alfonso Mellado cuando analizaba las responsabilidades preventivas de los terceros ajenos a la relación laboral, “pueden existir terceros responsables y siempre que se den los supuestos normativamente previstos no hay exclusiones al respecto. Esto es importante porque no puede establecerse una regla general que exonere siempre y en todos los supuestos a una determinada categoría de terceros (promotores, propietarios, compañeros de trabajo, etc.)”³⁷.

5. LA IMPUTABILIDAD DEL CABEZA DE FAMILIA EN LOS DISTINTOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD: ADMINISTRATIVA –CON REFERENCIA AL RECARGO DE PRESTACIONES–, CIVIL Y PENAL

Con lo hasta aquí dicho habríamos cumplido el objetivo principal de este trabajo, tal y como era el de mostrar la condición de obligado en materia de prevención del cabeza de

³⁶ Precisamente este mismo razonamiento lo encontramos en la SSAP de Madrid de 25 de octubre de 2013 núm. 79/2013 en la que se absolvía al promotor –no era cabeza de familia pero es indiferente a los efectos de cuanto nos interesa, pues era empresario ajeno a la actividad de la construcción que encargaba una nave para su uso propio, siéndole aplicable por tanto la exoneración del art. 42.2 al igual que al cabeza de familia–. Entendía la Audiencia, tras hacer un repaso por normativa aplicable y enumerar las obligaciones que asume el promotor como tal, “que corresponde al promotor de la obra llevar a cabo, por sí o por un técnico, el estudio de seguridad y prevención. Ahora bien, el “estudio básico” de seguridad y salud forma parte del “proyecto” por lo que no será necesario cuando no sea necesario un proyecto constructivo. Ello nos remite una vez más a la ley de Ordenación de la edificación en cuyo artículo 2.2 se definen las obras que precisan de proyecto entre las que no se encuentran las pequeñas obras de reparación como la que nos ocupa en el presente caso”.

³⁷ ALFONSO MELLADO, C. L.: *La Responsabilidad de “Terceros” por Accidente de Trabajo*. Ponencia presentada a las *XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social*. Disponible en www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=18 (Consultado el 28-12-2016).

familia cuando acomete la reforma o construcción de su vivienda, al menos desde la interpretación normativa que nosotros estamos manteniendo. Cuestión distinta y de cierta complejidad técnica es la de abordar las posibles responsabilidades en las que podría incurrir este sujeto ante la inobservancia de las obligaciones que asume legalmente. Como es sabido, los incumplimientos en materia de prevención pueden dar lugar al nacimiento de tres tipos de responsabilidades: administrativa, civil y penal. Tres tipos de responsabilidades independientes, compatibles y regidas por principios rectores heterogéneos. Cuando se aborda la operatividad de estos regímenes de responsabilidad en el ámbito laboral, suele hacerse desde la óptica de la relación empresario-trabajador. Por ello, la forma en la que se le aplicarían los criterios de imputación de cada uno de estos regímenes jurídicos a un sujeto ajeno a la relación laboral y alejado del rol de empresario como es el cabeza de familia, es una cuestión en gran medida inexplorada y que requiere de un estudio pormenorizado.

Descartando aquí de plano acometer dicho análisis exhaustivo, nos gustaría, para cerrar, ofrecer unas breves tesis –sin duda, necesitadas de mayores aclaraciones– sobre la aplicación de estos regímenes de responsabilidad a nuestra figura de marras, prestando especial atención a su posible imputación penal.

a) En primer lugar y en cuanto a la responsabilidad administrativa, siguiendo la norma base en la materia, la LISOS, podemos decir que la misma no deja margen a la duda. El art. 2.8 nos presenta al promotor como un potencial sujeto responsable de la infracción derivada de las acciones u omisiones que la norma tipifica como ilícitos administrativos laborales, y ello lo hace sin ningún tipo de distingo en atención a la profesionalidad o no de éste. Es más, la enumeración contenida en el meritado precepto, en la que se refiere separadamente a “los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra”, hace pensar que el legislador ha querido remarcar la responsabilidad del promotor y del propietario de la obra aun cuando este no merezca la calificación de empresario a efectos laborales.

Además la LISOS, enumerará en la Sección II “*Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales*”, del Capítulo II infracciones específicas relacionadas con el R.D. 1627/1997 en las que el sujeto activo será el promotor y que recoge en el apartado 24 del art. 12, las cuales son tipificadas como graves.

b) Dentro de la responsabilidad administrativa, pero con sustantividad propia, cabe referirse al recargo de prestaciones previsto en el actual art. 164 LGSS. Sin entrar aquí a discernir sobre su naturaleza sancionadora o reparadora, y soslayando la discusión relativa a la compatibilidad del mismo con el resto de responsabilidades, inclusive la civil; se ha afirmado doctrinal³⁸ y judicialmente³⁹ que el promotor es un potencial sujeto responsable en materia de recargo de prestaciones. Sin embargo, tal aseveración se ha hecho sobre la base fáctica de un promotor que opera profesionalmente en el tráfico económico, siendo por tanto

³⁸ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales*. Revista de Información Laboral num.9/2014 parte Art. Doctrinal Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. BIB 2014\3784

³⁹ STSJ Cataluña de 28 de enero de 2009, Sentencia núm. 767/2009, Sentencia STSJ Andalucía núm. 2825/2010, de 24 de noviembre, STSJ Castilla y León de 31 de octubre de 2012, STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 1940/2015 de 14 abril., STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 2841/2010 de 1 diciembre.

empresario siquiera a efectos mercantiles. Para el caso del cabeza de familia entendemos que no es extrapolable dicha conclusión, pues el art. 164 hace clara mención al “*empresario infractor*”, al cual identifica como el sujeto responsable del pago. Aunque el recargo no es *strictu sensu* una disposición sancionadora, es pacífica la aplicación análoga al mismo de los principios rectores del procedimiento sancionador⁴⁰ y, entre ellos, el principio de tipicidad así como el de interpretación más favorable al presunto infractor. Estos principios garantistas, por lo dicho, impedirían una eventual atribución de responsabilidad por tal concepto al cabeza de familia en tanto que este, bajo ningún concepto, puede entenderse empresario ni a efectos laborales pero ni tan siquiera a efectos mercantiles.

c) En segundo lugar, en lo tocante a la responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo, nada empuja a que el cabeza de familia sea declarado responsable civil directo de existir una relación de causalidad entre el daño irrogado y la omisión de las medidas de seguridad que le conciernen como promotor. Como se ha dicho, la omisión “es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o comercial de obrar”.⁴¹ En el ámbito de la prestación de trabajo, aunque la deuda de seguridad esencial se produce en la relación empleado-empleador, ésta no es la única relación en la que existen obligaciones en materia de riesgos laborales, sino que estas pueden extenderse a “otras personas por la posición que ocupan en la gestión de la prevención en atención a la que las normas les asignan obligaciones específicas”⁴². Para el caso del que nos ocupamos, el deber legal de obrar del cabeza de familia lo encontramos recogido en el R.D. 1627/1997, el cual, como venimos postulando, impone al promotor la misión de designar a un coordinador de seguridad y la elaboración de un ESS, por lo que cabría definirlo ante una eventual omisión de dichos deberes legales como un sujeto responsable civilmente siempre que –reiteramos– entre dicha omisión y el acaecimiento del accidente exista una efectiva relación de causalidad, lo cual no ocurrirá en todos los casos. Tengamos presente que las obligaciones que asume el promotor –sin pretender aquí poner en duda su eficiencia o utilidad en la reducción de la siniestralidad laboral– no dejan de ser medidas preventivas “accesorias o complementarias”⁴³ tendentes a facilitar la integración de la gestión preventiva de los contratistas; los cuales, como empresarios a efectos laborales, son los principales deudores de seguridad de sus empleados y los que más obligaciones y facultades asumen en el establecimiento de los mecanismos de seguridad y salud en la obra.

En cualquier caso, será, por lo dicho, el R.D. 1627/1997 y los deberes que impone el que sirva de título de imputación de responsabilidad civil al promotor y el que han invocado nuestros tribunales cuando han condenado a éste por incumplimientos en materia de seguridad e higiene⁴⁴. Ahora bien, debemos advertir que no toda condena civil del cabeza de

⁴⁰ Por todos vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Civitas, Madrid, 1992. págs. 75-82.

⁴¹ DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*. Civitas, Madrid, 1999. pág. 287

⁴² ALFONSO MELLADO, C.L.: *La Responsabilidad de “Terceros” por Accidente de Trabajo*. Ponencia presentada a las XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social. Disponible en www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=18 (Consultado el 12-01-2017)

⁴³ GARCÍA FIGUEROA, F.: *Los Sujetos Activos de los Delitos contra la Seguridad y la Salud en el Trabajo. Especial Consideración al Sector de la Construcción*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, 2011. Pág. 169 y ss.

⁴⁴ Al menos al promotor profesional, en las SSTSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 2403/2008 de 30 junio; de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 6344/2008 de 24 de julio; de

(...)

familia deberá sustentarse en la omisión de las medidas de seguridad previstas en dicho cuerpo legal. Nuestro TS ha estimado la responsabilidad civil de un “*amo de casa*” por la muerte de un albañil en la obra de una vivienda en la que no era necesaria ninguna de estas medidas (por no ser necesario proyecto de obras, ni concurrir varios contratistas). Y ello lo hace con base a la existencia de riesgos evidentes que ponían en peligro la integridad del trabajador y tomando como referencia el canon de diligencia que representa el *bonus pater familias* ex. art. 1104 CC.⁴⁵

d) Cuestión más controvertida, y a la que aquí quisiéramos hacer siquiera una sucinta mención, es la de la posible responsabilidad penal del cabeza de familia derivada de un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo previsto en los art. 316 y 317 C.P. Disponen estos preceptos que:

Artículo 316

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Artículo 317

“Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

Sendos artículos constituyen ejemplos prototípicos de lo que conocemos como norma penal en blanco o norma de remisión, de tal forma que se hace necesario acudir a la normativa extrapenal, en este caso laboral, para determinar los sujetos que pueden ser imputados como autores del mismo. Se trata de un delito especial en el que la condición de sujeto activo solo podrá recaer en aquellos individuos obligados legalmente a facilitar

Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 25/2013 de 10 enero y de Andalucía, Sede en Málaga (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 880/2015 de 28 mayo.

⁴⁵ SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 374/2011 de 31 mayo de 2011 en su F.J.º2º: “la responsabilidad es imputable al demandado, que conocía estas circunstancias, y no hizo nada para tratar de prevenir un riesgo previsible y potencial, pues por lo descrito concurrían en el momento de los hechos las circunstancias necesarias para que el accidente pudiera producirse, dada la ausencia total de medidas de protección. Frente a ello, no puede alegar el demandado que a él no le incumbía la adopción de medida de protección ninguna por ser “amo de casa”, porque las obras ejecutadas eran mínimas, sin necesidad por tanto de haber elaborado proyecto en el que se adoptaran medidas de seguridad, y porque el demandado no tenía contrato laboral alguno que vinculase a las partes, pues estas circunstancias son absolutamente ajenas al acto culposo en su dimensión civil, ya que la culpa del demandado conforme a la doctrina citada (que es la contemplada en el art. 1104 del Código Civil), consiste en la omisión de la diligencia que exija el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, esto es, la diligencia que correspondería a un buen padre de familia, medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto” Y exigible según las circunstancias, es la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a persona razonable correspondiente al sector del tráfico o de la vida social, cualificados por la clase de actividad a enjuiciar. En este caso se trata de una obra en construcción, y por todos es sabido el riesgo existente en este sector, y ya se estuviera poniendo únicamente tabiquería nueva en el interior del edificio, o ya se estuvieran levantando dos plantas, lo cierto es que el lugar en que se ha considerado probado que cayó Don. José María, existían huecos a considerable altura sin protección de ningún tipo”.

medios de seguridad a los trabajadores. Como venimos aquí sosteniendo, según la normativa específica, el cabeza de familia, en tanto que promotor, es un sujeto obligado en materia de prevención, con lo cual, al menos *prima facie*, cabría considerarlo como un posible sujeto activo de este delito.

De entrada, aunque hay opiniones en contra⁴⁶, podemos sostener la condición de sujeto activo del promotor profesional⁴⁷, y si bien los tratados doctrinales no suelen hacer referencia específica al promotor al abordar la cuestión del sujeto activo del art. 316 C.P., sí existe el criterio generalizado de que el tipo no se refiere solo a los empresarios sino que comprende también a los mandos intermedios de éste y a terceros ajenos a la relación laboral que de una manera u otra asumen obligaciones jurídico-preventivas en el seno de la misma⁴⁸, verbigracia los integrantes del servicio de prevención ajeno y los fabricantes e importadores. Así las cosas nada empece a la consideración de sujeto activo del promotor, y muestra de ello es la multitud de resoluciones en las que éste acaba condenado o, al menos, considerado imputable como potencial autor de un delito contra la seguridad e higiene de los trabajadores del art. 316⁴⁹. Dicho lo anterior, toca ahora dilucidar si esta imputabilidad del promotor presenta alguna particularidad para el caso que aquí nos ocupa, es decir, cuando la cualidad de promotor la ostente un particular no profesional o cabeza de familia.

Desde el plano estrictamente normativo bien cabría ofrecer de forma inmediata una respuesta negativa, pues ante tal eventualidad la responsabilidad penal no se ve en modo alguno atemperada o modulada por ningún precepto positivo. Sin embargo no lo han entendido así nuestros tribunales. En tal sentido, la Sala 2ª de nuestro TS, en su Sentencia de 7 de febrero de 2005 núm. 125/2005, en vía de recurso de revisión, declara la no responsabilidad penal del propietario de la vivienda una vez que en el orden jurisdiccional social se ha desvirtuado la existencia de relación laboral entre el trabajador accidentado y aquel, de tal suerte que:

“Si el contenido de la conducta imprudente, según se declara, consiste en el incumplimiento de sus obligaciones en orden a la seguridad de los trabajadores como empleador le exige la regulación específica, la inexistencia de esa condición se convierte en relevante, pues de no concurrir, no existiría la obligación cuyo incumplimiento ha sido determinante, según el relato fáctico, de la precipitación y fallecimiento acaecido y que le es imputable objetivamente. La declaración del Tribunal de la jurisdicción laboral, en sentencia firme, negando la condición de empleador, en el sentido laboral del término, hace que no

⁴⁶ GARCÍA FIGUEROA, F: *Los Sujetos Activos de los Delitos contra la Seguridad y la Salud en el Trabajo. Especial Consideración al Sector de la Construcción*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, 2011

⁴⁷ A favor de la consideración del promotor como sujeto activo del tipo delictivo del art. 216 C.P. MORALES GARCÍA, O: *Régimen de Responsabilidad Penal Derivada de la Siniestralidad Laboral...Opo.cit.*, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones....Op.cit.* y RAMÍREZ BARBOSA, P.A: *El Delito contra la seguridad y Salud en el Trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal*. Iustel. Madrid, 2007. Pags. 274-276.

⁴⁸ ALFONSO MELLADO, C. L: *La Responsabilidad de “Terceros...” Op.cit.* y TORRADILLOS BASOCO, J.M.: *Responsabilidades Penales. En AAVV. Tratado de Prevención...Op.cit.*

⁴⁹ SSTSJ de Aragón (sección 3ª) núm. 146/2005 de 28 de febrero; de Andalucía sede en Granada (sección, 2ª) núm. 716/2.008 de 24 de noviembre, SSAP de Almería (Sección 1ª) núm. 126/2013 de 13 mayo; de Madrid (Sección 6ª) núm. 247/2014 de 24 abril; de Madrid (Sección 23ª) núm. 659/2002 de 15 noviembre; de Álava (Sección 2ª) núm. 165/2002 de 22 octubre; de Las Palmas (Sección 6ª) Sentencia núm. 48/2010 de 4 enero y SJP núm. 1 de Reus (Provincia de Tarragona) núm. 213/2005 de 15 junio.

pueda declararse, como se fundamenta en la sentencia condenatoria, la omisión de sus obligaciones como empleador” (F. Jº. Único).

En igual sentido, citando a esta sentencia del TS y descartando la consideración de sujeto activo del promotor cabeza de familia por no existir relación de dependencia con el trabajador accidentado, encontramos la SAP de La Coruña núm. 163/2008 de 24 de abril y la SAP de Valencia de 5 de diciembre de 2014 nº 950/2014.

Como vemos, en el ámbito penal la absolución del promotor –cabeza de familia no se ha fundamentado en la invocación del art. 42.2 ET, sino que se ha basado en la inexistencia de vínculo laboral y en la no cualidad de empleador del promotor, entendiendo el TS que no se trata de un obligado legalmente a facilitar medios de prevención tal y como exige el tipo penal. Aunque nuestro parecer con las sentencias citadas es discrepante⁵⁰ –dicho sea en estrictos términos de crítica jurídica–; aceptando este razonamiento deberíamos entender que se ha añadido, por vía judicial, un nuevo elemento al tipo penal contemplado el art. 316 y que excede del tenor literal del mismo, como es el de capacidad de mando o subordinación laboral. Así, según este criterio judicial, para considerar que el sujeto activo es un obligado en materia de prevención de riesgos se requiere que este ejerza las veces de empresario laboral o que exista un vínculo de dependencia con el trabajador, de tal forma que, desvirtuada la existencia de relación laboral, no habrá margen para la imputación penal del promotor cabeza de familia. Reiterando nuestro disenso de dicho razonamiento, y aunque el mismo no aparezca consolidado como doctrina jurisprudencial *ex art. 1.3. CC*, cabría sostener a los efectos de este artículo que la responsabilidad penal prevista en los arts. 316 y 317 no afectarán al promotor cabeza de familia, aunque –entendemos– esta es una hipótesis discutible y merecedora de un análisis más exhaustivo que el aquí acometido.

⁵⁰ Nuestra discrepancia nace en cuanto se define al particular propietario de la vivienda como un sujeto no obligado en materia preventiva, sin embargo, entendemos que dicha cuestión no es analizada haciendo un examen de la normativa de referencia. En ninguna de las sentencias citadas se menciona ni una sola vez el RD 1627/1997, que sería, en cualquier caso, el que daría pie a una eventual imputabilidad del promotor cabeza de familia, y para acordar la absolución de éste se remite únicamente a la normativa general de referencia, concretamente al art. 14 LPRL y al art. 1 ET. Consideramos –reiteramos, en los más humildes términos de crítica académica– que, aunque quizás el fallo que podría alcanzarse fuese el mismo y cupiese la absolución con otra cobertura jurídica, sendos tribunales deberían haber analizado las obligaciones previstas en dicho RD 1627/1997 y haberse pronunciado sobre si estas son o no título suficiente para considerar al propietario particular de la vivienda como sujeto legalmente obligado en materia de PRL y por tanto, potencial sujeto activo del delito que analizamos. La Sentencia del TSJ de Galicia sostiene la absolución del promotor cabeza de familia con la base de que “No son empresarios, ni siquiera en el más amplio sentido del término. No ostentan poder de dirección sobre la empresa contratista a la que pertenecía el trabajador fallecido y éste no está sometido al poder disciplinario y organizativo de aquellos”, argumentación que, de forma menos pormenorizada, aparece implícita también en la Sentencia del TS que sirve de base a la misma. Sin embargo, como hemos visto, entre los elementos del tipo penal del art. 316 no se encuentran el de “poder de dirección”, la cualidad de “empresario”, o la ostentación de un “poder disciplinario u organizativo”. Si aceptamos la hipótesis por la cual solo serán sujetos activos del delito aquellos que asuman un poder de dirección efectivo sobre los trabajadores, la misma no solo sería válida para absolver al cabeza de familia, sino también a cualquier promotor que no asuma, además, la posición de contratista y sobre el cual, por tanto, no quepa predicar las notas de dirección y organización laboral. Sin embargo, como hemos dicho, es copiosa la jurisprudencia que atribuye expresa responsabilidad penal al promotor empresario cuando este omite sus deberes impuestos por el RD 1627/1997. Además, reiteramos, se ha aceptado doctrinalmente que la responsabilidad penal del art. 316 alcanza a sujetos ajenos a la relación laboral pero obligados en materia de prevención.

6. CONCLUSIONES

Ya en sede de conclusiones, teniendo aquí más cabida la percepción subjetiva del autor sobre la temática analizada, quisiéramos advertir que no estamos defendiendo la oportunidad o la idoneidad de la atribución de obligaciones preventiva al cabeza de familia; dicha atribución, no solo en términos de equidad y justicia material nos parece desproporcionada, sino que, además, creemos que colisiona con los principios inspiradores de nuestro Derecho laboral, donde la condición de deudor de seguridad tradicionalmente ha venido fundada en el ejercicio de una actividad económica y en el riesgo inherente a la misma, así como en la capacidad de dirección que asume el empresario en los procesos de trabajo. Si desde esta premisa la atribución de responsabilidad preventiva ya nos parece desacertada y excesiva para el promotor profesional –en cuanto que su participación en el desarrollo de la actividad laboral es indirecta–, con mayor motivo para el cabeza de familia, cuya posición en el proceso productivo se asemeja, en gran medida, a la de un consumidor o destinatario final de los servicios.

Dicho lo anterior, debemos admitir que la regulación que de la materia ha hecho el legislador obliga a sostener –a fuer de rigor jurídico– que el cabeza de familia, en determinados supuestos, asumirá ciertas obligaciones preventivas. Además, debemos concluir que esta atribución de obligaciones *ex lege* no es fortuita o consecuencia de un descuido del legislador patrio, sino que, por el contrario, representa una trasposición fiel de la normativa comunitaria en la materia, concretamente de la Directiva 92/57/CEE que atribuye obligaciones preventivas a un promotor al que define con carácter amplio, independientemente de su profesionalidad o interés lucrativo. Por ello, después del examen de la normativa de referencia, los motivos que nos llevan a sostener la hipótesis de la asunción de responsabilidad en materia de prevención de riesgos por parte del cabeza de familia pueden sintetizarse a modo de epítome como sigue:

- a) El promotor, independientemente de que participe activamente en los procesos de trabajo, asume obligaciones preventivas con respecto a los trabajadores que ejecutan la obra. En concreto vendrá obligado a encargar la elaboración de un ESS o EBSS y a la designación de un coordinador de seguridad y salud siempre que se den los presupuestos para ello (necesidad de proyecto de obras ex art. 2.2 LOE para el ESS/EBSS y concurrencia de varios contratistas para el coordinador de seguridad y salud).
- b) El RD 1627/1997 contiene una definición abstracta de promotor, de tal suerte que abarca a todo sujeto por cuenta de quien se realice una obra, independientemente de su personalidad jurídica, su profesionalidad o su habitualidad. Lo cual hace merecedor de la calificación de promotor al cabeza de familia que encargue la construcción o reforma de su vivienda, ello amén de otros sujetos no profesionales como pueden ser las comunidades de propietarios o las cooperativas de viviendas.
- c) Ni el RD 1627/1997 ni ninguna otra norma de nuestro Derecho positivo contiene un precepto que exima o module la responsabilidad por incumplimiento del promotor para cuando este tenga la consideración de cabeza de familia. Y, aunque alguna vez se ha absuelto al mismo por vía del art. 42.2 ET, debemos reiterar que, dicho artículo, prevé una exoneración de responsabilidad por los incumplimientos del contratista; pero no alcanza a la responsabilidad propia del promotor por la omisión de las medidas preventivas a las que viene obligado. Además, no debemos olvidar que este precepto se refiere únicamente a obligaciones salariales y de seguridad social.

Con todo, hemos recogido pronunciamientos jurisdiccionales que se separan de este razonamiento, y aunque no es pacífica la doctrina judicial, hemos de apuntar que la tendencia mayoritaria pasa por la absolución del promotor cabeza de familia con base en el art. 42.2 ET. Nosotros hemos tratado de justificar nuestra discrepancia con dicho criterio, pero no porque entendamos que el cabeza de familia sea responsable siempre y en todo caso, sino porque entendemos que el análisis de su responsabilidad debe hacerse atendiendo a la casuística del caso concreto, sin que –en nuestra opinión– sea ajustada a Derecho una absolución *a limine* basada en su no profesionalidad o su no cualidad de empleador, no al menos –y por lo dicho– en el actual estado de cosas legislativo.

En cualquier caso y para finalizar, es claro que si aceptamos la hipótesis de que el cabeza de familia es un deudor de seguridad más en el proceso de construcción, y si consideramos, además, que esta es una opción legislativa consciente y decidida, existen entonces dos líneas de actuación por las que debería de pasar la acción de los poderes públicos competentes en la materia:

- a) De un lado, por conseguir la clarificación de un régimen jurídico en gran medida obscuro y abigarrado. Si se quiere atribuir responsabilidad a un sujeto que participa esporádicamente en el proceso de construcción y que no tiene por qué estar familiarizado con los principios de la gestión preventiva, sería deseable que sus obligaciones y responsabilidades aparecieran precisadas en la norma con más nitidez, sin dar ningún margen a interpretaciones contradictorias.
- b) De otro lado, podemos pensar en la labor de concienciación que tienen ante sí las instituciones públicas competentes en materia de seguridad e higiene, pues resulta patente –al menos esa es nuestra percepción–, que la mayoría de la población desconoce las obligaciones preventivas que asume cuando acomete la reforma o construcción de su vivienda y, mucho menos, las responsabilidades que puede llevar anejas su incumplimiento.

Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro¹

Dependency, disability, invalidity and permanent disability. Aspects related to their determination and valuation. Meeting points

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

Resumen

En el ámbito de la protección social pública las situaciones de dependencia, discapacidad, incapacidad permanente e invalidez plantean numerosas situaciones controvertidas y de no fácil solución. Las distintas formas de valorarlas, los problemas que ello plantea y la consideración de si es factible encontrar puntos de encuentro entre ellas es el objetivo de este estudio.

Abstract

In the field of public social protection, dependency, disability, permanent disability and invalidity situations suggest many controversial and not easily resolved circumstances. The different ways of assessing them, the generated problems and the consideration of whether it is possible to find common points are the purposes of this study.

Palabras clave

dependencia; discapacidad; invalidez; incapacidad; valoración

Keywords

dependency; disability; invalidity; valuation

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la protección social pública las situaciones de dependencia, discapacidad, incapacidad permanente e invalidez plantean numerosas situaciones controvertidas y de no fácil solución. Delimitar el alcance de cada una de ellas resulta bastante complejo por varias razones: a) las normas que las configuran no ofrecen –en algunos casos– su concepto, por lo que en ocasiones debe acudir a los elementos que se suponen que las configuran y que resultan de su propio régimen jurídico; b) cada una de las mismas –en terminología de la Seguridad Social– ofrecen una cobertura para contingencias distintas; c) la protección a dispensar es distinta y puede ser reparadora, preventiva, recuperadora y rehabilitadora; d) tienen diverso un régimen de acceso, cuantía, duración, mantenimiento y extinción de la protección; e) un ámbito subjetivo unas veces universal y

¹ El presente trabajo se encuentra encuadrado dentro del Proyecto de Investigación Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. proyectos de I+D+I correspondientes al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, con referencia DER2016-76557-R y cuyo título es EL FUTURO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS EN CURSO Y PROPUESTAS PARA GARANTIZAR SU EFICIENCIA Y EQUIDAD (V): SALUD. FAMILIA Y BIENESTAR

otras profesional; e) una financiación distinta, pues unas veces lo es sobre la base de las aportaciones de los llamados a ser beneficiario y otras a cargo de los Presupuestos Generales del Estado; f) una diversa gestión, bien directamente por entidades gestoras de la Seguridad Social o a cargo de órganos específicos de las Comunidades Autónomas; y e) una forma de valorar tales “contingencias” muy diversa.

Esas distintas formas de valorar las situaciones de dependencia, discapacidad, incapacidad permanente e invalidez es lo que vendrá a ser el objetivo central del estudio y la consideración de si es factible o no encontrar puntos en común entre ellas.

2. A MODO DE CUESTIÓN PREVIA. CONCEPTOS O ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA, DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

2.1. La incapacidad permanente

2.1.1. Concepto

Debemos de partir del art. 193.1 de la LGSS:

La incapacidad permanente contributiva es 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 laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Como se puede apreciar del precepto transcrito los elementos caracterizadores de una situación de incapacidad permanente vienen a ser: a) Una alteración grave en la salud de una persona; b) Que está objetivada; c) Que es definitiva o al menos que la hipotética recuperación sea considerada médicamente incierta o a largo plazo; y d) Que incide en la capacidad laboral disminuyéndola o anulándola.

Esta es quizás la nota más compleja ya que requiere: a) un proceso de valoración de las dolencias que son puestas en relación con la actividad laboral realizada o las posibles a realizar, excluyendo de la toma en consideración las dolencias preexistentes a la incorporación al sistema, salvo agravación de las mismas con posterioridad o en concurrencia con otras supongan la anulación en la capacidad laboral que se tenía al momento de su inclusión en el sistema; y b) la necesidad de una graduación para determinar si queda o no margen a poder llevar a cabo una actividad laboral y su relevancia (y el incapacitado será clasificado en situación de incapacidad permanente parcial, total para la profesión habitual, absoluta o gran invalido).

Una cuestión que resulta oportuno recordar es la denominación de incapacidad permanente. Esta situación estaba primero normada en los arts.132 y ss. de la LSS/1966, después en los arts. 132 y ss. de la LGSS/1974 y luego en los arts. 136 y ss. de la LGSS/1994 y se denominaba “invalidez permanente”. Con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad

Social, su art. 8 dará una nueva redacción al art. 137 LGSS cambió su denominación a incapacidad permanente, sin mayores explicaciones. Quizás las razones para ello puedan encontrarse en el hecho de que unos años antes la Ley 42/1994, de 30 diciembre, modificó sustancialmente el capítulo IV, Título II de la LGSS/1994 pasando a denominarse Incapacidad Temporal las anteriores situaciones de Incapacidad Laboral Transitoria y suprimiendo la situación de Invalidez Provisional, si bien en aquellas fechas se optó por mantener la tradicional denominación. O bien por venir exigida por el nuevo régimen de valoración de incapacidades que se nos anunciaba “... *Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social*”². O por último para diferenciarse de la invalidez no contributiva.

La duda que nos puede surgir en este momento, con el cambio de su denominación, es si invalidez es sinónimo de incapacidad. En general el uso de uno u otro término es indistinto, si bien hay matices que los distinguen. El término incapacidad parece que es más genérico y el de invalidez es más específico y quizás más adecuado para referirse al inválido “*se trataría de proteger al inválido porque lo es, no porque solamente carezca de capacidad para el trabajo*”.

2.1.2. Invalidez no contributiva

La LGSS en su articulado no establece un concepto de invalidez no contributiva, se limita a decir en su art. 363.1 (relativo a las condiciones o requisitos a cumplir) que los beneficiarios deben estar afectos a una discapacidad o una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65%. El anterior texto refundido de la LGSS de 1994, en su art. 136.2 si nos daba al menos elementos para su delimitación, ya que señalaba que “*En la modalidad no contributiva podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes de carácter físico o psíquico congénitas o no que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes la padecen*”, sin restricción alguna como se puede apreciar del momento en que las dolencias hubieran surgido. La valoración y graduación en porcentaje de discapacidad se hacía siguiendo el procedimiento establecido por el RD 1971/1999, de 23 diciembre, que recoge una serie de pautas generales aplicables en la valoración, seguida de una tabla de valores combinados que arrojarán luego un determinado porcentaje final y a la que se puede incorporar también la toma en consideración de circunstancias personales y sociales que pueden influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo y que se gradúan en una escala de valores que comprenden de cero a quince puntos.

Como se puede apreciar es una valoración totalmente distinta a la utilizada para las incapacidades laborales permanentes.

² De su exposición de motivos. Si bien la entrada en vigor del nuevo sistema debía de esperar al desarrollo reglamentario de las previsiones de dicha lista de enfermedades (art. 8.2 Ley 24/1997)

Y aquí la cuestión terminológica también nos puede llevar a plantearnos si *¿quiéren decir lo mismo discapacidad, deficiencia o enfermedad crónica?*

La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías³ en relación con las dos primeras (sobre la minusvalía más adelante se volverá), entiende por deficiencia *“toda pérdida o anormalidad de una estructura o una función psicológica, fisiológica o anatómica”*, es decir que afecta a un órgano. Por su parte discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano.

2.1.3. Discapacidad

El concepto jurídico de discapacidad que podemos tener en cuenta es el que se recoge en el art. 2 a) del RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que define la discapacidad así:

“Es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Definición que puede resultar imprecisa pero que puede completarse con lo que el art. 4.1 de dicho texto refundido que establece *“Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en una sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*⁴. El texto refundido nada dice acerca de cómo se debe llevar a cabo la calificación de la discapacidad y habrá que estar entonces a lo previsto en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre⁵.

La cuestión terminológica aquí también es importante por la evolución que ha experimentado desde los inicios de su protección en el sistema de Seguridad Social. Y así podríamos resumirla de la siguiente forma: ***“De subnormal a discapacitado pasando antes por la minusválido, deficiente o disminuido”***. La primera protección que se recoge en el ámbito de la Seguridad Social de estas personas lo será dentro del protección a la familias numerosas y dirigida aquellas con hijos subnormales⁶, considerando como tales a los

³ Puede consultarse en <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>.

⁴ Véase también al STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el asunto C-395/15, Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L, Fondo de Garantía Salarial y Ministerio Fiscal, que en su punto 42 viene a señalar que el Tribunal estima que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78(CE, del Consejo de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la educación *“debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*.

⁵ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. IMSERSO: *Valoración de las situaciones de minusvalía*, Colección manuales, Madrid, 2000. Véase también: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2001

⁶ Decreto 2421/1968, de 20 septiembre. El ámbito subjetivo se extendería por Decreto 1076/1970, de 9 de abril. La Orden de 8 de mayo de 1970 aprobaría el texto refundido de ambos decretos por el que se establece y regula la asistencia en la Seguridad Social a los subnormales.

menores de dieciocho años⁷ que se encontrasen comprendidos en alguno de los grupos siguientes⁸: a) ciegos con una visión menor de veinte/doscientos en ambos ojos, después de la oportuna corrección; b) sordomudos y sordos profundo, con una pérdida de agudeza auditiva de más de setenta y cinco decibelios; c) afectos de pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores o de una extremidad superior y otra inferior, conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie; d) parapléjicos, hemipléjicos y tetrapléjicos; e) oligofrénicos con retraso mental, valorado en un coeficiente intelectual inferior al cero como cincuenta; f) paralíticos cerebrales. Se tratan en definitiva de la toma en consideración de de déficits físicos o psíquicos.

El término minusválido comenzará a utilizarse en el ámbito de la Seguridad Social en los años 1970 con el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos, considerando como tales⁹: las personas comprendidas en edad laboral que estén afectados por una disminución en su capacidad física o psíquica en el grado que reglamentariamente se determinen, sin que en ningún caso pueda ser inferior al treinta y tres por ciento, que les impida obtener o conserva empleo adecuado precisamente a causa de su limitada capacidad laboral. Creándose en el seno de la Dirección General de la Seguridad Social el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos con el carácter de servicio común de la Seguridad Social¹⁰.

Por su parte, el Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre que aprobó el Reglamento de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de protección a las familias numerosas, distinguía entre subnormales, minusválidos e incapacitados para el trabajo¹¹, considerando como¹²: a) subnormales aquellos que se encontrase afectos a los déficits físicos o psíquicos (los indicados por el art. cuarto del D. 2421/1970; b) minusválidos aquellos afectados por una discapacidad física o psíquica no inferior al treinta y tres por ciento; y c) incapacitados para el trabajo, aquellos que se encuentren inhabilitados de manera permanente y absoluta para toda profesión u oficio. No obstante las normas reguladoras del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos¹³ vendrán en cierta forma a englobar dentro de la categoría de minusválidos a los afectados por una disminución física o psíquica que les impidiese obtener o conservar un empleo adecuado, a los inválidos permanentes y a los subnormales. Tales personas eran las que podían iniciar el procedimiento para la valoración de sus déficits¹⁴, que tras los correspondientes actos de reconocimiento¹⁵ sería emitido el oportuno dictamen que debería de establecer : a) diagnóstico de la afección invalidante, con

⁷ La Orden de 28 de abril de 1970 extendería la protección a los treinta años; la Orden de 20 de febrero de 1972 lo ampliaría a los cuarenta y cinco años; y la Orden de 19 de octubre de 1974 suprimiría definitivamente el límite de edad.

⁸ Art. cuarto del D. 2421/1968, de 20 septiembre.

⁹ Art. primero del Decreto 2531/1970, de 20 septiembre. Dos Órdenes de 24 de noviembre de 1971, dictarán normas para la aplicación y desarrollo de este Decreto en materia de reconocimiento de la condición de minusválido; y regulación del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos de la Seguridad Social. La Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de de abril de 1972 dictará normas sobre la constitución y funcionamiento de las Unidades Provinciales de Valoración de Minusválidos.

¹⁰ Art. veintidós del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto.

¹¹ Así lo hacía el art. veintitrés de la Ley.

¹² Art. tercero del D. 3140/1971, de 23 de diciembre.

¹³ OO. 24 noviembre de 1971 y la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 20 abril de 1972

¹⁴ Art. quinto de la Resolución de 20 de abril de 1972.

¹⁵ Art. octavo de la Resolución de 20 de abril de 1972.

especial indicación de los factores etiológicos y limitaciones funcionales; b) grado o medida de la incapacidad funcional y repercusión en la actividad laboral en su caso; y c) un estudio de la personalidad del interesado en relación con los factores que puedan influir en su evolución futura como la edad, sexo, ocupación, estado de salud, circunstancias familiares, formación cultural, formación profesional, vocación, aptitudes y nivel mental, entre otros datos y aspectos¹⁶. Las resoluciones administrativas tenían como contenido la declaración de la condición de minusválido por estar afectado, en su caso, por una disminución de su capacidad laboral del 33% o superior a ésta que le impide conservar u obtener empleo adecuado; así como la o las revisiones previstas y plazo de validez del reconocimiento de la minusvalía.

En definitiva, la condición de minusválido en realidad venía a comprender las situaciones de subnormalidad, invalidez y de disminución de la capacidad física o psíquica que impidiesen obtener o mantener un empleo adecuado. De aquí que el Decreto 731/1974, de 21 de febrero fusionará los Servicios Comunes de la Seguridad Social de Asistencia a los Subnormales y de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos. No obstante, la separación entre subnormalidad y minusvalía se mantendrá formalmente y por ello la Disposición Final Segunda de dicho Decreto facultaba al Ministerio de Trabajo para llevar a cabo una refundición de los conceptos de subnormal y de minusválido que se consideren adecuados para coordinar la acción de los indicados servicios sociales de la Seguridad Social.

La situación de separación o distinción –al menos formal– de ambas situaciones permaneció a lo largo del tiempo y así puede encontrarse el RD 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido, si bien esta era llevada a cabo por los mismos órganos evaluadores a través de los servicios técnicos facultativos de los centros base y periféricos del Servicio Social de Minusválidos Físicos y Psíquicos del Instituto Nacional de Servicios Sociales¹⁷. O también en el propio régimen unificado de ayudas públicas a disminuidos aprobado por RD. 620/1981, de 5 de febrero¹⁸.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), diseñará un ambicioso plan o programa de protección social a favor de los minusválidos¹⁹, considerando minusválido²⁰: *“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”*. La Ley 13/1982 no hará ninguna referencia a los subnormales.

¹⁶ Art. décimo de la Resolución de 20 de abril de 1972.

¹⁷ Desarrollado por Orden de 5 de enero de 1982.

¹⁸ Véase por ejemplo su art. veintiuno. Sobre ayudas a familias, que sigue manteniendo la distinción entre hijos subnormales, minusválidos o incapacitados. Este Real Decreto sería luego desarrollado por Orden de 5 de marzo de 1982.

¹⁹ Comprensivo de un sistema de prestaciones sociales y económicas (art. doce): asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, prestaciones económicas (subsídios de garantía de ingresos mínimos, ayuda de tercera persona y para la movilidad y compensación de gastos de transporte), recuperación profesional y rehabilitación médico-funcional.

²⁰ Art. siete.

Habrá que esperar al RD 348/1986, de 10 de febrero, que teniendo en cuenta las recomendaciones del Defensor del Pueblo y la terminología de la LISMI, dispondrá que los términos subnormalidad y subnormal contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes sean sustituidos por los de minusvalía y persona con minusvalía, con especificación cuando procediese de la naturaleza física, psíquica o sensorial de dicha minusvalía, con los mismos grados y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. En definitiva una equiparación legal entre tales situaciones.

Pero el término minusválido o persona con minusvalía también tomará o adquirirá con el tiempo un sentido peyorativo y por ello la DA. Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia en su DA. Octava vendrá a determinar que:

“Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas”

Vista esta evolución, la duda sigue quedando si –fuera de la equiparación legal– entre los términos subnormal, minusválido y discapacitado hay alguna diferencia sustancial o no.

Si partimos que subnormal es todo aquello que queda por debajo de la normalidad o persona que presenta un déficit que puede ser intelectual, psicológico, de un órgano, etc. y por tanto viene a suponer una pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Déficit, qué para alcanzar la consideración de protegible, tendría que alcanzar una relevancia o umbral mínimo.

Si por minusvalía debe entenderse la desventaja para un individuo producto de un déficit que limita o impide a una persona el desempeño de un rol que es normal en su caso, en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

Y la discapacidad viene a ser una restricción o ausencia (también debida a un déficit) de la capacidad de realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano pudiendo surgir tanto como consecuencia directa del déficit como de forma indirecta por la respuesta que del propio sujeto.

Parece que podríamos pensar que hay una cierta relación causal entre tales situaciones. Pero la realidad es otra se puede tener un déficit sin que alcance a la minusvalía y se puede tener una minusvalía o una desventaja pero no alcanzar a una discapacidad (por ejemplo: un miope que con corrección alcanza una agudeza visual de la unidad, tendrá un déficit, pero no una minusvalía, ni tampoco una discapacidad. Ahora bien, si pese a la corrección no alcanza la suficiente agudeza visual tendrá una discapacidad y podrá a su vez tener una minusvalía si su integración social se ve mermada por no poder tener adaptado el entorno social en el que vive).

La cuestión entonces que se nos puede plantear es si eso altera la valoración de una subnormalidad/minusvalía/discapacidad y si lo que antes era considerado como situación de minusvalía es lo mismo que ahora se valora como discapacitado.

2.1.4. Autonomía y Dependencia

La Ley 39/2006, de 14 diciembre, en su art. 2 recoge las siguientes definiciones de:

- **Autonomía:** *“la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”.*
- **Dependencia:** *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.*

Como se puede apreciar lo relevante es que se vean afectadas las actividades básicas de la vida diaria, siendo estas definidas en el apartado 3 del art. 2 de la Ley 39/3006 como: *“las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas.”* Y por otro lado a la situación de dependencia se puede llegar bien por razones de edad, enfermedad o discapacidad.

La valoración se lleva a cabo conforme a un baremo aprobado por RD 174/2011, de 11 de febrero que contempla dos anexos uno para personas menores de tres años y otro para los mayores de dicha edad²¹.

Como se puede adivinar tampoco aquí cabría hacer una equivalencia general entre discapacitado y dependiente o personal con falta de autonomía. Debe tenerse en cuenta que el sistema protege no solo a los que precisen de una tercera persona para las actividades básicas de la vida diaria, sino también a los que precisan apoyo para la promoción de su autonomía personal.

²¹ Son múltiples las guías de orientación profesional para la valoración de la dependencia, se pueden consultar en http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/documentacion/doc_int/gui_orient/gv/index.htm.

3. LA VALORACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD, INVALIDEZ, DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

3.1. La incapacidad permanente

3.1.1. Su valoración

El art. 194.2 de la LGSS sus apartados 2 y 3 señalan lo siguiente:

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

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

3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.»²²

Previsión de desarrollo reglamentario que todavía no ha visto la luz. De aquí que todavía se entienda subsistente de conformidad con la DT. 26 de la LGSS, el sistema de grados de la incapacidad del art. 137 LGSS/1994 en su versión anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997.

Esta nueva redacción del art. 137 LGSS plantea varios problemas al no haber tenido en cuenta lo siguiente:

a) No tiene en cuenta la situación actual del mercado de trabajo, pues parece que parte de la consideración de que un trabajador mantiene una continuidad en su profesión, algo que en muchos casos está alejado de la realidad. En un gran número de ocasiones el trabajador está ocupado en lo que el mercado le ofrece en cada momento, sea o no la profesión para la que está preparado y es aquí en la que no queda claro cuál será la que haya de tenerse en cuenta al momento de valorar la hipotética situación de incapacidad. Si nos limitamos “*echar una foto*” a la profesión ejercida al momento del hecho causante nos puede llevar, en carreras profesionales variopintas, a valorar situaciones irreales. La solución que ofrecía la versión anterior a la reforma del art. 137 de la LGSS (la reforma de 1997) era al menos para las situaciones derivadas de enfermedad común o profesional más acertada.

²² La finalidad confesada era que la “*Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social*”

b) Por otro lado, no debe olvidarse que habrá que plantearse cuáles serán las funciones a tomar en consideración. Y así podría llegar a entenderse que solamente deban ser solo la del conjunto de trabajos que constituyan el contenido del puesto de trabajo al margen de la categoría profesional, como en tiempos pretéritos se hacía²³. Este criterio sería superado por otro que predicará tomar en consideración el conjunto de tareas que conforman la categoría profesional del trabajador²⁴. En definitiva, considerando que la profesión habitual no es exactamente la que coincida con el trabajo exacto que esté realizando en un momento concreto, sino aquella para la que esté cualificada y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle, sin perjuicio de las limitaciones que pudiera tenerse por las exigencias de una titulación concreta. En esta línea estará la reforma introducida por la Ley 24/1977, con la remisión al “*concepto de grupo profesional*”, lo que suponía una extensión y consecuentemente restricción en orden a considerar la incapacidad de un individuo y supone aceptar que la inclusión en uno u otro grupo profesional estará a lo que disponga el convenio colectivo o acuerdo de empresa y los representantes trabajadores. En realidad es aceptar un criterio que de cara a evitar la extinción de la relación laboral y en su caso de flexibilidad interna en las empresas puede tener una finalidad lógica (uno de los objetivos fundamentales era facilitar el percibo de una pensión de incapacidad permanente y el trabajo de aquellos colectivos que tienen normada una segunda actividad), pero que dado los términos en que fue planteada genera confusión y numerosos interrogantes²⁵. Tampoco debe olvidarse que la reforma de 1997 no está operativa ya que precisaba de un desarrollo reglamentario posterior que no ha llegado a producirse (como se indica a continuación). Y por otro lado la conexión profesión habitual con grupo profesional no parece que haya tenido mucho predicamento en la doctrina judicial²⁶.

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

Prueba de la tremenda dificultad de elaborar un listado de enfermedades y su valoración, es que han transcurrido 18 años desde aquella previsión sin que se haya llevado a cabo la misma, teniendo que seguir utilizando la anterior definición de grados de incapacidad laboral. Las dificultades son tremendas ya que no se trata de valorar el daño o menoscabo corporal (propio de un accidente de tráfico), ni de una discapacidad, pues la valoración no es abstracto, sino en relación con la profesión y la pérdida de capacidad laboral para ella.

²³ V. STCT 24 de mayo de 1975 (Ar. 2648).

²⁴ V. STCT 1 de marzo de 1977 (Ar. 1210) y STS 17 de enero de 1989 (RJ 1989259).

²⁵ En este sentido pueden verse la SSTSJ Cataluña de 12 de abril de 2000 y 1 de septiembre de 2000 (AS 2000, 2256; y JUR/2000/307100). Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G.: Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente, capítulo primero, parte cuarta de la obra colectiva *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo*, dirigida por Sánchez Trigueros, C., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 480-482.

²⁶ V. STS 28 de febrero de 2005.

No obstante el INSS sigue perseverando en estos intentos y así puede indicarse la publicación de su Guía de Valoración Profesional²⁷. La Guía se nos presenta como resultado del trabajo de un grupo de profesionales del INSS iniciado en 2007 con el propósito de poner a disposición de los inspectores médicos y de los miembros de las EVIS un instrumento que recogiera “*la información laboral más relevante existente en diferentes publicaciones oficiales, relativa a las competencias y tareas de las distintas profesiones*” y “*la elaboración de un sistema propio de valoración de los requerimientos profesionales, entendidos éstos como las aptitudes psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar concreto*”. Ahora bien, teniendo en cuenta que “*Los requerimientos profesionales que se muestran para cada ocupación son requerimientos teóricos y tienen, por tanto, un carácter orientativo para los diferentes profesionales que intervienen en la valoración de las incapacidades laborales. Corresponderá al inspector médico que realice el reconocimiento del trabajador o al Equipo de Valoración de Incapacidades que califique la posible situación de incapacidad del mismo, adaptar dichos requerimientos a la valoración individualizada de un trabajador concreto*”.

Los objetivos y utilidades que se proclaman de la misma son, en relación con la incapacidad permanente, los siguientes:

- Dotar a los médicos inspectores y al Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS de información relevante relativa a las competencias y tareas de las profesiones más frecuentes en el mercado laboral español.
- Facilitar un método de trabajo que permita identificar los requerimientos teóricos o cualidades psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una profesión determinada.
- Tener una fuente de información sobre los posibles riesgos derivados de la actividad laboral y las circunstancias específicas del ambiente de trabajo que puedan incidir en la capacidad laboral de los trabajadores.
- Incrementar la calidad de los informes médicos de valoración de la capacidad e incapacidad laboral.

Son utilidades de la guía²⁸:

- Orientar el reconocimiento médico y la objetivación de las limitaciones orgánicas y funcionales de acuerdo con el perfil ocupacional del trabajador en los expedientes de incapacidad permanente y de incapacidad temporal.
- Facilitar la toma de decisiones la calificación del grado en los expedientes de incapacidad permanente²⁹.

²⁷ La tercera edición (2014) de esta guía puede verse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>.

²⁸ También la de completar el análisis de riesgos del puesto de trabajo en los expedientes de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

- Evaluar la posible etiología profesional del cuadro patológico que presente el trabajador.
- Facilitar la valoración de la posible situación de compatibilidad/incompatibilidad en los expedientes de revisión de grado de incapacidad permanente, por declaración de inicio de actividad del pensionista

La Guía recoge un total de 502 fichas que incluye la totalidad de las ocupaciones de la Clasificación Nacional de Ocupaciones de 2011 (CNO11). La estructura de cada ficha parte de tres bloques diferenciados:

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

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

2º) Requerimientos profesionales

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

3º) Posibles riesgos y circunstancias específicas.

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

Por otro lado el propio proceso de valoración de incapacidades (una vez que se ha constatado la existencia de unas dolencias o secuelas más o menos graves, objetivadas y definitivas, es compleja. Para empezar deberá de discriminar dolencias previas a la incorporación del trabajador al sistema de Seguridad Social. Aspecto que en algunas ocasiones no es tan fácil de fijar cronológicamente y que por otro lado estas pueden haberse agravado con posterioridad a su incorporación al mismo, o también que unidas a las “nuevas” incidan en la capacidad laboral.

²⁹ También para un alta médica, continuar de baja o inicio de expediente de incapacidad permanente) en los expedientes de incapacidad temporal e incapacidad permanente.

Como ya se ha dicho en el apartado anterior la valoración es de por sí un proceso complejo ya que no se cuentan con baremos (como en la discapacidad o en la dependencia) o tablas de incapacidades (como por ejemplo en la incapacidad temporal). Y por otro lado la valoración no puede tomar en cuenta otros factores que los estrictamente patológicos o residuales. Factores de tipo subjetivo (preparación, formación del trabajador, ...) u otros como la edad y la dificultad de encontrar otro empleo, no pueden llevarnos a determinar la existencia de una incapacidad laboral o no. A lo sumo, tendrán influencia en un mayor porcentaje de la pensión de incapacidad permanente total. De hecho el incremento de la pensión de IPT con un 20 por ciento más obedeció en su momento a evitar la interpretación subjetiva y amplia de la IPA que los tribunales venían haciendo³⁰.

3.1.2. Las presunciones de incapacidades permanentes

Se trata de las equiparaciones previstas en el Decreto de 22 de junio de 1956, que aprobó el texto refundido de la Ley y Reglamento de accidentes de trabajo, cuyos artículos 37 a 41 disponen lo siguiente:

GRADO	SECUELAS
IPP (art. 37)	<p>-La pérdida funcional de un pie o de los elementos indispensables para la sustentación y progresión.</p> <p>-La pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro.</p> <p>-La pérdida de dedos o falanges indispensables para el trabajo a que se dedicaba el accidentado.</p> <p>-Las hernias definidas en el artículo 40 de este Reglamento, no operables, cuya consecuencia, a efectos del trabajo, se acomode a la situación establecida en el párrafo segundo del presente artículo.</p>
IPT (art. 38)	<p>La pérdida de las partes esenciales de la extremidad superior derecha, considerándose como tales la mano, los dedos de la mano en su totalidad, aunque subsista el pulgar, o, en igual caso, la pérdida de todas las segundas y terceras falanges.</p> <p>La pérdida de la extremidad superior izquierda, en su totalidad o en sus partes esenciales, conceptuándose como tales la mano y los dedos en su totalidad.</p> <p>La pérdida completa del pulgar de la mano que se utilice preferentemente para el trabajo en cada caso particular, entendiéndose que, salvo prueba en contrario, es la mano derecha.</p> <p>La pérdida de una de las extremidades inferiores en su totalidad, considerándose incluida en este caso la amputación por encima de la articulación de la rodilla.</p> <p>La pérdida de visión de un ojo, sin queda reducida la del otro en menos de un cincuenta por ciento.</p> <p>La sordera absoluta, entendiéndose como tal la de los dos oídos.</p> <p>Las hernias definidas en el artículo 40 de este Reglamento, no operables, cuya secuela coloque al trabajador en la situación prevista en el párrafo primero de este artículo.</p>

³⁰ Art. 11.4 de la Ley 24/1972, 21 junio.

IPA	<ul style="list-style-type: none"> -La pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores, de una extremidad superior y otra inferior o de la extremidad superior derecha en su totalidad, conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie. -La pérdida de movimiento, análoga a la mutilación de las extremidades, en las mismas condiciones indicadas en el apartado anterior. -La pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual. -La pérdida de visión de un ojo, si queda reducida en el cincuenta por ciento o más la fuerza visual del otro. -Lesiones orgánicas y funcionales del cerebro y estados mentales orgánicos (psicosis crónicas, estados maniáticos y análogos) causados por el accidente, reputados como incurables, y que por sus condiciones impidan al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo. -Lesiones orgánicas o funcionales del corazón y de los aparatos respiratorio y circulatorio ocasionadas por acción del accidente, que se reputen incurables, y que por su gravedad impidan al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo. -Lesiones orgánicas o funcionales del aparato digestivo o urinario, ocasionadas por acción del accidente, que se reputen incurables y que por su gravedad impidan al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo, tales como, en sus casos respectivos, ano contra natura, fistulas muy anchas, estercoráceas, vesicorectales o hipogástricas y emasculación total.
-----	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Su valor actual es de carácter orientativo y no es infrecuente que los tribunales en su labor valorativa consideren “... *preceptos que, a pesar de no estar contenidos en la LGSS, la jurisprudencia social lo ha considerado desde antiguo «como orientadores é indicativos para aplicar lo dispuesto en los artículos 135-5 y 6º, en los que se definen la incapacidad absoluta y la gran invalidez»*”³¹

Otro punto de valoración objetiva que nos puede servir es el baremo contenido como anexo en la Orden de 15 de abril de 1969 que determina el importe de las indemnizaciones por baremo de las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes causadas por riesgos profesionales. Aunque se refiere a situaciones no invalidantes en algunos casos son utilizadas, tanto por los tribunales como la administración, para determinar el límite entre una lesión no invalidante y una incapacidad permanente parcial. En este sentido véase el caso de las rigideces articulares (números 71 a 81 del baremo) cuando superen el porcentaje de limitación a la movilidad allí previsto

³¹ Por todas puede verse STS 1094/2014, de 3 de marzo (Rec. 1246/2013).

3.2. La invalidez y la discapacidad

3.2.1. Su valoración

La valoración y calificación del grado de discapacidad se lleva a cabo conforme a lo normado en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre³². Dicha disposición tiene dos partes nítidamente diferenciadas, una que regula el procedimiento administrativo a seguir y otra que recoge los baremos a utilizar en el proceso de valoración, calificación y graduación de la discapacidad.

La competencia corresponde a³³ los órganos correspondientes a las CC.AA. que ejerzan esta competencia y en su caso al IMSERSO (en Ceuta y Melilla) donde resida el interesado las cuales: diagnosticarán, valorarán y orientarán sobre las situaciones de discapacidad; su grado, la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, así como la dificultad para utilizar transportes públicos. Los dictámenes técnico-facultativos que son la base para el reconocimiento de grado serán emitidos por los órganos técnicos competentes dependientes de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad y minusvalía y por los equipos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en su ámbito competencial. De tales órganos técnicos y equipos de valoración y orientación formarán parte, al menos, médicos, psicólogos y trabajadores sociales, conforme a criterios interdisciplinarios.

Las situaciones de discapacidad se califican en grados según su alcance y responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos que se recogen como anexo, siendo objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona³⁴, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social³⁵. El grado de discapacidad se expresa en porcentajes.

La valoración de las situaciones de discapacidad y la calificación de su grado se efectuará previo examen del interesado por los órganos técnicos competentes. Estos órganos técnicos podrán recabar de profesionales de otros organismos los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes para la formulación de sus dictámenes. Si las

³² Supuso la derogación del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido, dictado al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, procede a la unificación en el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) de las competencias y facultades en orden al reconocimiento, declaración y calificación de la condición de minusválido; la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 5 de enero de 1982, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Real Decreto que desarrollaba al anterior y que regulaba las actuaciones técnicas de los centros base del Instituto Nacional de Servicios Sociales para la emisión de dictámenes sobre las circunstancias físicas, mentales y sociales de las personas con minusvalía; y la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984 que establecía el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.

³³ Art. 6, 7 y 8.

³⁴ Anexos I y II.

³⁵ Anexo III. Teniendo en cuenta factores como el entorno familiar, la situación laboral y profesional, los niveles educativos y culturales y el entorno habitual de la persona con discapacidad.

circunstancias lo aconsejaren dicho órgano podrá emitir su dictamen en virtud de informes médicos psicológicos o sociales emitidos por profesionales autorizados.

El dictamen propuesta deberá de contener necesariamente el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos³⁶.

El procedimiento termina con resolución expresa del órgano competente que deberá indicar el grado o no de discapacidad y la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede y la fecha en que tendrá lugar o no una revisión futura. El reconocimiento del grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de la solicitud³⁷. El grado de discapacidad podrá ser objeto de revisión, bien por mejoría o por agravamiento ateniéndose al plazo marcado en la resolución inicial o bien cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se dictó la resolución administrativa anterior. En el caso de que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo³⁸.

El citado RD 1971/1999, contiene una serie de indicaciones a tener en cuenta en la valoración de la discapacidad:

- La calificación del grado de discapacidad que realicen los órganos técnicos competentes, será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas. En nada pues le vincularía una declaración de incapacidad del INSS. Lo que evidencia ya el querer señalar o afirmar su propia autonomía.
- La valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el anexo I, apartado B), relativo, entre otros factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad.
- Para la determinación final del grado de discapacidad se tendrá en cuenta la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios sin que ésta pueda sobrepasar los 15 puntos, pero siempre y cuando el porcentaje mínimo obtenido en la valoración de la discapacidad no sea inferior al 25 por 100.
- La evaluación de aquellas situaciones específicas de discapacidad a las que hace referencia los arts. 358 y 367 de la LGSS para tener derecho a un complemento por necesitar el concurso de una tercera persona, se realizará

³⁶ Art. 9 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

³⁷ Art. 10 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

³⁸ Art. 11 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

teniendo en cuenta lo siguiente: a) el baremo que figura como anexo II ha sido derogado y hay que acudir para ello a las previsiones que para tal situación se recogen en el RD 174/2011, de 11 de febrero; b) La relación exigida entre el grado de discapacidad y la determinación de la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos, se fijará por aplicación del baremo que figura como anexo III, considerando que existe tal dificultad siempre que el presunto beneficiario se encuentre incluido en alguna de las situaciones descritas en los apartados A), B) o C) del baremo o, aun no estándolo, cuando obtenga un mínimo de 7 puntos por encontrarse en alguna de las situaciones recogidas en los restantes apartados del citado baremo.

Por otro lado, en relación con los baremos anexos al mismo se fijan también una serie de pautas, a destacar:

- Necesidad de documentación previa del proceso patológico que da lugar a la deficiencia.
- La relevancia en la valoración estará en la severidad de las consecuencias de la enfermedad y no en ella en sí misma.
- Las deficiencias a valorar deben ser permanentes entendiendo como tales aquellas alteraciones orgánicas o funcionales no recuperables, es decir, sin posibilidad razonable de restitución o mejoría de la estructura o de la función del órgano afectado.
- Se fija un período de espera mínimo entre el tiempo que ha de transcurrir entre el diagnóstico e inicio del tratamiento y el acto de la valoración.
- Las deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas se evalúan, siempre que es posible, mediante parámetros objetivos. Si bien las pautas de valoración atienden al efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, es decir, en el grado de discapacidad que ha originado la deficiencia.
- La deficiencia ocasionada por enfermedades que cursan en brotes debe ser evaluada en los períodos intercríticos.
- La evaluación debe responder a criterios homogéneos. Con este objeto se definen las actividades de la vida diaria³⁹ y los grados de discapacidad a que han de referirse los Equipos de Valoración⁴⁰.

³⁹ Que actualmente se encuentran recogidos en el RD/1742011, de 11 de febrero, su disposición adicional segunda dispone:

“Valoración de la necesidad del concurso de otra persona para el reconocimiento de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda en los que sea necesaria la acreditación de esta situación.

(...)

- Con carácter general se establecen cinco categorías o clases, ordenadas de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina⁴¹.
- Cuando coexistan dos o más deficiencias en una misma persona –incluidas en las clases II a V– podrán combinarse los porcentajes, utilizando para ello la tabla de valores que aparece al final de este anexo, dado que se considera que las consecuencias de esas deficiencias pueden potenciarse, produciendo una mayor interferencia en la realización de las A.V.D. y, por tanto, un grado de discapacidad superior al que origina cada uno de ellas por separados.
- Y finalmente a los efectos de garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado, se creará una Comisión Estatal, integrada por representantes del Ministerio competente y

La determinación de la situación de dependencia y de la necesidad del concurso de otra persona a que se refieren los artículos 145.6, 182 bis 2.c), 182 ter, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social se realizará mediante la aplicación del baremo aprobado por este real decreto, con las especificaciones relativas a la edad y tipo de discapacidad que se establecen en el mismo.

Se estimará acreditada la concurrencia de ambas situaciones cuando de la aplicación del baremo se obtenga una puntuación que de lugar a cualquiera de los grados y niveles de dependencia establecidos.

La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona.” La referencia entiéndase hecha a los actuales arts. 364, 353 y 354 de la LGSS.

⁴⁰ Grados de discapacidad: Grado 1: discapacidad nula. Los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria; Grado 2: discapacidad leve. Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas; Grado 3: discapacidad moderada. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado; Grado 4: discapacidad grave. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las A.V.D., pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado; Grado 5: discapacidad muy grave. Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las A.V.D.

⁴¹ Estas cinco clases se definen de la forma siguiente:

CLASE I. Se encuadran en esta clase todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad.

La calificación de esta clase es 0 por 100.

CLASE II. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve.

A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por 100 y el 24 por 100.

CLASE III. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por 100 y 49 por 100.

CLASE IV. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave.

El porcentaje que corresponde a esta clase está comprendido entre el 50 por 100 y 70 por 100.

CLASE V. Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave.

Esta clase, por sí misma, supone la dependencia de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, demostrada mediante la obtención de 15 o más puntos en el baremo específico (anexo 2).

A esta categoría se le asigna un porcentaje del 75 por 100.

de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de valoración de situaciones de discapacidad y calificación de su grado.

En definitiva se trata de un proceso de valoración muy complejo y difícil en su aplicación directa, lo que ha llevado consigo a que la propia Dirección General del IMSERSO lo reconozca abiertamente “... *la amplitud y la complejidad del procedimiento de valoración hacen difícil el empleo directo del BOE*” y haya tenido que publicar una guía facilitar la práctica diaria de los órganos técnicos de valoración, denominada “*Valoración de las situaciones de Minusvalía*”, con la participación de los profesionales de los órganos técnicos de valoración de todo el Estado y la colaboración de la Facultad de Medicina de la Universidad de Salamanca⁴².

3.3. La dependencia y su valoración

3.3.1. El Baremo de Valoración de la situación de Dependencia (BVD) y la Escala de Valoración Específica de la situación de dependencia en edades de cero a tres años (EVE)

La valoración para la determinación de la situación de dependencia establecida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se lleva a cabo por el baremo aprobado por RD 174/2011, de 11 de febrero⁴³. Dicho baremo cuenta con cuatro anexos:

El anexo I recoge el baremo de valoración de los grados y niveles de la dependencia. Baremo tiene como finalidad determinar las situaciones de dependencia moderada severa y de gran dependencia. Considerando que nos encontramos ante:

- Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. Supone una puntuación final de 25 a 49 puntos.
- Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final de 50 a 74 puntos.
- Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo

⁴² IMSERSO: *Valoración de las situaciones de minusvalía*, Colección Manuales y Guías, Serie catálogos y guías. Madrid, 2000. Se puede consultar en <http://sid.usal.es/idos/F8/8.1-4569/Valoraciones.pdf>.

⁴³ Con anterioridad la valoración se llevaba a cabo conforme al baremo aprobado por RD. 504/2007, de 20 de abril. Téngase en cuenta que su DT. Primera exonera de una nueva valoración a quienes ya hubieran sido declarados en situación de dependencia antes de la entrada en vigor del nuevo baremo. Eso si las revisiones de dichas declaraciones se harán conforme al nuevo baremo.

generalizado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final de 75 a 100 puntos.

Inicialmente dentro de cada grado se contemplaban dos niveles que con la reforma introducida en el art. 26 de la Ley 39/2006 por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, fueron suprimidos.

Este baremo es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años (para edades inferior habrá que estar al específico que se recoge en el anexo II).

El anexo establece los siguientes **criterios de valoración**:

Primero. La aplicación del baremo se fundamentará en informes sobre la salud de la persona y sobre su entorno habitual, así como en la información obtenida mediante la observación, la comprobación directa y la entrevista personal de evaluación llevadas a cabo por profesional cualificado y formado específicamente para ello⁴⁴.

Segundo. En la cumplimentación del oportuno formulario se identificará el nivel de desempeño de todas las tareas consideradas, así como el problema de desempeño, el tipo y frecuencia de los apoyos necesarios en aquellas tareas en las que quede demostrada una situación de dependencia.

Tercero. A efectos de aplicación del baremo se define desempeño: como la capacidad individual para llevar a cabo por sí mismo, de una forma adecuada, y sin apoyos de otra u otras personas, actividades o tareas en su entorno habitual⁴⁵.

Cuarto. En todas las tareas se identificará el nivel de desempeño teniendo en cuenta si el su desempeño es positivo (la persona valorada sea capaz de desarrollar, por sí misma y adecuadamente, la tarea en su entorno habitual); negativo (cuando la persona valorada requiere el apoyo indispensable de otra u otras personas para llevar a cabo, de una forma adecuada, la tarea en su entorno habitual, o bien que no es capaz de realizarla de ninguna manera); o bien no aplicable.

Quinto. Durante el proceso de valoración deberá tenerse siempre en cuenta para establecer la distinción entre dependencia y otras situaciones lo siguiente: a) la dependencia es un estado permanente y por tanto no debe haber posibilidad razonable de recuperación o mejoría; b) Se considerará que los apoyos se precisan en las tareas cuando su intervención resulte imprescindible en la mayoría de las veces o siempre en las que éstas tengan lugar; y

⁴⁴ En el caso de que la persona presente deficiencias mentales o limitaciones en la capacidad de comunicación la entrevista con la participación de otra persona que conozca bien la situación. Si los déficits cursan por brotes la valoración se realizará por la situación basal.

⁴⁵ Aspectos –entre otros– a tomar en consideración: Se valora el desempeño siempre, aunque no se realice la tarea, y, en su caso, con el empleo de los productos de apoyo prescritos, y con independencia de los apoyos de otra u otras personas que se puedan estar recibiendo. Se toma en cuenta las barreras y en su caso facilitadores de su entorno físico (en el que regularmente realiza su vida diaria). Se considera que realiza la actividad adecuadamente, aunque lo sea con dificultad si ésta se realiza con iniciativa, coherencia, orientación y control físico suficiente para la consecución de la finalidad de la actividad correspondiente y sin incurrir en un grave riesgo para la salud.

c) La edad, la enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no suficientes en sí mismas, para establecer la situación de dependencia y el alcance de su severidad a efectos del reconocimiento oficial.

Sexto. En las tareas en que se presente situación de dependencia se identificarán los problemas de desempeño según su relación con el funcionamiento global de la persona valorada (de tipo físico, mental o ambos).

Séptimo. En las tareas en que se presente dependencia se establecerá el tipo de apoyo que se precisa (supervisión, físico parcial, máximo o apoyo especial) y su frecuencia (casi nunca, algunas, bastantes o la mayoría de veces, o siempre).

A continuación se recogen una relación de actividades y tareas que comprende la valoración⁴⁶ teniendo en cuenta intervalos de edad⁴⁷. Y finalmente el anexo indica cómo se determina la puntuación final y grado de dependencia, que será de acuerdo a una suma ponderada de valores asignados a las tareas antes indicadas. Teniendo en cuenta que el valor asignado a cada tarea resulta del peso de la tarea en su actividad correspondiente por el peso de dicha actividad en el total de la escala que le es de aplicación a la persona valorada. Para ello seguidamente el baremo establece tres anexos A (pesos de la escala general); B (pesos de la escala específica); y C (tipo de apoyo de otra u otras personas). La puntuación final se redondea al entero más cercano.

El baremo tiene un anexo II de valoración específica de dependencia para personas menores de tres años, con una estructura parecida al anterior.

Concluye el baremo con dos anexos más (III y IV) que viene a ser una manual de instrucciones para la aplicación de los baremos contenidos en los anexo I y II⁴⁸.

3.3.2. La complejidad de la determinación y valoración de la dependencia

La complejidad de baremo se evidencia no solamente de su propia configuración sino también de la propia estructura del RD 174/2011. La disposición no solo recoge el baremo, dividido en varios anexos, para la valoración en sí de los diversos déficits a valorar (anexos I y II), sino también de dos manuales de instrucciones para su aplicación (anexo III y IV), teniendo en cuenta además que ya en los baremos propiamente dichos ya recogen criterios para su aplicación⁴⁹. Junto a ello debe tenerse en cuentas las múltiples guías de orientación en la práctica

⁴⁶ Comer y beber; higiene personal relacionada con la micción y defecación; lavarse; otros cuidados corporales (peinarse, cortarse las uñas, ...); vestirse; mantenimiento de la salud (solicitar asistencia, ...); cambiar y mantener la posición del cuerpo; desplazarse dentro del hogar; desplazarse fuera del hogar, realizar tareas domésticas; y tomar decisiones (cuando se vean afectadas las funciones mentales).

⁴⁷ Los grupos de edad son: 3-6; 7-10; 11-17; y 18 y más años.

⁴⁸ El anexo III reseña instrucciones a modo de manual para la aplicación de los baremos, señalando una serie de criterios de aplicación, descripción de actividades y tareas y como se debe llevar la valoración de las actividades de comer y beber, higiene personal, etc.; y el anexo IV igualmente es un manual específico de valoración para la situación de dependencia en edades comprendidas entre cero y tres años.

⁴⁹ La complejidad de la valoración ya había sido advertida, con respecto al anterior baremo aprobado por RD 504/2007, y en tal sentido puede verse el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia –su denominación actual es Sistema de Servicios Sociales y del Sistema para la (...)

profesional de la valoración reglamentaria para situaciones de dependencia en personas con daño cerebral adquirido; esclerosis lateral amiotrófica y otras enfermedades neuromusculares raras; trastornos mentales graves; sordoceguera; ceguera y deficiencia visual grave; Alzheimer y otras demencias; parálisis cerebral; esclerosis múltiple y otras enfermedades desmielinizantes; enfermedad de Parkinson; y de productos de apoyo para la autonomía personal⁵⁰.

Pero la prueba mayor de la complejidad de este baremo puede deducirse del art. 30 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. Se trata de la inclusión como causa de revisión del grado de dependencia la de “*Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo*”. O lo que es lo mismo, no solo es posible revisar una declaración inicial sobre la base de los tradicionales motivos de mejoría, agravación o error en el diagnóstico, sino también, por no haber sabido los propios órganos de la administración aplicar correctamente el baremo. Inaudito, algo que no ocurre en la valoración de las incapacidades laborales⁵¹, ni tampoco en las discapacidades⁵² y que deja abierto la posibilidad a revisiones si no se siguen criterios e instrucciones en el manejo de los baremos pues en la norma que aprueba el baremo también se recogen tales instrucciones. La discrecionalidad está abierta y entra en contradicción con los propios objetivos y finalidad de un baremo que no es otro que la objetividad y seguridad jurídica en la valoración.

3.3.3. El BVD y la situación del gran inválido y discapacitado que precisa del concurso de otra persona

El RD 174/2011, de 11 de febrero, tiende “*puentes*” a la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social, tanto para los incapacitados permanentes como para los inválidos. Y así su DA. Primera y en relación con la gran invalidez señala que a las personas que tenga reconocida tal situación se les reconocerá la situación de dependencia, en el grado que corresponda, garantizándoles en todo caso el grado I de dependencia moderada⁵³. Y para los que se encuentre en situación de invalidez no contributiva y se les haya reconocido la necesidad de concurso de otra persona, también se les habilita una “*pasarela*” para el reconocimiento de la situación de dependencia en el grado que corresponda función de la puntuación obtenida por el RD 1971/1999, de acuerdo con la siguiente tabla⁵⁴:

De 15 a 29 puntos	Grado I
De 30 a 44 puntos	Grado II
De 35 a 72	Grado III

Autonomía y Atención a la Dependencia– de 1-6-2010, publicado por Resolución de 4 de febrero de 2010 de la Secretaría General de Política Social y Consumo del Ministerio de Sanidad y Política Social (BOE de 12 de marzo).

⁵⁰ Las guías se pueden consultar en: http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/documentacion/doc_int/gui_orient/gv/index.htm

⁵¹ Véase art. 200 LGSS.

⁵² Ver art. 11 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

⁵³ La DT primera precisaba que sería al nivel I, que ahora ya ha desaparecido con la reforma de 2012.

⁵⁴ Téngase en cuenta que La DT primera hace referencia dentro de esos grados al nivel 2, que ahora ya han desaparecido con la reforma de 2012. La reforma de 2012 afecto a tres ámbitos: a los órganos de valoración, al procedimiento y al baremo.

Sobre la reforma de 2012 puede verse el análisis de SÁNCHEZ FIERRO, J.C.: *Las reformas de la valoración de las situaciones de dependencia. Perspectivas de futuro*. El estudio puede verse en http://www.fundacioncaser.org/sites/default/files/1_reformasdelavaloracion_fierroycobo.pdf, consultado en 3 de agosto de 2017.

Por otro lado, la DA. Segunda de este RD también se refiere a valoración de la necesidad del concurso de otra persona para el reconocimiento de prestaciones no contributivas previstas en los arts. 353, 354 (prestaciones familiares) y 364 (invalidez no contributiva) de la LGSS, indicando que a partir de su entrada en vigor se hará conforme a las previsiones de dicho RD. Entendiendo acreditada la necesidad cuando al menos se alcance el grado I de dependencia.

Por tanto y en resumen:

- Para acreditar el concurso de otra persona en la invalidez no contributiva y para la asignación por hijo discapacitado a cargo cuando el hijo esté afecto a un grado de discapacidad igual o superior al 75%, se aplicará el baremo de las situaciones de dependencia⁵⁵.
- Mientras que para el resto de prestaciones de la Seguridad Social que requieran el 33% o un 65% se aplicará el RD 1971/1999.
- Y para la Gran Invalidez, no hay baremo aplicable.

Y finalmente concluye que la situación de dependencia declarada conforme a dicho baremo servirá para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración Pública o entidad en los casos que sea preciso la acreditación de ayuda de tercera personal.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD, DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

4.1. Sobre la eficacia de los baremos

En apartados precedentes se han ido comentando diversos aspectos generales y controvertidos de los procesos de evaluación y determinación de las situaciones de incapacidad permanente, discapacidad y dependencia. Se aprecia un interés loable en la búsqueda de la objetividad máxima por creer encontrar en un baremo o una tabla, con sus valores, el grado o porcentaje exacto del déficit que afecta a una persona. Pero aprehender la realidad es una misión cuasi imposible y los resultados hasta ahora vistos lo evidencian. Una valoración vía baremos comporta que los mismos sean dinámicos y no estáticos, lo que supone una continua reconsideración de criterios en base a las nuevas evidencias científicas o avances tecnológicos que ayuden a paliar o eliminar déficits, situaciones de restricción o de dependencia.

En el ámbito de la Seguridad Social la Ley 24/1997 ya lo intentó, cuando modificó la invalidez permanente para el *“Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada*

⁵⁵ Ver RODRÍGUEZ RUIZ, E.: *Discapacidad y sus efectos en el ámbito jurídico laboral*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma. Madrid, 2015, pág. 359.

por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social”⁵⁶. Han pasado 26 años y estamos igual, al menos oficialmente. Los intentos están ahí con la publicación por parte del INSS de guías orientativas generales como la “*Guía de Valoración Profesional*”⁵⁷; o específicas como “*Guía de Ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales*”⁵⁸, o bien diversos manuales de actuación para médicos del INSS para la valoración de patologías infecciosas⁵⁹; cardiopatías, etc. Y adviértase una cosa, en el ámbito de la Seguridad Social, de momento, la gestión es única. De aquí que con la evaluación de una situación de incapacidad laboral se podrá estar de acuerdo o no, pero normalmente será similar con la que se pueda uno encontrar en cualquier lugar de España. En realidad la reforma de 1997, lo que apuntaba era la discrepancia existente con las valoraciones llevadas a cabo en los órganos jurisdiccionales, máxime cuando ante discrepancia en lo acordado por uno u otros, poco o nulo éxito tenía en los Tribunales Superiores de Justicia y mucho menos en unificación de doctrina, por el consabido criterio de que en materia de incapacidad, difícilmente pueden encontrarse supuestos con identidad sustancial, pues cada caso se decide en función de todas sus circunstancias⁶⁰.

En el terreno de la discapacidad ocurre otro tanto, la propia administración estatal ha publicado alguna guía y para la dependencia téngase en cuenta lo ya indicado en el apartado 3.2.2 *ut supra*.

Si los baremos aprobados son tan complejos que la propia administración los reconoce e intenta paliar tales déficits mediante guías generales o específicas, la bondad del sistema valorativo está en entredicho, al menos de momento y el objetivo de objetividad y seguridad jurídica no se ha cumplido.

Un dato, la “*Ley de Dependencia*” ha generado un diferente nivel de desarrollo en las Comunidades Autónomas y así se reconoce en la propia exposición de motivos del RD-ley 20/2012, de 13 julio, lo que conlleva a que en el mejor de los casos a la hora de valorar una situación de dependencia haya que tener en cuenta la normativa estatal, la autonómica y los criterios y sugerencias del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Y finalmente una preocupación se quiere hacer llegar. Si se admiten baremos con criterios añadidos, manuales de instrucciones que se van actualizando con el tiempo, etc., el problema se va a trasladar fundamentalmente al ámbito de las revisiones de discapacidad y de dependencia. Se trata de la viabilidad de admitir revisiones por mal o error aplicación de

⁵⁶ De su exposición de motivos.

⁵⁷ INSS: *Guía de Valoración Profesional*, 3.ª edición, Madrid, 2014. Se puede consultar en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>.

⁵⁸ INSS: *Guía de ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales*, 1.ª Edición, Madrid. Se puede consultar en http://www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/Publicaciones/Publicacionesporcon28156/Informacionsobrepen47075/G%C3%BAiaEPPP/index.htm.

⁵⁹ Se puede consultar en https://www.google.es/search?rlz=1C1GGRV_enES751ES751&q=manual+de+actuacion+para+médicos+del+inss+cardiopatías&oq=manual+de+actuacion+para+médicos+del+inss+cardiopatías&gs_l=psy-ab.3...33i160k1.8792.15461.0.16041.17.16.0.0.0.482.2101.1j3j1j2j1.8.0..3..0...1.1.64.psy-ab..9.7.1881.goujqwWJw9k.

⁶⁰ Por todas STS 6 julio de 2001 (RJ 2001, 7311).

los baremos *¿Cuál será su correcto entendimiento?* Ya que si pasado un determinado tiempo, una persona es llamada a revisión de su discapacidad o dependencia y conforme a los nuevos criterios fijados desde aquella fecha, ahora ya no es correcto el porcentaje de discapacidad o grado de dependencia *¿deberá modificarse el porcentaje o grado?* *¿ampara la revisión los cambios de criterio?* En una incapacidad permanente laboral no, o hay un cambio sustancial en la situación previa o no se modifica el grado de incapacidad, ni al alza, ni tampoco a la baja⁶¹. Por otro lado *¿porque debe pechar con las consecuencias de una mala praxis de la administración el ciudadano?* Si hubo error en la aplicación del baremo por el evaluador *¿Qué responsabilidad alcanza al ciudadano?* *¿O es que no se es consciente del valor y trascendencia que tiene una declaración de discapacidad o dependencia?*

4.2. La necesidad de buscar y encontrar puntos de encuentro entre las situaciones de incapacidad, discapacidad y dependencia

Es bastante frecuente que la persona que obtiene el reconocimiento de una incapacidad permanente pretenda hacer valerla para a su vez obtener el reconocimiento de una discapacidad, al menos en el porcentaje mínimo que da acceso a la condición de discapacitado, con el fin de obtener las ventajas laborales, de Seguridad Social, económicas, fiscales, etcétera que ello puede comportar. O viceversa obtenido un porcentaje más o menos importante de discapacidad, pretenda obtener o al menos apoyar una pretensión de declaración de incapacidad permanente, con el fin de lucrar prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social. En el mismo sentido puede ocurrir con quien haya sido reconocido como dependiente y pretenda postular una incapacidad permanente o discapacidad. Similar propósito puede tener quien partiendo de una situación de dependencia pretenda una invalidez no contributiva. Y finalmente se podría llegar a plantear si una incapacidad judicial puede tener efecto sobre una incapacidad permanente, invalidez no contributiva, dependencia o discapacidad o a la inversa.

En definitiva, si nos encontramos ante estas situaciones *¿hay “vasos” comunicantes?* Vaya por delante la conclusión: no hay “pasarelas” que operen en uno u otro trayecto de forma automática, pero cabe y pueden buscarse puntos comunes de encuentro.

4.2.1. El reconocimiento automático de un porcentaje de discapacidad

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, vino a introducir en el Sistema de Seguridad Social prestaciones no contributivas de invalidez, jubilación y familiares, en su DA. Tercera. 2. estableció dos presunciones:

- a) Cuando a una persona se le haya reconocido una invalidez permanente en el grado de absoluta se le presumirá afecto a una minusvalía igual al 65%.
- b) Si la invalidez permanente, hubiera sido en el grado de gran invalidez se presumirá afecto a una minusvalía o enfermedad crónica igual o superior al 75% y estar precisado de la ayuda de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

⁶¹ Véase la STS 6 abril de 2004, sobre la improcedencia de proceder a la revisión del grado de discapacidad por la aprobación de un nuevo baremo (RJ 2004/2672).

Esa previsión y reconocimiento tenían sentido si se relacionaban con lo previsto en el apartado 1 de la DA Tercera. Hasta aquellas fechas era posible que si una persona interesaba (o bien se tramitaba de oficio) una declaración de invalidez permanente y tramitada la misma se acordara la declaración de invalido permanente sin derecho a prestaciones económicas (por ejemplo, por no acreditar el período mínimo de cotización exigible), lo que en definitiva y sin exagerar venía a suponer una “muerte civil” para esa persona, ya que automáticamente sería baja en el sistema, se le extinguiría el contrato de trabajo (en el caso de trabajadores por cuenta ajena) y todo ello sin derecho a prestación alguna; y con la dificultad añadida de que la administración de la Seguridad Social cuestionaría un alta posterior con cotizaciones para sanar tal defecto⁶². La previsión de la DA Tercera tenía cierto sentido y era dar una salida a esas situaciones en que el INSS se veía abocado –por la obligación que tiene la administración de resolver un procedimiento administrativo– a efectuar tales declaraciones, no te reconozco una invalidez contributiva pero te facilito el acceso a la invalidez no contributiva.

Ahora bien, téngase en cuenta que al DA. Tercera 2, precisaba una cosa que pasa a veces desapercibida “*A los efectos previstos en el número anterior, ...*” es decir del reconocimiento del derecho a una situación de invalidez sin derecho a pensión contributiva ¿*Cuál era su significado y alcance? ¿general? o ¿limitado a facilitar el cumplimiento de uno de los requisitos de la invalidez no contributiva y evitar la necesidad de pasar un nuevo examen o valoración de dolencias?*

4.2.2. La equiparación de *minusválidos* “LISMI” a *inválidos* “no contributivos”

El RD 357/1991, 15 de marzo, desarrollaba reglamentariamente las previsiones de la Ley 26/1990, su Disposición Transitoria primera, número 2 vino a establecer una asimilación automática y también una presunción:

- Aquellos que sean beneficiarios de los subsidios económicos de la Ley 13/1982, de 20 de diciembre, de Integración Social del *Minusválido* (LISMI) que soliciten la invalidez no contributiva y en su caso el subsidio de ayuda a tercera persona, no tendrán que acreditar nuevamente el grado de minusvalía surtiendo efectos a tal finalidad el grado de minusvalía ya reconocido.
- Se presumirá afectas a una minusvalía en un grado igual al 65% aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto sean beneficiarias de una pensión asistencial por razón de incapacidad y que soliciten una pensión de invalidez no contributiva

Esta presunción y asimilación tenía una finalidad, facilitar el tránsito de las prestaciones LISMI y del Fondo Nacional de Asistencia Social a las nuevas no contributivas instauradas en 1990⁶³.

⁶² Recuérdese que tal posibilidad sería rechazada por los Tribunales, en tal sentido –entre otras– puede verse la STS 14-10-1991 (Ar. 1991, 7659) y que el criterio de la administración sobre la no toma de consideración de las nuevas cotizaciones sería rechazado por el TS, entre otras STS 21-1-2015 (Rec. 127/2014).

⁶³ Ver DA. 9.ª y Transitoria primera de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

4.2.3. La equiparación a discapacitados de los pensionistas de la Seguridad Social o de Clases Pasivas del Estado

La ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en su art. 1.2 disponía que tendrán la consideración de persona con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33% y que en todo caso, se considera afectados a un grado de *minusvalía* en tal porcentaje a los pensionistas de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas del estado que tuvieren reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Realmente lo que hacía tal previsión legal era fijar un umbral de protección, la condición de *minusválido* precisa alcanzar el 33% de discapacidad. Y en segundo lugar una asimilación mínima respecto a aquellos que ya tuvieran una incapacidad permanente contributiva en los grados pensionables.

Pero también téngase en cuenta que la norma señalaba que tal reconocimiento lo era “...a los efectos de esta Ley”⁶⁴.

Desde su entrada en vigor se fueron produciendo decisiones administrativas heterogéneas, contradictorias, todas ellas emanadas de las administraciones públicas al objeto de cómo acreditar tal asimilación a la condición de *minusválido* y los efectos que ello conllevaba. Ello llevó a que el RD 1414/2006, de 1 de diciembre, se encargará de⁶⁵:

- Precisar quienes tienen la consideración de persona con discapacidad aquellas que alcance al menos una minusvalía del 33%.
- Unas asimilaciones legales para los pensionistas de IPT, IPA o GI; y para los pensionistas de Clases Pasivas del Estado que tuvieren reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio o inutilidad.

Y por otro lado se regulaba como se puede acreditar el grado de *minusvalía* igual al 33% mediante los siguientes documentos⁶⁶:

- Por Resolución o certificado expedido por el IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva.
- Resolución del INSS reconociendo la situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez.
- Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH) o del Ministerio de Defensa (MD), para las pensiones de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio o inutilidad.

Advirtiendo además que no será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órganos de las Comunidades Autónomas a los pensionistas antes referenciados.

⁶⁴ Ver art. 1.2. párrafo tercero.

⁶⁵ Art. 1 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

⁶⁶ Art. 2 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

Se trata de una asimilación de mínimos, es decir, la resolución del INSS, MEH o MD reconociéndoles la condición de pensionista parten con un 33% de discapacidad, si quieren o entienden que su situación es superior a dicho porcentaje podrán pedir al IMSERSO o los organismos de la Comunidad Autónoma competente un reconocimiento que se hará aplicando el baremo recogido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Ahora bien, si instado este reconocimiento el IMSERSO o CA entendieran que no se alcanza el 33% se limitarían a establecer esta circunstancia, sin más efectos.

La acreditación del grado de minusvalía tendrá validez en todo el territorio nacional.

En realidad tal equiparación tenía unos efectos limitados a las materias –por así decirlo– de la propia Ley 51/2003, pero para otros se requería que el interesado se sometiera a una nueva valoración, ahora vía RD 1971/1999⁶⁷.

4.2.4. Incapacitados, discapacitados y su asimilación a dependientes

La Resolución del IMSERSO de 23 de mayo de 2007, por la que se publica el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de dependencia⁶⁸ establece en su acuerdo segundo lo siguiente:

“Homologación de reconocimientos previos (PASARELAS).

Quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del IVD, garantizando en todo caso el Grado I Dependencia Moderada, nivel I.

Quienes tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona según el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia”

Se trata de, como expresivamente dice, dos pasarelas: a) una procedente del nivel contributivo de la Seguridad Social para las situaciones de pensionistas de gran invalidez; y b) la procedente de aquellos que hubieren pedido el reconocimiento de la condición de discapacitado y consiguientes prestaciones económicas y se les reconozca la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida⁶⁹.

⁶⁷ Ver entre otras STS 278/2016, de 7 de abril (rec. 20126/2014). Se debatía allí la pretensión de una persona que había sido declarada en situación de IPT para la profesión habitual y solicitó el reconocimiento de la condición de discapacitado ante el órgano competente de la CA, lo que le sería denegado pues sólo alcanzaba una discapacidad del 9%. Acudió entonces a la Jurisdicción Social en la que encontró apoyo a su pretensión y la CA recurrió en casación para la unificación de doctrina que determinó que e la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al ámbito normativo de la Ley 13/1982 (LISMI) y no al de la Ley 51/2003 y así se indicaba de forma expresa en su art. 10 la competencia de los equipos multiprofesionales para llevar a cabo tal valoración; mientras que la Ley 51/2003 despliega sus efectos en las materias que norma pero no en otras. Recuerda que las incapacidades laborales se determinan en consideraciones de empleo y trabajo, mientras que las discapacidades atienden a otros ámbitos de la vida social, como es la educación, la participación en actividades sociales, etc. Por ello el legislador puede establecer espacios comunes de encuentro pero junto a ellos hay otros que corresponden privativamente a la Seguridad Social o a la protección de los discapacitados.

⁶⁸ BOE de 7 junio de 2007.

⁶⁹ Art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 diciembre.

Un dato o un matiz que puede ser relevante, la dependencia se caracteriza por precisar “... de otras personas o ayudas importantes **para realizar las actividades básicas de la vida diaria...**”⁷⁰ y la gran invalidez por ser la situación en la que el trabajador afecto a ella “...*necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida de la tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*”⁷¹. Como se puede apreciar uno es más amplio que otro.

4.2.5. Las equiparaciones a discapacitados llevadas a cabo por RD. Legislativo 1/2013

El RD. 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, vino a dar cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto para la adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad y derogó expresamente la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Su art. 4.2 –como antes se indicó– vino a señalar lo siguiente:

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Su artículo 5 determinaba su ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, señalando como tales: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las administraciones públicas; f) Administración de justicia. g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico; y h) Empleo; y cuyas medidas específicas se regulaban en el Título I de la Ley⁷².

⁷⁰ Art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 diciembre.

⁷¹ Art. 194.6 LGSS/1994, en su versión original.

Sirva de ejemplo la interpretación que los Tribunales vienen haciendo de la situación de gran invalidez:

- a) La constatación de que la persona se encuentra en fase terminal y que el desenlace fatal lo será en próximas fechas no impide la determinación de la misma pues solamente está condicionada a la existencia de la necesidad de una tercera persona, STS 12 de mayo de 2003 (RJ, 2003, 4076).
- b) Basta con la imposibilidad de realizar una o cualquiera de los actos más esenciales de la vida, STJ País Vasco 18 abril de 2000 (AS 2000, 3157).
- c) El hecho de haber adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos más esenciales de la vida, TS 10 de febrero de 2015 (RJ 2015, 533).

⁷² Sistema de prestaciones sociales y económicas (arts. 8 y 9); Derecho a la protección de la salud (arts. 10 a 12); Atención integral (arts. 13 a 17); Derecho a la educación (arts. 18 a 21); Derecho a la vida independiente (arts. (...)

Y aquí volvemos a lo mismo, a preguntarnos cuál será el alcance de esa asimilación (“...y a todos los efectos...”), teniendo en cuenta que dentro del contenido o ámbito de derechos que se reconocen a los discapacitados se encuentran: prestaciones sociales y económicas (art. 8); farmacéuticas (art. 9); etc.

En resumen:

PASARELAS HACÍA LA DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA		
RESOLUCIÓN IMSERSO 23-5-2007		EFFECTOS EN: DEPENDENCIA
Situación	Homologación	
GI	Dependiente: GRADO I (homologación mínima)	Los previstos para los dependientes en la Ley 39/2006
Discapacitado + ATP	Dependiente*: ATP 15-29 puntos: Grado 1 ATP 30-44 puntos: Grado 2 ATP 45-72 puntos: Grado 3	
RD.LEGISLATIVO 1/2013 (ART. 4.2)		EFFECTOS EN: DISCAPACIDAD
Situación	Homologación	
IPT	Discapacitado en porcentaje 33% **	Los previstos para los discapacitados en general***
IPA		
GI		
Pensionista Clases Pasivas por Inutilidad		
LEY 40/2007, 4 DICIEMBRE (DA. 9.º)		EFFECTOS EN: SISTEMA SEGURIDAD SOCIAL
Situación	Homologación	
Incapacitados judiciales	Discapacitado en porcentaje igual o superior al 65%	A los efectos de aquellas situaciones en que la LGSS exija tal condición y porcentaje ****
<p>* Inicialmente se equiparaba al nivel 2 de cada uno de los grados. Téngase en cuenta que actualmente el discapacitado que quiera obtener el reconocimiento de que precisa de la atención de tercera persona será valorado conforme al RD 174/2011, de 11 de febrero.</p> <p>** El porcentaje es automático. Eso no impide obtener otro superior pero se tendrá que someter a la oportuna valoración y reconocimiento de la discapacidad, conforme al RD 1971/1999.</p> <p>*** El art. 8 del RD-legislativo señale que la acción protectora del sistema especial para las personas con discapacidad (que no están comprendidas dentro del Sistema de Seguridad Social por no desarrollar una actividad) comprenderá: asistencia sanitaria y farmacéutica; subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, recuperación profesional; y rehabilitación y habilitación profesionales.</p> <p>**** Prestaciones no contributivas: pensiones de invalidez y familiares; subsidio de maternidad especial; Prestaciones contributivas: jubilación especial anticipada por discapacidad; beneficios en la cotización, etc.</p> <p>Nota explicativa: ATP: Asistencia de Tercera Persona GI: Gran Invalidez IPT: Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual IPA: Incapacidad Permanente Absoluta para toda profesión u oficio.</p>		

22 a 34), Derecho al trabajo (arts. 35 a 47); Derecho a la protección social (arts. 48 a 52); y Derecho de participación en los asuntos públicos (arts. 53 a 56).

4.2.6. Otras equiparaciones legales

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas de medidas en materia de Seguridad Social vino a disponer en su DA. 9.ª lo siguiente:

“A los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por un grado de discapacidad en un grado igual o superior al 65%, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces.”

Se trata de un reconocimiento con evidente trascendencia ya que supone en el ámbito del sistema de Seguridad Social efectos relevantes en la acción protectora, por ejemplo: en los complementos a mínimos de pensiones (viudedad y orfandad); en la invalidez no contributiva (se cumple automáticamente el grado o porcentaje mínimo de discapacidad); en la protección familiar (cuantía y acceso a la asignación por hijo a cargo y en la prestación no económica); acceso a los servicios sociales. Y también con una hipotética protección futura dado el apoyo prometido por la DA. 11ª de dicha Ley 40/2007, rubricada como “Apoyo a las familias de las personas con discapacidad”, que da un mandato al Gobierno para que en el plazo de un año presente un estudio en el Congreso de los Diputados “... que analice globalmente las diferentes posibilidades para las familias de las personas en situación de discapacidad (patrimonio protegido, previsión social complementaria, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y beneficios fiscales) a fin de garantizar una renta suficiente para las personas discapacitadas que, por la naturaleza o gravedad de sus afecciones, no puedan realizar a lo largo de su vida una actividad profesional y se encuentren desprovistas de apoyo familiar.”

Adviértase ya dos cosas: a) El reconocimiento afecta al Sistema de Seguridad Social; y b) El reconocimiento se establece sin límites o modulación, es decir, bastará que un juez haya declarado incapaz a una persona para que automáticamente el sistema le reconozca que tiene un 65%, todo ello sin tener en cuenta el alcance y significado de la incapacitación judicial y las medidas o límites a la restricción de la capacidad de obrar que el juez de lo civil haya acordado. Lo que parece en principio excesivo.

Sin ánimo de ser exhaustivo podría también señalarse la recogida, por ejemplo, en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Física, el art. 58.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, señala:

“A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.

En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.”

Como se puede ver dos asimilaciones: a) Pensionistas de la Seguridad Social en el grado de IPT/IPA o GI; pensionista de jubilación o retiro por incapacidad de clases pasivas del estado, con una equiparación mínima del 33%; y b) Incapacitados Judicialmente, aunque no alcancen dicho grado.

Similar asimilación es la que también hizo el art. 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre⁷³, hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Y finalmente cabría señalar la recogida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, se dispuso en su art. 2 que:

“Artículo 2. Beneficiarios.

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.

2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.”

Precepto que también limitaba sus efectos a lo previsto en dicha Ley y venía a establecer su propia y única consideración de personas discapacitadas. Curioso es el último inciso cuando habla de cómo acreditar el grado de discapacidad “... *por resolución judicial firme*”. Si se entiende referido al juez de lo civil, cabría preguntarse qué competencias tiene este para determinar un grado de discapacidad, pues su declaración solo opera en el terreno de la capacidad de obrar pero no en otro ámbito.

4.3. Reflexiones finales

Parece que hay común opinión o coincidencia en un tema o aspecto de partida todas estas situaciones (dependencia, discapacidad, incapacidad permanente) no son equiparables de forma matemática, de tal suerte que un grado de incapacidad permanente arroje necesariamente una discapacidad en un determinado porcentaje, un grado de dependencia (y llegado el caso una incapacitación civil). Es obvio que la finalidad u objetivos a cubrir de unas y otras son distintos: la falta o reducción de la capacidad laboral y consiguiente pérdida de ingresos; el superar una situación desventajosa a consecuencia de un déficit o discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol normal⁷⁴; la necesidad de atención de otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Y por ello su valoración y determinación siguen procedimientos distintos, lo que también

⁷³ Modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto.

⁷⁴ Esta caracterización es la que tradicionalmente se ha utilizado para la minusvalía que desde la promulgación de la Ley 36/2006 se ha derivado hacia el termino discapacitado que viene a expresar la existencia de de una restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad, ella forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano.

afecta a los responsables en su determinación. Admitiéndose que en una misma persona puedan coincidir todas o varias de tales situaciones.

El problema ahora se traslada a si es o no factible establecer lo que se han llamado “*pasarelas*” o puntos de encuentro entre unas y otras. De tal suerte que acreditado encontrarse en una situación, automáticamente se le considere también comprendida en otra sin necesidad de someterse al reconocimiento expreso de esta segunda.

Aparentemente no debería de haber problema y de hecho ya se han señalado varios casos en que se han establecido puentes entre distintas situaciones. Ahora bien estos “puentes” no han sido pacíficos en su interpretación, quizás debido a la ambigüedad y falta de claridad con que han sido establecidos y porque las administraciones responsables de unas u otras situaciones no están por la labor de colaborar en favor de quienes deben de servir, que no es otro que el ciudadano que no llega a entender que se le diga que tal situación se equipara a otra pero no se equipara para todo. A ello poco ayuda que el reconocimiento y declaración de una incapacidad permanente laboral, discapacidad (para la discapacidad e invalidez no contributiva) y dependencia se lleva a cabo por entes distintos y con responsabilidades e intereses no concurrentes. Y que entre ellos parece que hay una desconfianza mutua y no se quiere aceptar plenamente las decisiones de uno u otro. Ejemplos los tenemos a lo largo del tiempo, véase la Orden de 8 de mayo de 1970 por la que se aprobó el texto refundido de los Decretos 2421/1968 y 1076/1970 por los que se establece y regula la asistencia en la Seguridad Social a los Subnormales, concretamente su art. 4 y la consideración de subnormal “*a efectos de lo previsto en el presente Decreto*” y eso que el gestor era el propio Instituto Nacional de Previsión; o bien la propia Ley 51/2003, de 2 de diciembre, cuyo art.1.2 párrafo 3 y sus equiparaciones ha dado lugar a numerosas controversias judiciales en muchos casos impulsadas por las propias CC.AA. celosas de sus competencias.

Básicamente la controversia –la que llega a los órganos judiciales– suele ser muy parecida, resulta que a un ciudadano se le reconoce una situación de incapacidad permanente total o absoluta y sabe, porque le han informado, que ello comporta a ser asimilado a discapacitado; como no tiene ningún documento o acreditación que lo diga expresamente, acude a quien se supone que debe facilitarle tal acreditación; y este le dice que tiene que pasar un nuevo reconocimiento. Aunque eso no lo entiende (ya que la Ley General de Discapacidad dice que se considerará discapacitado a quien tenga reconocida una IPT, IPA o GI.), se somete a la nueva valoración y, sorprendentemente para el, resulta que no está discapacitado pues no alcanza el 33%. Como sigue si entenderlo decide acudir a los tribunales, en la confianza de que harán entrar en razón a la administración reacia a cumplir la Ley. La respuesta que le dará el oportuno órgano judicial más o menos será que la declaración que hace el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no es equivalente a la atribución de un grado de minusvalía concreto, sino únicamente una equiparación entre situaciones jurídicas distintas que se califican en una más genérica de discapacidad; y que por ello no se puede con base a dicho artículo obligar a los equipos competentes de valoración de discapacidades a emitir un informe de valoración de la misma; informe que carecería de contenido puesto que no requeriría una evaluación previa que podría ser diferente al resultado del 33 por ciento mínimo que se precisa para buscar la equiparación y

por tanto tendrá el valor que la norma que reconoce la equiparación quiera darle⁷⁵. El pronunciamiento técnico y jurídicamente será correcto, pero desde luego incomprensible para el ciudadano⁷⁶.

En definitiva, nos vamos a encontrar con dos tipos de discapacitados:

- a) A todos los efectos, aquellos que obtengan el deseado certificado del órgano competente de la CA o de la Administración Estatal en su caso. Con efectos en todos los ámbitos en los que requiera acreditar la condición de discapacitado (civiles, fiscales, laborales, seguridad social y otras ramas de la protección social, etc.).
- b) Y habrá otros de segunda o asimilados para solamente para determinados beneficios.

Es obvio que las equiparaciones automáticas es un tema complejo, pero abordable. Buscar puntos comunes es posible, siempre que haya predisposición por parte de los implicados, dado que –en términos amplios– la discapacidad engloba las deficiencias, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación. Recuérdese que en el ámbito de la protección a la dependencia ahí está la Resolución del IMSERSO de 23 de mayo de 2007, por la que se publica el acuerdo del *Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, por el que se establecen una pasarela entre el grado de Gran Invalidez propio del sistema de Seguridad Social y un nivel de dependencia propio del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia⁷⁷.

En realidad, en muchas ocasiones, lo que subyace en esta controversia es la defensa de competencias autonómicas/estatales, que poco importan al ciudadano. Hay que pedirle a las administraciones que cumplan su misión de ser servidores públicos y den soluciones a las necesidades del ciudadano, no que las entorpezcan. Y allí quizás estaría llamado a intervenir el Consejo Nacional de la Discapacidad⁷⁸, si bien dada su composición en la que no están

⁷⁵ “... la automaticidad de la homologación opera únicamente en el ámbito y para las previsiones de la Ley 51/2003, en ningún caso a todos los efectos, sino que a quienes estén en esas situaciones de incapacidad y pretendan hacer efectiva la realidad de la existencia de la simple condición de minusvalía cifrada en el 33%, en el ámbito de aplicación de la referida Ley, no han de llevar a cabo otra actuación que no sea la de acreditar la situación de incapacidad permanente legalmente homologada. Pero si se pretende obtener esa declaración de minusvalía para otros supuestos distintos a los de la Ley o en un porcentaje superior al repetido 33%, entonces sí han de entrar en funcionamiento los sistemas de valoración del RD 1971/99” STS 29-1-2008 (RJ 2008, 2063) por todas.

⁷⁶ Véase la larga y extensa respuesta que el Justicia de Aragón en su informe DI-273/2006-1 de 8 de junio de 2006 le da a un ciudadano que se le ha reconocido una IPT por sentencia judicial y que el servicio aragonés correspondiente no le reconoce la condición de discapacitado en un 33% (solo le reconoce un 16%), eso sí, se le invita acceder a los programas especiales de fomento de empleo para discapacitados como si tuviera un 33% ya que eso le facilitará la vuelta al mercado de trabajo.

⁷⁷ El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia está integrado por representantes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de las Comunidades autónomas con competencias en servicios sociales y dependencia, de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla entre otros (art. 8 de la Ley 39/2006, de 14 diciembre).

⁷⁸ Art. 55 RD. Leg. 1/2013, de 29 noviembre.

representadas las CC.AA⁷⁹, difícilmente van a asumir estas los criterios que pudieran provenir del mismo.

Finalmente habría que advertir si la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que rechaza la equiparación plena entre las asimilaciones legales antes anotadas a la condición de discapacitado, son o no aplicables actualmente tras la promulgación de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social de 29 de noviembre de 2013. La duda surge dado que la base o hilo argumental del criterio del Tribunal Supremo (FD. Segundo)⁸⁰ es el siguiente:

“Las materias reguladas en la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos se pueden clasificar en los siguientes grupos: a) la determinación de la condición de minusválido (incluidos el diagnóstico y la valoración de las minusvalías); b) el acceso de los minusválidos al sistema educativo ordinario y a la educación especial; c) la reserva para ellos de cuotas de empleo en empresas de más de 50 trabajadores; d) la colocación de minusválidos en centros especiales de empleo; e) las prestaciones en dinero y en especie específicamente establecidas en su favor; f) los servicios sociales para minusválidos; y g) las normas especiales sobre movilidad y barreras arquitectónicas» .

De las reproducidas consideraciones, la Sala estimó que «que la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISMI, que atribuye a "equipos multiprofesionales de valoración", entre otras competencias, "la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación" (art. 10.2.c. LISMI). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes”

Pues bien, si la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad y de su Inclusión Social, es un texto refundido y comprensivo (y por eso las deroga) de las previsiones de la Leyes 13/1982, de 7 de abril, Ley 51/2003, de 2 de diciembre y de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre; si el art. 4 indica quienes son los titulares de los derechos, entre los que se encuentran tanto los reconocidos específicamente como discapacitados y los asimilados a ellos “a todos los efectos”, habrá que ver de nuevo si cabe o no mantener esa interpretación restrictiva llevada a cabo por nuestro Tribunal Supremo.

⁷⁹ RD 1855/2009, de 4 de diciembre.

⁸⁰ STS 278/2016, de 7 de abril (Rec. 2026/2014).

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

Requisitos de Acceso a la Pensión de Jubilación Activa* Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015

Requeriments for Access to the Active Reteriment Pension Comment to the STS, Social, of May 30th 2017

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

El reajuste en la reforma de las pensiones ocurrido en 2013 introdujo una nueva modalidad de jubilación que permite compatibilizar el cobro del cincuenta por ciento de la pensión, causada en un régimen de Seguridad Social en el Régimen de Clases Pasivas, con el desempeño de cualquier actividad, por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo complejo o parcial, en el sector privado. El disfrute de esta modalidad de jubilación se somete legalmente al cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos que, pese al escaso tiempo transcurrido desde su implantación, han suscitado una no desdeñable litigiosidad. Así ha ocurrido, en particular, con el requisito de tener derecho a una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, sobre el que recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo de forma algo problemática, tal como se evidencia en este trabajo.

Palabras clave

jubilación; pensión; Seguridad Social; compatibilidad entre trabajo y pensión

Abstract

The readjustment in the pension reform occurred in 2013 has introduced a new modality of retirement which allows to combine payment of 50% of the pension, caused by a Social Security regime in the Passive Classes System, with the performance of any activity, self-employment, full or part-time, in the private sector.

The enjoyment of this kind of retirement in lawfully submitted to the duty of a series of conditions and requirements that, despite the scant passing of time since its establishment, have caused a non-desirable litigiousness. That is what has happened, particularly, with the requirement of having the right to a pension that is equivalent to the one hundred per cent of the regulatory basis, in relation to which the Supreme Court have recently sentenced in a slightly problematic way, as it is shown in this work.

Keywords

retirement; pension; Social Security; compatibility between work and pension

1. LA IRRUPCIÓN DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, vino a regular la llamada “jubilación activa”, de la que actualmente se ocupan el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), y el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas,

* Este comentario se enmarca en los resultados del proyecto de investigación DER 2016-76557-R, “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): salud, familia y bienestar”, perteneciente al Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad.

aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (TRLCP). Anunciada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social¹, y recomendada por el Consejo de Europa², con la misma se amplían las posibilidades –cada vez más numerosas y heterogéneas– de compatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación (en su modalidad contributiva) y la realización de un trabajo por el pensionista, como excepción al principio general –cada vez menos general– de incompatibilidad entre pensión y trabajo contenido en el artículo 213.1 TRLGSS y en el 16.1 de la Orden de 18 enero 1967, siempre que concurren unas condiciones determinadas.

En nuestro ordenamiento, la compatibilidad entre trabajo lucrativo y jubilación ha sido tradicionalmente algo excepcional. Así, hasta el año 2001, solo se contemplaba en los casos de jubilación parcial. Pero ese año, de la mano del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible [luego sustituido por la Ley 35/2002, de 12 julio y desarrollado por el RD 1132/2002, de 31 de octubre], se introdujo una nueva posibilidad al permitir compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial, condicionado a que, durante dicha situación, se minorara el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. El supuesto es el inverso al de la jubilación parcial, porque mientras que en esta se accede a la jubilación desde la situación de activo, en la jubilación gradual y flexible se abre la posibilidad a quien ya está jubilado y cobrando una pensión de regresar a la vida laboral activa de forma parcial, reduciéndose el importe de la pensión en el porcentaje de jornada a realizar. Posteriormente, la Ley 27/2011 dio un paso más al permitir la compatibilidad entre la pensión de jubilación (sin reducción en su importe) y la realización de un trabajo por cuenta propia cuyos ingresos totales no superen el importe del SMI en cómputo anual, sin que esta actividad genere obligación de cotizar a la Seguridad Social ni otorgue derecho a futuras prestaciones (art. 165.4 LGSS, actual art. 213.4 TRLGSS). Esa misma ley otorgó carta de naturaleza a la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el ejercicio de la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados en alta en una mutualidad alternativa o exentos de causar alta en el RETA, rehabilitando el criterio anterior a la aprobación de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, como mecanismo dirigido a incentivar la prolongación de la vida laboral de este colectivo. Con el RD-Ley 5/2013, se ha producido el último avance en esta materia, al abrirse la posibilidad de que el pensionista trabaje sin vincular el importe a percibir en concepto de pensión de lo que perciba trabajando a tiempo parcial, pues se le permite trabajar sin límites en cuanto a jornada y retribución. Ahora bien, a cambio de poder trabajar sin límite de dedicación e ingresos, se le impone una reducción del 50% –valor absoluto– en el importe de la pensión, así como ciertas obligaciones en materia de cotización.

¹ La disposición adicional 37ª de la Ley 27/2011 anunciaba la futura regulación legal de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo lucrativo, en los siguientes términos: “El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo”.

² Recomendación 2ª del Consejo Europeo de 10 de julio de 2012.

En realidad, todas estas situaciones de compatibilidad entre el cobro de la pensión de jubilación y la realización de una actividad lucrativa pueden conceptuarse como supuestos de envejecimiento activo. En la jubilación activa regulada por el artículo 214 TRLGSS, que se configura como una jubilación flexible “especial”³, lo destacable es que el trabajo compatible con la pensión puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial (sin un mínimo y un máximo de jornada, aunque lo normal es que se firmen contratos a tiempo parcial con jornada próxima a la completa para no perder poder adquisitivo), por cuenta ajena o por cuenta propia, y debe realizarse en el sector privado, habida cuenta de la prohibición legal de compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación contributiva con el ejercicio de un cargo, profesión o actividad en el sector público que establecen los apartados 2 y 3 del artículo 213 TRLGSS (con la salvedad relativa a los profesores de universidad y personal licenciado sanitario eméritos). Expresamente dispone el artículo 214.7 TRLGSS que “Las previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación”.

La principal diferencia entre esta nueva modalidad de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo a título lucrativo y los supuestos previstos en los artículos 213 (jubilación flexible ordinaria, compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo por cuenta propia exonerado de la obligación de cotizar) y 215 TRLGSS (jubilación parcial, anticipada o no), que se remontan a antes de 2013, reside en el grado de la dedicación del jubilado al trabajo compatible y en que la minoración en el importe de la pensión no es proporcional al trabajo realizado⁴. Mientras que en las modalidades anteriores el trabajo por cuenta ajena del jubilado ha de ser parcial, y el del autónomo –al que, por el momento, el concepto de parcialidad le es extraño⁵– debe reportar escasa rentabilidad, ahora resulta indiferente, tanto que la actividad realizada sea a tiempo completo o a tiempo parcial, como cuál sea el montante de los ingresos obtenidos con dicha actividad. Por vez primera en nuestro Derecho, el trabajo (asalariado) a tiempo completo del jubilado no determina la suspensión de la

³ VIVERO SERRANO, J.B., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo”, *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015, p. 127.

⁴ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad”, en VV.AA., *La reforma de la pensión de jubilación*, Valencia, tirant lo blanch, 2014, p. 179.

⁵ La ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, modificó en su día la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, contemplando la posibilidad de llevar a cabo la actividad autónoma o por cuenta propia a tiempo completo o a tiempo parcial, con efectos desde el 1 de enero de 2014. Sin embargo, la entrada en vigor de esta modificación se fue aplazando en sucesivas leyes de presupuestos, la última vez por Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que estableció su entrada en vigor el 1 de enero del 2017, lo que efectivamente ocurrió, al menos formalmente, al no ser objeto de nuevo aplazamiento antes de esa fecha. Sin embargo, la Disposición Final 17ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, ha retrasado hasta el 1 de enero de 2019 la regulación del trabajo autónomo a tiempo parcial, y ha modificado el artículo 25 de la LETA para eliminar del mismo la mención a la aplicación supletoria de lo establecido para los trabajadores a tiempo parcial.

pensión a la que se tiene derecho (art. 16 OM de 18 enero 1967) sino una reducción de su cuantía⁶.

Los objetivos de este nuevo supuesto de compatibilidad, declarados en la Exposición de Motivos, apartado III, del RD-Ley 5/2013, son tres: 1º favorecer el alargamiento de la vida laboral activa, más allá de la edad legal de jubilación; 2º reforzar la sostenibilidad del sistema; y, 3º aprovechar los conocimientos y la experiencia de los trabajadores jubilados. Y sigue diciendo: “Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal, y que cuentan con largas carreras de cotización, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas”.

Para la aplicación de dicha compatibilidad se requieren dos condiciones (art. 214.1 TRLGSS):

a) Que el acceso a la pensión haya tenido lugar una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación que en cada caso resulte de aplicación según el artículo 205 y la disposición transitoria séptima del TRLGSS, sin que a tales efectos se admitan las jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado (p. ej., en casos de discapacidad o realización de trabajos penosos o peligrosos). De modo que la jubilación activa puede solicitarse justo al cumplirse la edad ordinaria de jubilación o después de haber cumplido ésta, siendo incompatible con cualquier modalidad de jubilación anticipada. Esto es, el derecho de compatibilidad previsto en el artículo 214 TRLGSS sólo se contempla para las jubilaciones ordinarias, sin que se haya extendido a las jubilaciones anticipadas, y siempre y cuando que concurren el resto de condiciones o requisitos que la norma ha fijado, lo que implica que ni siquiera todas las personas que por edad ordinaria cesan en su actividad profesional puedan ser acreedoras de la jubilación activa (no podrán hacerlo sin no alcanzan el 100% de la base reguladora) por lo que tampoco se puede invocar una vulneración del principio de igualdad⁷.

Aunque administrativamente se ha mantenido que no puede acceder a la jubilación activa quien ha disfrutado previamente de una jubilación parcial anticipada, aunque la empresa haya contratado a un relevista y el jubilado parcial acceda posteriormente a la jubilación plena con un 100% de la pensión cuando cumpla la edad ordinaria de acceso⁸, judicialmente se ha mantenido la solución contraria, toda vez que “no hay norma alguna en virtud de la cual en caso de jubilación parcial tras acreditar el requisito de edad exigido, no se pueda acceder a la jubilación activa una vez cumplida la edad exigida. El percibo de la pensión de jubilación parcial y la edad a la que se haya accedido a ésta no son datos decisivos e impeditivos del reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a los efectos de compatibilizarla con el trabajo, sólo lo son las circunstancias concurrentes en el momento de la solicitud de esta última”, por lo que si en dicho momento el solicitante de la pensión de

⁶ Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. Y CASAS BAAMONDE, M^a. E., “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, mayo 2013, p. 10.

⁷ STSJ Madrid de 7 octubre 2015, rec. 252/2015.

⁸ Criterio Administrativo INSS 2014/3.

jubilación activa acredita los requisitos exigidos por la norma (actualmente, art. 214.2 TRLGSS) tendrá derecho a ella⁹. En cambio, se ha declarado, para un trabajador del Régimen Especial del Mar, cuya jubilación se produjo antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación por aplicación de coeficientes reductores de edad, que no puede acogerse posteriormente a la jubilación activa tras cumplir la edad ordinaria de jubilación¹⁰.

b) Que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada alcance el 100 por 100, es decir, que se tenga derecho a la pensión íntegra o máxima que corresponda, lo que supone que el requisito debe reunirse en el momento inicial de reconocer la pensión de la jubilación, sin que puedan tenerse en cuenta los trabajos y las cotizaciones posteriores a la jubilación para de ese modo reducir coeficientes reductores y/o incrementar el porcentaje de la pensión hasta alcanzar el 100 por 100¹¹. El espíritu de la norma es favorecer a los trabajadores con unos periodos de cotización extensos que quieren seguir prestando servicios, sin que el hecho de que se lucren dos pensiones permita acceder a la jubilación activa cuando en ninguna de ellas se llega al 100%¹².

Aunque no está expresamente previsto en el artículo 214 TRLGSS, es requisito imprescindible que el pensionista solicite a la entidad gestora la compatibilidad del 50% de la pensión con las rentas derivadas del trabajo o de la actividad profesional que se propone desarrollar; de no hacerlo y comenzar a trabajar sin comunicarlo a la Seguridad Social, se le reclamará el reintegro del 100% de la pensión indebidamente percibida¹³, sin perjuicio de que la compatibilidad sea efectiva con una retroacción máxima de tres meses contados, no desde la fecha en cumplió todos los requisitos para acceder a la jubilación activa, sino desde la fecha de la solicitud¹⁴.

En tales condiciones, la pensión de jubilación compatible con el trabajo se sujeta a las siguientes reglas (art. 214, apartados 2 a 7, TRLGSS):

-La cuantía será equivalente al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

No obstante, la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, cuya tramitación tiene lugar en las Cortes Generales en la fecha que se escriben estas líneas, incorpora en su disposición final quinta la modificación de los apartados 2 y 5 del art. 214 LGSS para establecer que, si la actividad compatible con la pensión se realiza por cuenta

⁹ STSJ Asturias de 30 marzo 2017, rec. 211/2017.

¹⁰ STSJ País Vasco de 15 marzo 2016, rec. 301/2016.

¹¹ RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Jubilación activa", en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 404.

¹² STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 diciembre 2015, rec. 1051/2015.

¹³ STSJ Asturias de 13 noviembre 2015, rec. 2103/2015.

¹⁴ STSJ Cataluña de 6 febrero 2017, rec. 6427/2016.

propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 100 por 100.

-La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social, aunque en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por 100.

-El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima (complemento a mínimos) durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo.

-Finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

-El beneficiario que compatibilice pensión y trabajo seguirá teniendo la consideración de pensionista a todos los efectos.

-El trabajo compatible con la pensión de jubilación puede ser por cuenta propia (más allá de lo ya admitido por el artículo 213.4 TRLGSS) o por cuenta ajena a tiempo completo o parcial. En este caso, dada la mayor ventaja que la contratación de jubilados puede tener para las empresas por su reducido coste en términos de cotización, y para evitar la tentación de sustitución de trabajadores ordinarios por pensionistas que deciden regresar al mercado de trabajo, las empresas en las que se compatibilice la prestación de servicios con el cobro de pensión de jubilación deben cumplir dos requisitos: no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad (en relación con puestos de trabajo del mismo grupo profesional), y mantener el nivel de empleo existente antes de la compatibilidad (tomando como referencia el promedio de trabajadores en alta en el periodo de 90 días anteriores), aunque ello no impide la toma de decisiones de extinción objetiva procedente, despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente del trabajador, extinción del tiempo convenido o realización de la obra o servicio contratados. En principio,

Aunque el hecho causante de la pensión de jubilación es el cese en el trabajo por cumplimiento de una determinada edad (art. 204 TRLGSS), administrativamente se ha interpretado que puede producirse la compatibilidad introducida por el RDL 5/2013 sin exigirse el cese efectivo del trabajador en el trabajo por cuenta ajena o en la actividad por cuenta propia que viniera desarrollando¹⁵. Este criterio ha sido confirmado judicialmente; así,

¹⁵ El Oficio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013, en respuesta a una consulta efectuada por la Subdirección General de Gestión de Prestaciones del INSS, sostiene que “una interpretación sistemática y finalista del Real Decreto Ley 5/2013” en relación con lo establecido en los arts. 160 LGSS, 1 de la Orden de 18 de enero de 1967 y 90 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, permite entender que “la compatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo puede producirse sin solución de continuidad, es decir, sin que se produzca un cese del trabajador en la empresa para la que se presta servicios o en la actividad desarrollada por cuenta propia, en la medida en que la producción de esa compatibilidad sin solución de continuidad se corresponde con el espíritu y la finalidad del Real Decreto Ley 5/2013 y no se opone a lo dispuesto en los citados artículos (...), por cuanto lo en estos establecido en su literalidad no puede ser de aplicación al supuesto ahora sobrevenido”. De acuerdo con el citado Oficio, “la solicitud de compatibilidad de la pensión con el trabajo por cuenta ajena o con la actividad por cuenta propia (...)

la STSJ Castilla y León (Burgos), de 7 mayo 2017 (rec. 260/2017) entiende que la regulación del RDL 5/2013 sobre jubilación activa permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación contributiva con la realización de “cualquier tipo de trabajo” por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, “sin exigir, por tanto, que se trate de una actividad diferente a la que le permitió causar la prestación de jubilación”¹⁶. Lo que la norma que regula esta modalidad especial de jubilación activa establece es un régimen de compatibilidad de la prestación con la actividad por cuenta propia o ajena, a partir del momento en que esta comienza a desarrollarse, que puede ser o no coetánea con el de acceso a la jubilación ordinaria¹⁷. En caso de pluriactividad, con cotización suficiente en el Régimen General para causar derecho a pensión del 100 por 100 en dicho régimen, no tiene sentido exigir al trabajador su baja en el régimen especial para acogerse a la jubilación activa en el general, con posibilidad de solicitar de nuevo su alta en aquél una vez reconocida la misma, “situación que evidentemente no es la que recoge la norma, ni tampoco que tuviera que acudir al cómputo recíproco de cotizaciones para el cálculo de la pensión, cuando se tenían suficientes en aquel por el que se solicita para alcanzar el 100%”¹⁸.

A los notarios, por su condición de funcionarios públicos, les resulta de plena aplicación el régimen de incompatibilidades entre pensión de jubilación y desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo 1.1 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, puesto que en su artículo 2 esta ley establece la incompatibilidad para el personal que desempeña funciones públicas y percibe retribución por arancel, por lo que no es aplicable al colectivo notarial la regla de compatibilidad entre jubilación y trabajo prevista en el RDL 5/2013, y ello, independientemente de que hubieran sido integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por el Real Decreto 1505/2003, de 28 de noviembre, pues tal inclusión, a los efectos del régimen de cobertura, no permite la compatibilidad pretendida¹⁹.

Los empleados públicos encuadrados en el Régimen de Clases Pasivas también pueden acogerse a esta variante especial de jubilación flexible, conforme a su normativa específica. De este modo, la pensión de jubilación o retiro que por cumplimiento de edad hayan causado en dicho régimen especial será compatible con la realización de un trabajo

cabe considerarla como elemento determinante de la fecha del hecho causante de la pensión, en el Régimen General de la Seguridad Social, y como elemento de referencia en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (...), en la medida en que favorece el ejercicio de la compatibilidad y el fomento del envejecimiento activo evitando los trámites administrativos de la baja y el alta”. Críticamente con la legalidad de esta disposición administrativa, en tanto que podría estar realizando algo más que una mera interpretación de la norma legal, se ha pronunciado MERCADER UGUINA, J.R., “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?: El RDL 5/2013 y el valor interpretativo del Oficio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013”, *Anuario Laboral*, Lex Nova, 2015, p. 1012. En las pp. 1013-1020 de esta publicación se reproduce el texto del referido Oficio.

¹⁶ En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 8 julio 2014, rec. 1107/2014.

¹⁷ STSJ La Rioja de 30 junio 2016, rec. 134/2016.

¹⁸ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 22 octubre 2015, rec. 1266/2015. En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 6 octubre 2015, rec. 1565/2015, reconociendo el derecho a la pensión por compatibilidad con un trabajo por cuenta propia en el que ya estaba dado de alta, con una retroactividad de tres meses contados desde la solicitud.

¹⁹ STSJ Andalucía/Málaga, de 11 junio 2015, rec. 578/2015. Un análisis de esta sentencia en PÉREZ DEL REY, J., “Incompatibilidad de la función notarial con la jubilación activa. STSJ Andalucía, Málaga, de 11 de junio de 2015 (AS 2015, 2003)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, pp. 331-337.

por cuenta ajena o por cuenta propia, fuera del sector público, conservando la mitad de la pensión, siempre que la edad de acceso a la pensión de jubilación sea, al menos, la establecida como edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios públicos, y el porcentaje aplicable al haber regulador a efectos de determinar la cuantía de la pensión alcance el cien por cien. Ahora bien, se excluyen de este régimen de compatibilidad los funcionarios públicos con pensión de jubilación causada antes del 1 de enero de 2009, cuyo régimen de compatibilidad era y continuará siendo más generoso, toda vez que a estos pensionistas se les permite compatibilizar la pensión de jubilación con la realización de cualquier actividad de carácter privado, sin ningún tipo de limitación²⁰.

Durante la realización de esta modalidad de trabajo compatible con la pensión de jubilación se aplican reglas especiales en materia de cotización, contenidas en el artículo 153 del TRLGSS: a) los empresarios y los trabajadores cotizarán a la Seguridad Social únicamente por incapacidad temporal y (las empresas) por contingencias profesionales, según la normativa reguladora del régimen del sistema de la Seguridad Social correspondiente; b) se aplicará una cotización especial de solidaridad del 8 por 100, no computable para futuras prestaciones, que en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena se distribuirá entre empresario y trabajador (el 6% para el empresario y el 2% para el trabajador). No resulta de aplicación, aunque el jubilado activo tenga 65 o más años, la exoneración prevista en el artículo 152 TRLGSS.

De forma harto discutible se ha interpretado que la prestación por incapacidad temporal es incompatible con el percibo de la pensión de jubilación activa [cuando la obligación de cotizar por incapacidad temporal prevista en el artículo 153 TRLGSS sugiere precisamente lo contrario], haciéndose prevalecer lo establecido en el artículo 174 TRLGSS que contempla entre las causas de extinción del subsidio por IT el reconocimiento de la pensión de jubilación, sin excepcionar modalidad alguna²¹. Contradictoriamente con esta postura, se ha admitido que las cotizaciones anteriores al reconocimiento de la pensión de jubilación activa computen para integrar el período de carencia necesario para tener derecho al subsidio por IT, pues “la finalidad del subsidio por incapacidad temporal no es otra que la de suplir los ingresos que el trabajador, por causa de su baja, no puede percibir; lo que forzosamente implica que las cotizaciones computadas para el reconocimiento de la pensión de jubilación activa de ningún modo se agotaron en lo que respecta a completar la carencia precisa para el reconocimiento de subsidio por situación de incapacidad temporal aparecida con posterioridad”²², con lo que paladinamente se está reconociendo que la pensión de jubilación activa es compatible con el percibo del subsidio por incapacidad temporal para el desempeño del trabajo compatible con la pensión.

La cotización de solidaridad se entiende como una aportación al sistema sin contraprestación, de modo que una vez terminada la jubilación total no se producirá, como sí ocurre en la jubilación flexible ordinaria, el recálculo (con posible mejora) de la pensión, sino el mero tránsito del 50% de la pensión disfrutada al 100%, con las eventuales revalorizaciones. Se apuesta por la reducción inmediata del gasto (al reducir el importe de la pensión en un 50% durante la situación de compatibilidad), sin que importe demasiado la

²⁰ Artículo 33 del TRLCP, en redacción dada por la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 5/2013.

²¹ STSJ Castilla y León (Burgos), de 22 diciembre 2016, rec. 679/2016.

²² SSTSJ Aragón de 3 junio 2016, rec. 386/2016, y 10 junio 2016, rec. 404/2016.

considerable reducción de las cotizaciones sociales a cargo de empresario y trabajador²³. A nuestro juicio, habría sido más coherente con la finalidad de esta medida de envejecimiento activo permitir al pensionista percibir el 100% de la pensión causada, aplicando como contraprestación las reglas ordinarias de cotización al trabajo realizado durante la situación de compatibilidad, sin generación de nuevos derechos pensionísticos (utilizando terminología italiana), pero con posibilidad de mejorar la base reguladora de la pensión de jubilación cuando se cese en la actividad.

El artículo 214 TRLGSS establece en su apartado 7 que “La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente”. Al trabajador/pensionista corresponderá elegir, entre las diversas opciones posibles, y siempre que cumpla las condiciones exigidas para cada una de ellas por separado, aquélla que mejor se ajuste a sus intereses y particulares circunstancias.

A simple vista, el nuevo régimen de compatibilidad establecido por el Real Decreto Ley 5/2013 reporta ventajas tanto para empresas como para trabajadores. Para las primeras, por la sustancial reducción contributiva que lleva aparejada la concertación del contrato con el jubilado, si bien no será fácil que este beneficio consiga contrarrestar la tradicional inclinación del empresariado a rejuvenecer plantillas y su resistencia a contratar a personas de más edad (edadismo)²⁴; para los trabajadores, porque pueden compatibilizar el 50% de la pensión [bien que cumpliendo unas condiciones muy exigentes] con el 100% de las rentas salariales o profesionales correspondientes a la actividad realizada a tiempo completo o a tiempo parcial, lo que puede resultar especialmente ventajoso para los jubilados con pensiones más reducidas, a quienes puede compensar este mecanismo siempre que los ingresos derivados del trabajo resulten superiores al 50% de la pensión o, en el caso de la generalidad de los autónomos –dejando a salvo el supuesto privilegiado de los autónomos integrados en una Mutuality alternativa al RETA y, si prospera la reforma de la LETA, el de los autónomos empleadores– siempre que sus ingresos superen el SMI²⁵. También puede resultar atractivo para trabajadores cualificados, con altos ingresos y expectativas de continuar en su actividad, que por esta vía obtendrían un aporte complementario de rentas. Con todo, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del RDL 5/2013 parece desmentir, por el momento, el éxito de la medida, a la que actualmente se encuentran acogidos poco más de 27.000 pensionistas, de los cuales un 80% pertenecen al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

²³ Para VIVERO SERRANO, J.B., *cit.*, p. 128, esta solución supone “Pan para hoy y hambre para mañana”

²⁴ Sobre el “edadismo laboral” como una de las formas más insidiosas de discriminación a la que se ven sometidos los mayores, cfr. SÁNCHEZ VERA, P., “Envejecimiento y jubilación. Tendencias y retos”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 304-310.

²⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre trabajo y pensión”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.164, 2014, p.84. Como certeramente diagnostica esta autora, “el sentido de la opción estará condicionado por la cuantía de la pensión y la de los ingresos que deriven de la actividad de que se trate; a menor pensión y mayores ingresos, las posibilidades de decidir en favor de la compatibilidad entre trabajo y pensión se incrementan” (*ibidem*).

2. EL REQUISITO DE QUE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ALCANCE EL CIEN POR CIEN DE LA BASE REGULADORA: LA SOLUCIÓN ACOGIDA POR LA STS DE 30 MAYO 2017 Y SU “INCONGRUENTE” FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Para que la entidad gestora reconozca el derecho a la jubilación activa, además de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación sin aplicación de coeficientes reductores o bonificaciones de edad, el solicitante tiene que haber causado derecho a la pensión de jubilación por el 100 por 100 de la base reguladora que le corresponda. El artículo 214. 1.b) TRLGSS dispone literalmente: “El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 210 TRLGSS, el porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la pensión es variable en función los años de cotización a la Seguridad Social, aplicándose una escala que comienza con el 50% a los quince años, aumentando a partir del decimosexto año un 0,19% por cada mes adicional de cotización, entre los meses 1 y 248, y un 0,18% los que rebasen el mes 248, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100%, salvo en los casos en que se acceda a la pensión con una edad superior a la que resulte de aplicación en cada momento.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la exigencia de período de carencia para acceder a una pensión completa o al 100% de la base reguladora se está incrementando paulatinamente desde el 1 de enero de 2013, de modo que a partir de 2027, para tener derecho al 100 por 100 de la pensión, se tienen que haber cotizado al menos 37 años, y antes de llegar a esa fecha, el número de años y meses que se establecen en la disposición transitoria novena del TRLGSS (así, p. ej., en el período 2013 a 2019 se precisan al menos 35 años y seis meses cotizados).

Con este requisito se persigue favorecer a trabajadores que acrediten largas carreras de seguro y, al propio tiempo, obtener un ahorro considerable al dejar de abonar durante la compatibilidad la mitad de una pensión que se puede encontrar entre las más altas del sistema.

No obstante, resulta controvertida la forma en que puede causarse derecho a una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, que es una de las dos exigencias previstas en el tan citado artículo 214 TRLGSS para que opere la compatibilidad.

Así, las cotizaciones realizadas con posterioridad a la jubilación ordinaria ocurrida antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, tanto si dichas cotizaciones derivan de un supuesto de jubilación flexible o de suspensión de la pensión por incompatibilidad plena con el trabajo, aunque pueden determinar la supresión de coeficientes reductores y la mejora del porcentaje de la pensión hasta alcanzar el 100 por 100 de la misma, no darían derecho a la compatibilidad prevista en el artículo 214 TRLGSS, por haberse producido la jubilación antes de la edad ordinaria legalmente establecida.

En parecida situación se encontraría el trabajador, asalariado o autónomo, que se jubila con la edad ordinaria de jubilación cumplida, pero sin que su carrera de seguro le permita optar en ese momento a la pensión completa; si posteriormente se reincorpora al mercado de trabajo, total o parcialmente, o desarrolla una actividad por cuenta propia, y con

las nuevas cotizaciones (efectuadas después de la jubilación) puede alcanzar el 100 por 100 de la pensión, tampoco podría acogerse a la jubilación activa toda vez que, cuando se jubiló, no cumplía el requisito de tener derecho a la pensión íntegra. Y es que del tenor de la norma, conjugado con su espíritu y finalidad, se colige que el porcentaje del 100% ha de cumplirse previamente para acceder a la compatibilidad con el trabajo, y no gracias a las cotizaciones del trabajo efectuado después del reconocimiento inicial de la pensión de jubilación²⁶.

Sin embargo, como se ha visto, existe doctrina judicial permisiva de la jubilación activa cuando se procede de una anterior jubilación parcial, con tal de que en el momento de acceder (posteriormente) a la jubilación total se reúnan las condiciones exigidas por el artículo 214 TRLGSS.

En relación con los trabajadores autónomos, se ha resuelto que no cabe aplicar el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 278 para que el autónomo pueda ponerse al día en las cotizaciones y alcanzar de ese modo el porcentaje del 100 por 100 aplicable a la base reguladora de la prestación, que únicamente con las cotizaciones oportunamente ingresadas no acredita²⁷.

Otra cuestión que ha suscitado controversia en los tribunales, y sobre la que recientemente se ha pronunciado para unificar doctrina el Tribunal Supremo, es la relativa a si para la consecución de ese porcentaje del 100 por 100 es computable o no el porcentaje adicional por prolongación de la vida laboral activa más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, que establece el apartado 2 del artículo 210 TRLGSS (jubilación demorada), y con anterioridad el artículo 163.2 LGSS.

Acogiendo una interpretación restrictiva, un grupo de sentencias considera que ese porcentaje del 100% únicamente puede lucrarse a partir de cotizaciones reales, computadas a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación activa, sin tener en cuenta el porcentaje adicional correspondiente al período transcurrido desde la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y la solicitud de la jubilación activa. En consecuencia, si solo con los años cotizados se obtiene un porcentaje de pensión inferior al 100 por 100, no será posible compatibilizar pensión y trabajo en los términos del artículo 214 TRLGSS, y ello aunque la pensión completa sí se obtenga acumulando a ese porcentaje inicial el que corresponda por demora de la jubilación. En este sentido se ha pronunciado la STSJ de Asturias de 27 marzo 2015 (rec. 288/2015), en un supuesto en el que el solicitante de la pensión de jubilación activa tenía acreditado un total de 11.187 días cotizados, correspondiéndole por ello un porcentaje del 88,79%, si bien, como se pretende jubilar a los 73 años, esto es, habiendo cotizado 8 años después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (65 años), se le otorga un porcentaje de demora de jubilación del 16% con lo que el porcentaje total aplicable a la base reguladora alcanza el 104,79%. La Sala razona que “el porcentaje del 100% que exige el artículo 2 del Real Decreto Ley 5/2013 se ha de poner en relación con los años de cotización reales efectuados a los que se refiere el artículo 163.1 de la Ley General de la

²⁶ STSJ País Vasco de 24 noviembre 2015, rec. 2160/2015. La Sala vasca argumenta que el objeto del RDL 5/2013 “es permitir la continuidad laboral a quienes ya han cotizado lo suficiente para que a la base reguladora de su pensión de jubilación se le aplique el 100%”, no el de “permitir alargar la vida laboral para lograr una pensión en cuantía superior a la aplicable al momento de la jubilación ordinaria por edad”.

²⁷ STSJ Andalucía (Málaga) de 14 julio 2016, rec. 800/2016.

Seguridad Social, pues en caso contrario se estaría beneficiando a quien no tiene el total de 35 años cotizados permitiéndole obtener una pensión de jubilación activa, contraviniendo el espíritu que inspira el Real Decreto-Ley que lo que pretende es "premiar" a aquellos trabajadores que al alcanzar la edad legal cuentan con una larga carrera de cotización completando los años cotizados legalmente exigidos para obtener el 100% de la base reguladora, para que puedan compatibilizar el percibo del 50% de la pensión con el mantenimiento de la actividad laboral y unas obligaciones de cotización social limitadas". Otros argumentos que para la Sala asturiana son concluyentes en orden a estimar la tesis de la entidad gestora son: "Así, dispone el artículo 4 del Real Decreto Ley que durante la situación de jubilación activa los empresarios y los trabajadores cotizarán a la seguridad social únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, de lo que parece lógico deducir que el trabajador deberá de alcanzar al menos, el número de cotizaciones establecido en la disposición adicional trigésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social que, para exonerar de cuotas a los trabajadores por cuenta propia, salvo incapacidad temporal y contingencias profesionales, exige que tengan 65 años de edad y 38 años y seis meses de cotización o 67 años de edad y 37 años de cotización". Y añade: "Por otra parte, si el beneficio establecido en el punto dos del artículo 163 de la Ley General de la Seguridad Social no resulta de aplicación para otras modalidades de jubilación como la parcial o la flexible que permiten compatibilizar la pensión de jubilación con la prestación de servicios, lo coherente es efectuar una interpretación sistemática y excluir el beneficio excepcional del porcentaje de demora previsto en aquel precepto, para conseguir el porcentaje del 100% legalmente exigido para la pensión de jubilación activa". En consecuencia, el trabajador tiene que reunir el período de carencia legalmente exigido en cada momento (35 o más años) para optar a una pensión del 100% de la base reguladora en la fecha en que solicite la pensión de jubilación activa, teniendo en cuenta cotizaciones reales. Es posible que el trabajador no reúna las cotizaciones precisas para tener derecho a una pensión del 100 por 100 en la fecha en que hubiera cumplido la edad ordinaria de jubilación pero sí alcance dicho volumen de cotizaciones con posterioridad; siempre que se trate de cotizaciones reales podrá solicitar la jubilación activa aunque la pida después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación.

Por el contrario, existe otra línea doctrinal más flexible, la cual considera que la regulación introducida por el Real Decreto-Ley 5/2013 sobre jubilación activa no excluye que puedan ser computados los porcentajes adicionales por demora en la jubilación respecto de la edad ordinaria, para alcanzar de ese modo el porcentaje del 100% y tener derecho a la compatibilidad con el trabajo que esta modalidad permite. Curiosamente, el mismo TSJ asturiano que, como hemos visto, se ha pronunciado en contra de admitir el porcentaje adicional por jubilación demorada a efectos de considerar cumplido el requisito previsto en el artículo 2.b) del RDL 5/2013 (hoy recogido en el art. 214.1.b) TRLGSS), tiene otra sentencia de la misma fecha (27 marzo 2015, rec. 635/2015) sosteniendo justamente la tesis contraria en un supuesto virtualmente idéntico. En este caso se trataba de una trabajadora encuadrada en el RETA que solicitó pensión de jubilación activa el 20-12-2013, acreditando cotizaciones desde el alta en el sistema hasta la fecha del hecho causante de la jubilación (31-12-13) que ascendían a 11.531 días (31 años y 7 meses), considerados los días asimilados por parto. Por este registro de cotizaciones le correspondía un porcentaje sobre la base reguladora del 91,07%, si bien, como después de cumplir la edad ordinaria de jubilación (65 años) había cotizado 6 años (2.192 días), tiene derecho a un porcentaje de mejora de la jubilación del 16,50%, con lo que el porcentaje aplicable a la base de la pensión es el

107,57%. El INSS deniega el acceso a la jubilación activa al no alcanzar el 100% de la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación con el porcentaje del 91,07% acreditado por cotizaciones efectuadas. Sin embargo, la Sala asturiana va a entender en esta ocasión que la solicitante sí reúne el porcentaje del 100% necesario para acceder a la pensión de jubilación activa, por cuanto la normativa que la regula no contiene previsión alguna que justifique limitar el porcentaje del 100% que exige “únicamente al alcanzado por los años cotizados con exclusión de los porcentajes adicionales alcanzados por los días cotizados con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”; de modo que “resultando que la demandante, nacida el 22 de diciembre de 1942, solicitó pensión de jubilación activa el 20 de diciembre de 2013, teniendo un porcentaje del 91,07% por cotizaciones desde el alta en el sistema de Seguridad Social hasta la fecha del hecho causante de la jubilación, y además un 16,5% más por las cotizaciones efectuadas tras el cumplimiento por la misma de la edad ordinaria de jubilación, ya que tras el cumplimiento de dicha edad siguió cotizando seis años, es por lo que procede el reconocimiento a la misma del derecho a la pensión de jubilación-activa por ella reclamada, pues a la fecha del hecho causante acredita un porcentaje de jubilación superior al 100%, concurriendo en ella el resto de los requisitos precisos para que su pensión de jubilación resulte ser compatible con la realización de un trabajo”.

En parecidos términos se ha pronunciado la STSJ Madrid de 14 septiembre 2015 (rec. 407/2015), para la que no existe duda alguna de que quedan excluidas de la norma otras modalidades de jubilación, como la parcial y la flexible, pero no la activa, “ya que fácilmente hubiera podido el legislador, diciéndolo de forma expresa, apartar esta última del cómputo adicional de la referida demora”.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, ha fijado doctrina en esta materia, confirmando la tesis mantenida por la sentencia del TSJ asturiano y por la entidad gestora en sentido contrario al cómputo del porcentaje por demora de la jubilación a los efectos que aquí se consideran (compatibilidad del 50% de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia), pero con la particularidad de que introduce en su fundamentación jurídica consideraciones para apoyar su decisión que son incongruentes con la problemática suscitada, y al hacer dichas afirmaciones la Sala Cuarta acaba generando una notable confusión porque altera significativamente los términos del debate casacional.

En efecto, la STS de 30 de mayo de 2017 (rcud. 2268/2015) resume en los siguientes términos la cuestión planteada en el RCU que resuelve: “La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en determinar los requisitos establecidos para tener derecho a la llamada jubilación activa que permite compatibilizar la pensión de jubilación reconocida con el trabajo y, más concretamente, si a tal fin es preciso tener reconocido un porcentaje que de derecho a una pensión de jubilación del 100 por 100 de la base reguladora de la prestación reconocida, o cabe tenerla reconocida por porcentaje inferior, supuesto en el que sería posible alcanzar el porcentaje del 100 por 100 con las cotizaciones efectuadas por los trabajos posteriores a la jubilación” (el subrayado es mío). Yerra la sentencia al introducir en el debate la reflexión sobre la eficacia de unas supuestas cotizaciones posteriores a la jubilación, toda vez que el problema precisado de unificación doctrinal es el cómputo de las cotizaciones efectuadas antes de la jubilación pero con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, y si el porcentaje adicional generado por el retraso en el disfrute de la jubilación es útil para alcanzar el

porcentaje del 100% de la base reguladora de la prestación que la norma exige para conceder la compatibilidad con el trabajo prevista en el artículo 2 del RDL 5/2013 [actualmente reproducido en el art. 214 TRLGSS]. La confusión persiste cuando más adelante argumenta la Sala en favor de la existencia de contradicción que “en ambos casos se trata de solicitantes que al tiempo de cumplir la edad de jubilación acreditaban cotizaciones que daban derecho a un porcentaje de la base reguladora inferior al 100 por 100, demandantes ambos que pidieron la jubilación activa y trabajaron después alcanzado con las cotizaciones posteriores un porcentaje superior al 100 por 100...”, cuando, como se ha indicado, no es cierto que los peticionarios hubieran trabajado después de la jubilación (precisamente la compatibilidad entre pensión y trabajo es lo que reclaman judicialmente); también cuando asevera que “De la literalidad del precepto transcrito [el art. 2 del RDL 5/2013] se deriva que para disfrutar de los beneficios para disfrutar de los beneficios que establece el Capítulo I del citado RDL se requiere en primer lugar tener reconocida una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad exigible legalmente en cada caso y en segundo lugar que la pensión reconocida sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la misma, para poder compatibilizar el trabajo con la pensión reconocida que, durante esa situación de compatibilidad, se reducirá en un 50 por 100, sin que, por ende sea posible alcanzar porcentaje del 100 por 100 cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación”. Y más adelante, cuando sostiene que la norma que regula la jubilación activa “quedaría vacía de contenido si el porcentaje del 100 por 100 que nos ocupa se pudiese alcanzar con cotizaciones posteriores a la jubilación” y que “la solución que pretende el recurrente es contraria al espíritu de la norma que persigue mejorar a quienes acreditando el máximo periodo de cotización se jubilan y siguen trabajando, pero no a quienes no reúnen el máximo periodo de seguro y pretenden alcanzarlo con cotizaciones posteriores a su jubilación, cotizaciones de menor cuantía, al ser sólo por incapacidad temporal y contingencias profesionales (art. 4 del RDL 5/2013), lo que supone alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión sin cotizar por la contingencia de jubilación, esto es discriminar favorablemente a quien cotizó menos, objeto carente de justificación alguna y que es contrario al espíritu que deriva de una interpretación sistemática de las normas”. Lisa y llanamente, la sentencia está confundiendo en todo momento [pese a conformar realidades muy distintas y con efectos jurídicos diversos] cotizaciones realizadas con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación por mantenimiento de la actividad más allá de ésta (que es lo aquí acaecido) con cotizaciones posteriores al hecho mismo de la jubilación; cotizaciones posteriores a la jubilación activa que, como se ha visto, se limitan a las contingencias del incapacidad temporal y contingencias profesionales, más una cuota de solidaridad del 8 por 100 que en ningún caso da derecho a nuevas prestaciones ni a mejorar la pensión que se viniera percibiendo. A lo sumo, el jubilado verá reconocido el derecho a recuperar el importe completo de la pensión, pasando a cobrar el 100 por 100 de la misma, cuando cause baja en la actividad asalariada o por cuenta propia que haya compatibilizado con la pensión que le fue reconocida, con aplicación de las revalorizaciones pertinentes.

Sería muy conveniente que a la primera oportunidad que se le presente, la Sala Cuarta venga a aclarar la confusa e incongruente (para el caso) fundamentación jurídica de su doctrina en esta materia.

3. CONCLUSIÓN

Las diversas fórmulas de compatibilidad entre pensión y trabajo no deben convertirse en mecanismos que permitan complementar con rentas salariales o profesionales unas pensiones cada vez más reducidas e insuficientes, y, en definitiva, inadecuadas para garantizar la subsistencia de nuestros jubilados en condiciones dignas, sirviendo de coartada a políticas de pensiones que ven en la reducción del gasto y no en la exploración de nuevas vías de ingresos la única solución a los problemas de sostenibilidad que acucian a nuestro sistema de Seguridad Social; de lo contrario, podría llegar el día en que el desarrollo de un trabajo o una actividad más allá de la edad de jubilación deje de ser una opción legítima para convertirse en una necesidad que socave el derecho subjetivo de los ciudadanos al descanso tras una larga vida de dedicación al trabajo.

Acreditación de la condición de pareja de hecho, pensión de viudedad y principio de igualdad

Accreditation of the condition of common-law partner, widow's pension and principle of equality

ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA

(ACREDITADA A PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD)

ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

La acreditación de la condición de pareja de hecho a efectos del nacimiento del derecho a pensión de viudedad del miembro sobreviviente ha sido, –y sigue siendo– un ámbito de particular conflictividad. Una vez declarada la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS '94, que establecía la remisión a la legislación autonómica a la hora de determinar qué ha de entenderse por pareja de hecho, vulnerando el principio constitucional de igualdad, la fuerza probatoria de esta condición se reconoce legalmente de manera indistinta –art. 221 LGSS– a la inscripción en los registros específicos existentes en las CCAA o en los ayuntamientos del lugar de residencia –amén del documento público que constante la existencia de la unión de hecho–, sin que sea posible hacer prevalecer uno –la realizada en el registro autonómico– sobre otro –la llevada a cabo en el registro municipal–.

Por otra parte, el régimen jurídico de la pensión de viudedad se nos presenta como un ámbito en el que la realidad social ha ido siempre superando a la realidad legal, por lo que la jurisprudencia ha de desempeñar un papel clave en la función de adaptación normativa a las nuevas realidades y demandas sociales. A estos efectos resulta necesario superar una interpretación de la norma estrictamente formalista sustituyéndola por una finalista que garantice el respeto al principio de igualdad y no discriminación para las uniones de hecho cuya existencia esté constatada.

Abstract

The recognition of the condition of common-law partner, due to the creation of the surviving member's widow's pension right, has been –and it still is– an area of special divisiveness.

Once it was declared the unconstitutionality of the fifth paragraph of art. 174.3 LGSS '94, that stipulated the reference to the autonomous legislation in determining what should be understood as a common-law partner, violating the constitutional principle of equality, the evidential force of this condition is legally and indistinctly recognized –art. 221 LGSS– the registration in the specific registers existing in the Autonomous Communities or in the town councils of the place of residence, –along with the public document which establishes the existence of the non-marital cohabitation–, without being possible to prevail one –the one realized in the autonomous registry– on another –carried out in the municipal register–.

Additionally, the legal framework of the widow's pension is an area where social reality has always been surpassing the legal reality. That is why jurisprudence has to play an essential role in the normative adaptation to new realities and social demands. It is necessary to overcome a strict, formalist interpretation of the regulation by replacing it with a final interpretation that guarantees respect for the principle of equality and non-discrimination for those unions whose existence is already established.

Palabras clave

pensión de viudedad; pareja de hecho; doctrina jurisprudencial; principio de igualdad

Keywords

widow's pension; common-law partner; jurisprudential doctrine; principle of equality

1. INTRODUCCIÓN

La forma de acreditar la condición de pareja de hecho a efectos del nacimiento del derecho a obtener pensión de viudedad del miembro superviviente ha venido constituyendo, a tenor de la abundante doctrina judicial existente al respecto, un ámbito particularmente conflictivo desde que la reforma operada en el régimen jurídico de dicha pensión por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social amplió el ámbito de sujetos beneficiarios, incluyendo en el mismo –aunque, como es sabido, con importantes diferencias respecto a los supuestos de matrimonio– a los miembros de estas relaciones de afectividad análogas a la conyugal.

La superación por la realidad social del modelo tradicional de familia sobre el que se sustentaba en nuestro ordenamiento jurídico la regulación de la pensión de viudedad, ha hecho que nuestros Tribunales estén desempeñando un importante papel de adaptación normativa con la finalidad de atender a las nuevas necesidades y demandas sociales en el que, no obstante, aún queda camino por recorrer.

Como es sabido, los cambios legislativos más recientes han ampliado progresivamente el ámbito de potenciales beneficiarios de las pensiones de viudedad, eliminando, así, gran cantidad de situaciones de desigualdad y discriminación derivadas de la tradicional regulación de esta pensión. Pero si hay una característica que pueda identificar a los sucesivos procesos de reforma operados en este ámbito protector es su falta de coherencia y la ausencia de unos principios informadores homogéneos. Antes al contrario, hemos ido asistiendo a distintas reformas legislativas basadas en muchos casos en simples opciones de política jurídica, a veces incluso contradictorias.

Acreditadas voces críticas con la orientación del proceso reformista mantienen que el mismo habría de haberse dirigido a un replanteamiento del carácter contributivo de la pensión y, por el contrario, motivado principalmente por el coste político que tendría una reforma de este tipo, el legislador ha emprendido un largo y tortuoso camino que ha derivado en que nos hallemos ante un ámbito prestaciones particularmente complejo¹.

Han sido, y son, muchas las voces que vienen reclamando una reforma profunda e integral del régimen jurídico de la pensión de viudedad. El propio legislador ha ido dejando constancia de esa necesidad en varias ocasiones², sin que, hasta el momento, se haya acometido dicha reforma global y en profundidad, en lo que, sin duda ha influido –aunque bien es cierto que no debemos valorarlo como la única causa– el contexto económico en el que nos situamos desde hace ya algunos años y que ha determinado que las prioridades del legislador hayan ido por otros derroteros.

¹ Vid. MORENO VIDA, M.N., MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ AZNARTE, M.T.: *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Prólogo. Granada, Comares, 2013. Pág. XVII.

² Así en la Ley 30/2005, de 20 de diciembre, de PGE para 2006 (disp. Adic. 54ª) se contenía el mandato dirigido al Gobierno de reformular de manera global la pensión de viudedad con la finalidad de “recuperar su objetivo de prestación de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”. La Ley 40/2007 retomó esa idea de abordar una reforma integral de esta pensión.

Pues bien, como decíamos, uno de los ámbitos en los que la jurisprudencia viene siendo más prolífica al tratar el tema del reconocimiento de la pensión de viudedad es el referido al reconocimiento de la misma a los miembros de parejas de hecho.

2. PENSIÓN DE VIUEDAD Y PAREJAS DE HECHO

La conexión entre el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de ausencia de vínculo matrimonial y el principio de igualdad constitucional ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial en nuestro país desde la década de los 80. Tomando como base el concepto de “familia” que la Constitución recoge en su artículo 39, parece claro concluir que dentro del mismo no solamente han de merecer protección las que tienen su origen en el matrimonio, sino, de manera más amplia, se incluyen también las basadas en uniones de hecho estables (STC 222/1992, de 11 de diciembre)³. Al mismo tiempo, el propio alcance de la obligación dirigida a los poderes públicos en el artículo 41 CE, de garantizar asistencia y prestaciones sociales suficientes a “todos los ciudadanos”, implica también que la introducción de un criterio como es el de la existencia de vínculo matrimonial no pueda determinar, por sí, el reconocimiento o no de una prestación.

Pese a ello, hasta fechas relativamente recientes, el derecho a pensión de viudedad venía condicionado en nuestro país a la existencia de matrimonio, válidamente celebrado. La Ley 40/2007 amplía el ámbito subjetivo de beneficiarios de estas prestaciones, incluyendo en el mismo a las parejas vinculadas por una relación de convivencia estable y notoria, debidamente registrada.

No obstante, esta interpretación amplia de ambos preceptos constitucionales y la reforma operada en el año 2007 no han implicado, como sabemos, una equiparación absoluta entre uniones matrimoniales y no matrimoniales⁴, resultando admisibles medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (STC 184/1990, de 15 de noviembre. Admisibles, eso sí, siempre que las mismas no supongan un ataque al principio de igualdad y no discriminación de quienes deciden constituir una relación de convivencia de hecho.

Y en este punto es donde han venido residiendo las dudas relativas al recelo que pareció demostrar el legislador a la hora de regular el derecho a la pensión de viudedad de los miembros de esas uniones de afectividad análoga a la conyugal, recelo manifestado en las diferencias establecidas en cuanto a los requisitos a cumplir para acceder a la pensión dependiendo de si existía vínculo matrimonial entre causante y beneficiario/a. Unas diferencias basadas en el amplio margen de libertad a la hora de configurar el Sistema de

³ En esta misma línea STC 47/1993, de 29 de octubre, o STC 126/1994, de 25 de abril.

⁴ En este sentido, nuestros Tribunales han manifestado de manera expresa en varias ocasiones que el reconocimiento de la protección por viudedad de los miembros de parejas de hecho se llevó a cabo “de forma mucho más restringida” que en los casos de vínculo matrimonial” (vid. STSJ de Navarra de 8 de septiembre de 2011 (rec. 215/2011).

Un análisis de la reforma de 2007 y del alcance de la ampliación del ámbito subjetivo de la pensión de viudedad a las parejas de hecho en ESPÍN SÁEZ, M. y ESPADA MALLORQUÍN, S.: “A vueltas con el matrimonio como presupuesto para generar el derecho a la pensión de viudedad”. *Revista de Derecho Social*, nº 41, 2008. Págs. 145 y ss.

Seguridad Social que se confiere al legislador, reconocido por una amplia y consolidada doctrina constitucional⁵.

Sin afán de exhaustividad y como es sabido, estas diferencias principalmente se concretan, por una parte en los requisitos de convivencia estable, notoria e ininterrumpida entre el/la beneficiario/a y el/la causante, en cuanto a la duración de la misma, y al carácter inmediato al fallecimiento de dicha convivencia. Una inmediatez ésta que, a diferencia de lo que ocurre con las uniones matrimoniales, y en una diferencia carente de justificación objetiva y razonable⁶, cierra la puerta al acceso a las prestaciones a las parejas, debidamente registradas, que habiendo convivido durante períodos de tiempo prolongados, habiendo estado debidamente registradas e incluso teniendo hijos en común, hayan cesado en su convivencia en el momento del fallecimiento⁷.

Y por otra parte, las diferencias derivan de la exigencia del requisito de la dependencia económica para causar derecho a la pensión en los supuestos de muerte de uno de los miembros de la pareja de hecho. Cambia, así –en lo que para algunos constituye una señal de cuál ha de ser el rumbo que ha de seguir una futura reforma de la pensión de viudedad⁸–, la finalidad misma de la prestación que, de compensar frente a un daño como es la ausencia o minoración de ingresos derivada de la muerte de uno de los cónyuges⁹, pasa a ser la de atender a una situación de necesidad o dependencia económica, asegurando al sobreviviente de una pareja de hecho unas rentas de subsistencia, y quedando, en caso contrario, excluido del derecho a pensión al no depender económicamente del fallecido¹⁰.

Esta dependencia económica se exige, además, en un grado elevado, concretado en la necesidad de que en el año natural anterior los ingresos del solicitante de la pensión no alcanzaran el 50% de la suma de los propios y los del causante, en caso de existencia de hijos en común, o el 25 % en caso de no existir hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. También va a nacer el derecho a pensión de viudedad cuando se acredite situación de necesidad del sobreviviente, concretada en que sus ingresos resulten inferiores 1,5 veces al importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento en que se produjo el hecho causante (límite incrementable en un 0,5% adicional por cada hijo con derecho pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente), debiendo concurrir este requisito no

⁵ Así, por ejemplo, STC 134/1987, de 21 de julio o STC 97/1990, de 24 de mayo.

⁶ Vid. VALDÉS DAL-RE, F.: “Principio de igualdad y pensión de viudedad: una relación en conflicto (y II)”. *Relaciones Laborales*, nº 19, 2011, tomo 2.

⁷ Se prohíbe, así, “el divorcio de la pareja de hecho... al condicionar la prestación a que la convivencia sea hasta la muerte”. STSJ de Madrid, de 8 de febrero de 2011 (rec. 5719/2010).

⁸ En este sentido, MORENO VIDA, M.N., MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ AZNARTE, M.T.: *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma*, op. cit., para quienes resulta incomprensible que a día de hoy aún no se haya establecido el requisito de la situación de necesidad del beneficiario como el determinante del nacimiento del derecho a la pensión.

⁹ En este sentido vid. STC 184/1990, de 15 de noviembre, Más recientemente SSTC 41/2013, de 14 de febrero; 55/2013 de 11 de marzo; o 77/2013, de 8 de abril.

En palabras de PÉREZ ALONSO, la pensión de viudedad se justifica en “la solidaridad patrimonial entre los cónyuges que rige durante el matrimonio, procurando que dicha solidaridad siga después de la muerte de uno de ellos (PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013. Pág. 13).

¹⁰ Vid. STSJ de Cataluña nº 1942/2016, de 1 de abril (rec. 181/2016) o nº 6274/2014, de 29 de septiembre (rec. 3330/2014).

sólo en el momento de la solicitud, sino durante todo el período de percepción de la pensión¹¹.

Además de estos dos ámbitos, también supone una diferencia de tratamiento respecto a los supuestos de convivencia matrimonial, la exclusión en los supuestos de parejas de hecho del derecho a la pensión temporal de viudedad (art. 222 LGSS). La exigencia en estos casos, como hemos visto, de un período mínimo de 5 años de convivencia para el nacimiento del derecho a la pensión vitalicia determinaría la inaplicación de esta modalidad temporal de prestación. No obstante, entendemos que no habría obstáculo para realizar una adaptación del régimen jurídico de la pensión temporal a los requisitos previstos con carácter general para las uniones de hecho, permitiendo, por ejemplo, el nacimiento del derecho a la misma a aquéllas parejas que acreditasen un período de convivencia estable e ininterrumpida inferior a esos 5 años.

2.1. La acreditación de la condición de pareja de hecho

Pues bien, como decíamos, pese a la reforma operada en el año 2007, el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho sigue presentando múltiples interrogantes¹², que vienen siendo resueltos por nuestros Tribunales con un elevado número de resoluciones, en ocasiones incluso contradictorias entre sí, en las que realizan una interpretación más o menos extensa del contenido del art. 221 LGSS. Esta elevada casuística jurisprudencial se centra, principalmente, en los requisitos exigidos para acreditar la condición de pareja de hecho¹³. A las exigencias legales de que se trate de una análoga relación de afectividad a la conyugal, y de inexistencia de impedimento para contraer matrimonio y de vínculo matrimonial con otra persona en el momento del fallecimiento del sujeto causante de la pensión¹⁴, se unen otros dos requisitos adicionales: a) la acreditación de la convivencia estable, notoria e ininterrumpida con carácter inmediato al fallecimiento del causante, durante un período de cinco años; b) y la acreditación de la propia condición de pareja de hecho con dos años de antelación mínima respecto a la fecha del hecho causante.

¹¹ Respecto al requisito de la dependencia económica, acreditadas voces de nuestra doctrina mantienen que debiera tomarse como referencia un período más prolongado a la hora de tener en cuenta los ingresos del solicitante, pues limitarlos a los del año natural anterior puede resultar injusto, “por cuanto puede haber sido un buen año o un mal año en ingresos para el solicitante de la pensión, pero totalmente atípico en relación con lo que resultaba habitual durante el período de convivencia con su pareja de hecho”. Vid. GALA DURÁN, C.: “Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho”. *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013. Pág. 187.

¹² Un detenido análisis del derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La pensión de viudedad y las parejas de hecho”. *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9, 2015.

¹³ Mucho menor resulta respecto al elemento de la dependencia económica, limitándose los tribunales, como regla general, negar el derecho a la pensión a quienes superan el límite de ingresos marcado legalmente. En este sentido STSJ de Navarra, nº 455/2016, de 30 de septiembre (rec. 364/2016); STSJ de Murcia nº 630/2015, de 13 de julio (rec. 51/2015); o STSJ de País Vasco nº 355/2015, de 24 de febrero (rec. 84/2015).

¹⁴ SSTS de 13 de marzo de 2012 (RCUD 4620/2010) y de 24 de octubre de 2012 (RCUD 83/2012). Una interpretación flexible del requisito de inexistencia de matrimonio anterior en el momento del fallecimiento es la que realiza la STSJ de Castilla-La Mancha, nº 700/2015, de 23 de junio (rec. 1274/2014) que reconoce derecho a pensión de viudedad al miembro superviviente de pareja de hecho, inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de Valdepeñas, pese a la existencia de vínculo matrimonial anterior de la beneficiaria (que se encontraba separada legalmente, pero no divorciada), debido a que ese Registro municipal permite la inscripción pese a dicha existencia.

Por lo que respecta a la primera de las exigencias de acreditación –la de la convivencia–, pese al tenor literal del art. 221.2 LGSS, que hace referencia al certificado de empadronamiento como el instrumento necesario para la misma, y a la interpretación que hace el INSS reconociéndole a este certificado naturaleza constitutiva, consolidada doctrina jurisprudencial viene admitiendo cualquier medio de prueba que demuestre la convivencia exigida¹⁵.

Es respecto a la necesidad de acreditar la condición de pareja de hecho donde encontramos mayor conflictividad jurisprudencial y donde la colisión entre el derecho a la pensión de viudedad y el principio de igualdad constitucional se hace más evidente¹⁶. Según el párrafo segundo del art. 221.2 LGSS, esta acreditación habrá de realizarse mediante la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, en ambos casos con una antelación mínima de dos años al fallecimiento del causante.

A diferencia de lo comentado para el requisito de la convivencia –lo que no deja de resultar llamativo¹⁷–, la doctrina jurisprudencial, de forma mayoritaria, aunque criticable en nuestra opinión, ha venido realizando una interpretación estrictamente formalista y restrictiva de cuál ha de ser el instrumento adecuado para acreditar la existencia de pareja de hecho, rechazando cualquier otro medio de prueba distinto a la inscripción en el correspondiente registro o la documentación en escritura pública contempladas en la Ley¹⁸. Así, el derecho a la pensión de viudedad sólo corresponde a las parejas de hecho que, habiendo acreditado convivencia durante cinco años, hayan formalizado su relación bien a través de la inscripción en el registro correspondiente o bien mediante documento público¹⁹.

Se trata, pues, de dos requisitos diferentes, sometidos cada uno a un específico mecanismo de prueba (entre las más recientes, Sts. TS nº 932/2016, de 8 de noviembre (RCUD 3469/2014); nº 300/2016, de 19 de abril de 2016 (RCUD 2825/2014); de 30 de

¹⁵ Vid. v.gr. STS de 9 de febrero de 2015 (RCUD 1339/2014). En palabras del propio Tribunal Supremo “el certificado de empadronamiento es un medio probatorio privilegiado, pero no excluyente de la acreditación de la convivencia por otras vías”.

En este mismo sentido vid. STSJ de Madrid, nº 436/2015, de 22 de mayo (rec. 207/2015) o STSJ de Canarias/Las Palmas nº 2011/2014, de 28 de noviembre (rec. 1290/2013).

¹⁶ Sobre la acreditación de la condición de pareja de hecho. vid. ALARCÓN CASTELLANOS, M.M. y ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. Especial referencia a la forma de acreditar su existencia”. *Documentación Laboral*, nº 84, 2008. Págs. 61 y ss

¹⁷ “Da la sensación de que el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia han recorrido un camino a medias, al facilitar, por un lado, que las parejas de hecho acrediten su tiempo de convivencia... pero, por otro lado, optan por mantener una interpretación literal de la acreditación de la existencia de la propia pareja, lo que restringe dicho acceso en muchos supuestos”. Vid. GALA DURÁN, C.: “Pensión de viudedad, crisis matrimonial y parejas de hecho”, op. cit. Pág. 195.

¹⁸ Un exhaustivo análisis jurisprudencial en este ámbito en CEA AYALA, A.: “Convivencia y pensión de viudedad. Aspectos más conflictivos”. *Actualidad Laboral*, nº 2. 2013.

¹⁹ Se admite la condición de documento público exigida en el art. 174.3 LGSS y, por tanto, su validez para acreditar la existencia de pareja de hecho, por ejemplo, del acta notarial en la que se manifiesta la situación de convivencia en situación análoga al matrimonio, dentro de un proceso de reagrupación familiar (STSJ de Madrid nº 436/2015, de 22 de mayo (rec. 207/2015); del documento suscrito ante el Canciller del Consulado General de España en el Principado de Andorra (STSJ de Aragón, nº 527/2014, de 19 de septiembre, rec. 496/2014); o del certificado emitido por un Registro de un estado miembro de la UE (STSJ de País Vasco, nº 430/2014, de 25 de febrero (rec. 316/2014).

marzo de 2016 (RCUD 2689/2014); de 23 de febrero de 2016 (RCUD 3271/2014), de 18 de diciembre de 2015 (RCUD 2944/2014); de 29 de junio de 2015 (RCUD 2684/2014)...²⁰. Son razones de seguridad jurídica y de publicidad las que justifican, según esta doctrina jurisprudencial, el carácter constitutivo del requisito de la acreditación de la condición de pareja de hecho, asimilando esta exigencia a la prevista en los supuestos de matrimonio.

Las dudas que ha venido suscitando la constitucionalidad de la diferencia de trato normativo a las parejas de hecho, según que las mismas hayan cumplido o no con el requisito de la acreditación prevista en la Ley, han quedado resueltas por el Tribunal Constitucional en varias de sus resoluciones. Así, en sentencias 60/2014, de 5 de mayo y 51/2014, 45/2014 y 44/2014, de 7 de abril el Alto Tribunal señala que no es que a unas parejas de hecho –las acreditadas– se les reconozca el derecho a prestación y a otras no, sino que éstas últimas carecen de la condición de parejas de hecho a los efectos legales.

Es decir, la doble exigencia material –convivencia como pareja durante al menos los cinco años anteriores al fallecimiento del causante– y formal –la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho con dos años de antelación al hecho causante– (STC 40/2014, de 11 de marzo) determina que no son parejas estables amparadas por la ley las que no reúnan ambos requisitos. Se trata simplemente, según el Alto Tribunal, de una opción del legislador. Así, igual “que puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias” (STC 93/2013, de 23 de abril), el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad a las parejas de hecho “no impone otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que no se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, puesto que no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de seguridad jurídica” (STC 60/2014, de 5 de mayo).

Son, pues, como decíamos, razones de seguridad jurídica en el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social las que justifican la exigencia de acreditación formal de la condición de pareja de hecho, y las que, a juicio del Tribunal Constitucional, le otorgan un fundamento objetivo y razonable desde el punto de vista constitucional²¹. Un argumento éste, el de la seguridad jurídica como justificación para la interpretación formalista del requisito de la inscripción registral previa, que, como planteábamos, responde a una opción de política

²⁰ Este elevado número de resoluciones, de las cuales las expuestas constituyen una mínima parte, viene a poner de relieve la enorme conflictividad, innecesaria en gran medida, que caracteriza a este ámbito. Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, entre las más recientes, vid. a título de ejemplo, STSJ de Cataluña nº 3482/2017, de 29 de mayo (rec. 1247/2017); nº 2032/2017, de 22 de marzo (rec. 403/2017) y 1359/2017, de 21 de febrero (rec. 7457/2016); STSJ de Andalucía/Sevilla nº 1491/2017, de 17 de mayo (rec. 540/2016) y nº 562/2017, de 22 de febrero (rec. 1530/2016); STSJ de Castilla-La Mancha nº 693/2017, de 17 de marzo (rec. 816/2016); STSJ de Navarra nº 455/2016, de 30 de septiembre (rec. 364/2016); STSJ de La Rioja nº 139/2016, de 30 de junio (rec. 131/2016); o STSJ de Madrid, nº 447/2016, de 20 de junio (rec. 1453/2015).

²¹ En este sentido Sts. TS de 30 de marzo de 2016 (RCUD 2689/2016); de 17 de diciembre de 2015 (RCUD 2882/2014); de 12 de noviembre de 2014 (RCUD 3349/2013) o 22 de septiembre de 2014 (RCUD 759/2012). También en la misma línea se manifiestan la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia. Entre las más recientes, STSJ de Cataluña nº 2475/2016, de 22 de abril (rec. 6987); Sts. TSJ de Navarra nº 339/2015, de 29 de julio (rec. 276/2015) o 206/2015, de 11 de mayo (rec. 34/2015); STSJ de Asturias nº 93/2015 (rec. 2821/2014) y nº 106/2015, de 30 de enero (rec. 2794/2014).

del Derecho, según la cual las leyes a interpretar se configuran como un “código fijo de normas”, de conformación del orden social de un tiempo dado²².

No obstante esta opinión ampliamente mayoritaria, varios pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en una reinterpretación finalista de la norma conforme a las nuevas realidades y demandas social, vinieron a flexibilizar la exigencia de inscripción como requisito para generar derecho a pensión de viudedad, siendo suficiente a tales efectos con la acreditación de la convivencia mediante el correspondiente certificado de empadronamiento. Según esta corriente judicial, el requisito de la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio* con una antelación mínima de dos años anteriores al fallecimiento tendría un incuestionable carácter constitutivo. Sin embargo, esa publicidad no ha de formalizarse necesariamente en la inscripción registral, ya que ésta no es la única técnica jurídica de publicidad en nuestro ordenamiento jurídico. El propio artículo 221.2 LGSS establece una dualidad de fórmulas para la acreditación de la condición de pareja de hecho: la inscripción en el registro correspondiente o la constitución en documento público.

Y dentro del concepto de “documento público” tiene cabida la inscripción en el padrón municipal, tal y como deriva de lo previsto en los artículos 1216 CCv, 317 de la LEC y 15 y 16 de la Ley 7/1985. Según este último precepto, los datos del padrón municipal constituyen prueba de residencia en un municipio y domicilio habitual en el mismo, y a las certificaciones que de dichos datos se emitan se les reconoce carácter de “documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”. Bastaría, pues, con esta inscripción en el padrón para la necesaria acreditación de convivencia, de cara a la obtención de la correspondiente pensión de viudedad por el miembro supérstite de una pareja de hecho²³.

Y todo ello porque, entiende esta línea interpretativa, limitar la acreditación de la pareja de hecho exclusivamente al requisito de la inscripción registral supondría “establecer un nuevo rito matrimonial, pues la diferencia entre matrimonio y pareja de hecho estriba, precisamente, en que aquél es una pareja de hecho que comienza a existir en virtud de un acto jurídico de tracto único, mientras que la pareja de hecho se constituye fácticamente por un hecho continuo. Sería, pues, un absurdo entender que la pareja no exista hasta que se constituye formalmente... Así, carece de justificación una interpretación que excluya ciertos instrumentos de exteriorización fáctica que constituye la pareja convivencial...” (STSJ Madrid, nº 369\2014, de 28 de abril (Rec. 4341/2011)).

Esta nueva línea de interpretación de los requisitos del artículo 221.2 LGSS es consciente de que se aparta de la doctrina jurisprudencial mayoritaria, pero, haciendo alusión

²² Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: Reflexiones sobre una controversia de principio”, estudio preliminar a CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*. Granada. Comares. 2016. Pág. XII.

A este respecto, conviene recordar la vicisitud jurisprudencial relativa a la validez del matrimonio celebrado por el rito gitano a efectos del derecho a percibir pensión de viudedad (St. TEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muños Díaz –“La Nena” c. España). Interesante resulta el análisis del profesor MOLINA NAVARRETE, C.: *Globalización movilidad y prestaciones de la Seguridad Social*. Albacete. Bomarzo, 2013.

²³ No ocurriría así con el libro de familia, puesto que pese a ser un documento público, acredita sólo la filiación o la existencia de matrimonio y no puede asimilarse a la inscripción en el padrón pues no da fe de la convivencia *more uxorio* como situación fáctica continua. Vid. STS de 9 de febrero de 2015 (RCUD 1339/2014). Siguiendo esta línea, STSJ de Cataluña nº 1577/2015, de 3 de marzo (rec. 7221/2014).

a la STC 40/2014, de 11 de marzo, –a la que después nos referiremos– en la que el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS ‘94 por vulneración del artículo 14 CE, considera la misma debería ser aprovechada como “una oportunidad de reconstruir la jurisprudencia, fijando un criterio coherente con la búsqueda de una igualdad en el derecho y no en su negación”²⁴.

Podemos encontrar precedentes de esta interpretación flexible, refrendada por la –también– flexible línea interpretativa del requisito de la inscripción del matrimonio para que el mismo surta efectos civiles, según la cual el matrimonio produce dichos efectos desde su celebración, lo que significa que la exigencia de su inscripción es un requisito formal y garantista frente a terceros, pero no impide la producción de los efectos civiles entre los hijos y sus cónyuges ni a otros efectos, salvo los que afecten a derechos adquiridos de buena fe por terceras persona. Así pues, la inscripción del matrimonio no resulta, según esta opinión, necesaria a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente cuando no haya dudas de su celebración ni de la validez y mantenimiento del vínculo (STC 199/2004, de 15 de noviembre, en relación con los efectos de un matrimonio canónico, no inscrito en el Registro Civil)²⁵.

No obstante, el Tribunal Supremo (STS de 23 de febrero de 2016, RCU 3271/2014, en la que se casa y anula la STSJ de Madrid 696/2014, de 14 de julio, rec. 1552/2013) vino a rechazar esta nueva línea interpretativa promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se opta, así, por mantener la interpretación formalista tradicional de los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la pensión de viudedad, perdiéndose, en nuestra opinión, una oportunidad de oro para atender a las nuevas necesidades de la sociedad y para seguir avanzando en la garantía de la igualdad de este tipo de parejas de hecho no registradas, pero públicamente acreditadas.

2.2. La STS (Sala de lo Social) nº 393/2017, de 4 de mayo: ¿prevalece el Registro autonómico frente al municipal?

Pues bien, en este contexto, en relación, una vez más, con la acreditación de la condición de pareja de hecho a efectos del nacimiento del derecho a pensión de viudedad, el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala de lo Social nº 393/2017, de 4 de mayo (RCU 3271/2014),

²⁴ Como manifestaciones de esta interpretación amplia de los instrumentos para la acreditación pueden señalarse las sentencias del TSJ de Madrid nº 883/2014, de 30 de septiembre (rec. 127/2014); nº 695 y 696/2014, de 14 de julio (rec. 925/2013 y 1552/2013 respect.); nº 626/2014, de 30 de junio (rec. 551/2013); nº 498/2014, de 27 de mayo (rec. 1695/2013); y, la ya aludida, nº 369/2014, de 28 de abril (rec. 4341/2011). Sobre esta última vid. GARCÍA PAREDES, M.L.: “Comentario a la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2014”. *Actualidad Laboral*, nº 9. 2014.

²⁵ Esta misma línea interpretativa es seguida, por ejemplo, en STSJ de Cataluña nº 6738/2014, de 13 de octubre (Rec. 4320/2014).

No resulta aplicable esta doctrina, no obstante, cuando el matrimonio celebrado carece de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español. Así se pone de manifiesto en STC 194/2014, de 1 de diciembre, que resuelve en amparo el supuesto de un matrimonio celebrado en España por el rito islámico sin la previa instrucción del expediente matrimonial para la comprobación de la concurrencia de los requisitos civiles de capacidad y validez para su celebración y sin la posterior inscripción en el Registro Civil, que, en estos casos, trasciende de la mera formalidad y pasa a ser un instrumento de control de la concurrencia de dichos requisitos en los contrayentes.

En estos supuestos, no se estaría, pues, ante una vulneración del principio de igualdad constitucional al no reconocer efectos a dichos matrimonios.

3850/2015), en unificación de doctrina, vuelve sobre la cuestión de cuáles han de ser los medios adecuados para llevar a cabo dicha acreditación, abriendo así la vía –previo cumplimiento del resto de requisitos legalmente establecidos– para el reconocimiento del derecho a la pensión del miembro superviviente de una unión de hecho.

En la fundamentación fáctica de la sentencia queda acreditado que el causante, fallecido en accidente de trabajo el 27 de junio de 2012, mantenía una relación de convivencia estable e ininterrumpida desde el año 2005 con la beneficiaria, constando su inscripción como pareja de hecho en el Registro Municipal de Parejas de Hecho del Concello de Vigo desde el día 23 de enero de 2009, pese a existir un Registro de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Galicia, creado por Decreto 248/2007.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo desestima la demanda interpuesta por la beneficiaria contra la resolución del INSS en la que se le denegaba la pensión de viudedad por entender que la inscripción en el registro municipal no bastaba para acreditar la condición de pareja de hecho con el fallecido, al tratarse Galicia de una Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio.

En suplicación el TSJ de Galicia (sentencia de 19 de junio de 2015) estima el recurso interpuesto por la beneficiaria, declarando su derecho al percibo de la pensión de viudedad, sentencia frente a la cual la Mutua responsable - interpone recurso en unificación de doctrina que viene a resolver el Tribunal Supremo en la resolución comentada²⁶, denunciando la infracción del art. 174.3 LGSS '94 (vigente en el momento del hecho causante), por entender que, conforme a la normativa vigente en el momento del hecho causante, la existencia de pareja de hecho sólo quedaba acreditada formalmente mediante la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho autonómico.

Se enfrenta, pues, el Tribunal Supremo –una vez más– a la cuestión de interpretar cuáles son los medios de prueba admisibles para llevar a cabo la acreditación de la condición de pareja de hecho, necesaria para causar derecho a la pensión de viudedad a favor de miembro sobreviviente. En concreto, en el caso discutido, se trata de determinar si para dicha acreditación basta con la inscripción en el registro municipal de parejas de hecho, o si la misma habría de haberse realizado en el registro de parejas de hecho autonómico, siendo Galicia, además, una Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio.

Entiende el Tribunal que el argumento sobre el que se sustenta el recurso –la naturaleza constitutiva de la inscripción de la pareja de hecho en el Registro de la Comunidad Autónoma– queda sin efecto, desde el momento que el Tribunal Constitucional (STC 40/2014, de 11 de marzo, RTC 2014, 40) declaró la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, en la redacción dada al citado precepto por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. La acreditación de la condición de pareja de hecho a efectos del derecho a pensión de viudedad, según esa redacción, se había de realizar conforme a dos reglas: una general, certificando la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que constase la constitución de la pareja (art. 174.3, 4º LGSS '94); y una regla específica para aquellas Comunidades con Derecho Civil propio, en las cuales la

²⁶ La sentencia de contraste aportada es la del TSJ de Galicia de 6 de marzo de 2013 (rec. 4045/2010)

consideración de pareja de hecho y su acreditación habría de realizarse conforme a lo establecido en su legislación específica (art. 174.3, 5º LGSS '94)²⁷.

Se reconocía, pues, un espacio regulador propio a estas comunidades, abriéndose, así, la vía para el establecimiento de diferencias en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, haciendo depender el derecho a la misma del lugar de residencia del/de la beneficiario/a. Esta remisión a la legislación autonómica habría dos frentes de colisión con nuestro marco constitucional: por una parte, por el ataque al principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), en este caso desde el plano territorial y, por otra, por la colisión del reparto competencial Estado-Comunidades Autónomas, según el cual la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social aparece establecida como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17 CE)²⁸.

De la obligación estatal, establecida en el art. 41 CE, de garantizar un sistema público de Seguridad Social que proporcione asistencia y prestaciones sociales suficientes frente a las situaciones de necesidad de la ciudadanía deriva la necesidad asegurar la uniformidad protectora en todo el territorio nacional. El sistema ha de ser, pues, único para todos los ciudadanos garantizando, así, la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes derivados del mismo²⁹. Y es por ello que de la existencia de distintas regulaciones en materia de parejas de hecho en aquellos territorios autonómicos con Derecho Civil propio podría derivar que, en idéntica situación, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad se produjese o no en función de la Comunidad Autónoma de residencia o vecindad de la pareja de hecho.

Diferencias de trato como ésta sólo podrían resultar admisibles, según acreditada doctrina constitucional³⁰, cuando existiese una finalidad objetiva, razonable y proporcionada con el objetivo buscado que sirviese para justificarla y para evitar la arbitrariedad. Y esta finalidad no existiría cuando el distinto tratamiento entre los solicitantes de una pensión de viudedad deriva del simple hecho del lugar de residencia de la pareja de hecho³¹.

El Estado es el único titular de la potestad de regular el régimen jurídico de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, no resultando posible, por tanto, en el marco constitucional la remisión a la legislación autonómica a la hora de establecer los requisitos de acceso a una prestación (art. 149.1.17 CE). Así, la determinación del ámbito de quiénes van a

²⁷ Un pormenorizado análisis de esta cuestión en RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas (a propósito de la remisión a la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS”. *Actualidad Laboral*, nº 20, 2011. Págs 2333 y ss.

²⁸ Los profesores TORTUERO PLAZA y RODRÍGUEZ INIESTA, ya aventuraban el planteamiento de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad del art. 174.3.5 (vid. TORTUERO PLAZA, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de Seguridad Social. ¿Una realidad cambiante? La valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios”, en AA.VV.: *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, MORENO VIDA, M.N., MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ AZNARTE, M.T. (Dirs). Granada. Comares, 2013. Pág. 117,

²⁹ STC 124/1989, de 7 de julio (RTC 1989, 124)

³⁰ Sts. TC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de marzo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 200/2002, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero...

³¹ En esta línea marcada por el Tribunal Constitucional vid. entre otras, Sentencias del TS de 22 de octubre de 2014 (RJ\2014\6443); de 22 de septiembre de 2014 (RJ\2014\6431; RJ\2014\5755; RJ\2014\57545; RJ\2014\5752; RJ\2014\5751); de STSJ de Cataluña nº 6619/2014, de 9 de octubre (JUR\2014\298140).

estar protegidos por las prestaciones que integran la acción protectora del sistema constituye una norma básica, competencia estatal exclusiva como garantía del principio de igualdad de trato de la ciudadanía, con independencia del lugar de residencia. Y conviene señalar que esta competencia estatal no podría verse cuestionada por el respeto a la competencia autonómica relativa a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos Civiles, Forales o especiales (art. 148.1.8 CE), desde el momento en que la regulación de la pensión de viudedad es una norma de Seguridad Social, no de Derecho Civil³².

Como decíamos, la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS '94 es el argumento utilizado por el Tribunal Supremo para resolver el caso que ahora se analiza, considerando que, tras dicha declaración de inconstitucionalidad, la regulación de la acreditación de la condición de pareja de hecho aparece contenida en el apartado 4º del citado precepto (hoy art. 221.2 LGSS), en el cual, expresamente, el legislador admite de manera indistinta como medio de prueba la inscripción de la pareja en cualquiera de los registros específicos creados tanto en las Comunidades Autónomas como en los ayuntamientos del lugar de residencia –además de en documento público en el que conste la constitución de dicha pareja–. Queda establecida, pues, la fuerza probatoria de la inscripción en cualquiera de los registros específicos existentes, tanto el autonómico como el municipal, no siendo posible entender la prevalencia del primero sobre el segundo. Así pues, en el supuesto enjuiciado, la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Vigo, acreditada por la solicitante de la pensión constituye requisito suficiente para que la condición de pareja de hecho quede debidamente constatada y, por ende, nazca el derecho de la solicitante al percibo de la correspondiente pensión de viudedad.

Como apuntó el Tribunal Constitucional en 2014, con independencia de que la Comunidad Autónoma posea o no Derecho Civil propio, es la propia remisión a la regulación autonómica a la hora de determinar los requisitos de acceso a una prestación de Seguridad Social que resulta contraria a la Constitución³³. De admitirse esta remisión, el nacimiento o no del derecho a la pensión de viudedad se haría depender de elementos ajenos a la finalidad propia de la misma. Podían variar, por tanto, en función de la legislación existente en cada comunidad y pudiendo derivarse tratamientos diferenciados en situaciones de hecho equiparables, basados únicamente, en este caso, en el criterio del lugar de residencia de la pareja de hecho, no existiendo un fundamento objetivo y proporcionado que los justifique, y atentando, por tanto, contra el principio de igualdad.

En este marco interpretativo, no resulta posible, pues, atribuir naturaleza constitutiva exclusivamente a la inscripción en el registro de la CCAA ni tampoco hacer prevalecer ésta sobre la llevada a cabo en el registro municipal, más aún cuando ambas aparecen previstas en condiciones de igualdad en el tenor literal del art. 221.2 LGSS.

³² Vid. BORRAJO DACRUZ, E.: "Pensión de viudedad y parejas de hecho: medios de prueba admisibles de la existencia de dicha situación y comunidades autónomas". *Actualidad Laboral*, nº 6. 2014.

³³ Un interesante análisis de las posibles diferencias de trato derivadas de la remisión a la legislación de las CCAA, independientemente de si tienen o no Dº Civil propio es el realizado por los profesores TORTUERO PLAZA, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de Seguridad Social...", op. cit. pág. 119, en relación con la necesidad o no de haberse disuelto un matrimonio previo para poder constituir una pareja de hecho y para que nazca el correspondiente derecho a pensión de viudedad del miembro supérstite.

3. CONCLUSIONES

Tras la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 5º del art. 174.3 LGSS '94 por STC 40/2007, la condición de pareja de hecho a efectos de causar derecho a pensión de viudedad quedará acreditada por la inscripción de la misma en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

La nulidad de la remisión a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio a efectos de determinar qué había de entenderse por pareja de hecho vino exigida por la posibilidad derivada de dicha remisión de otorgar un tratamiento diferenciado a situaciones de hecho iguales –relaciones de afectividad análogas a la conyugal con convivencia suficientemente acreditada– simplemente en función del lugar de residencia de la pareja de hecho, conculcándose, así, el principio constitucional de igualdad, además vulnerar el reparto competencial previsto en la Constitución que reconoce la competencia exclusiva del Estado en la regulación de la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social.

La garantía del principio de igualdad en el ámbito de la Seguridad Social determina que el régimen jurídico de las prestaciones que configuran su acción protectora haya de ser regulado de forma unitaria para todo el territorio nacional, siendo, así, el Estado el único competente para hacerlo, en cuando garante del sistema de Seguridad Social. No resulta posible, pues, la remisión a las legislaciones de las Comunidades Autónomas –tengan o no Derecho Civil propio– cuando se trata de establecer las condiciones de acceso y la delimitación del ámbito subjetivo de una prestación.

Así pues, como decíamos, son tres los instrumentos a los que el art. 221.2 LGSS reconoce indistintamente fuerza probatoria a efectos de acreditar la condición de pareja de hecho en el ámbito de la pensión de viudedad: la inscripción de la pareja de hecho en el registro específico de la Comunidad Autónoma, la inscripción en el registro municipal correspondiente o la existencia de documento público de constitución. Y no resulta posible, tal y como expone la sentencia comentada, determinar la prevalencia de uno frente a otros. Reconocer naturaleza probatoria exclusivamente a la inscripción de la pareja en el registro de la Comunidad Autónoma, haciéndola prevalecer frente a la existente en el registro de parejas de hecho municipal, volvería a dejar en manos de la legislación autonómica la determinación de un requisito de acceso a una prestación, vulnerando la garantía del principio de igualdad e invadiendo un ámbito competencial del Estado.

Esta consolidada doctrina jurisprudencial garante de la igualdad y no discriminación habría de servir de base a una interpretación finalista, y no estrictamente formalista, de la norma, en lo que se refiere al acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, que se adapte a los principios, valores y nuevas demandas sociales. Una interpretación que permita reconocer la pensión al miembro sobreviviente de parejas cuya convivencia haya quedado debidamente acreditada, sin necesidad de duplicar los instrumentos de prueba de la relación de afectividad, haciéndose pasar a un “segundo plano” la necesidad de inscripción registral.

La seguridad jurídica que la jurisprudencia viene presentado de manera reiterada como el fundamento de esa interpretación formalista, en virtud de la cual se otorga fuerza

constitutiva a la inscripción de la pareja de hecho, no debería seguir haciéndose prevalecer sobre la verdadera finalidad de la norma, que es el reconocimiento del derecho a pensión en el caso de uniones de hecho debidamente acreditadas –sin olvidar, por otra parte, el requisito de la dependencia económica–.

Esta interpretación del espíritu normativo resulta imprescindible –y más en ámbitos como el analizado– para la adaptación de la norma a las nuevas demandas sociales, avanzando así en la línea de reducir el desfase aún existente entre la regulación de la pensión de viudedad y las actuales necesidades, derivadas de los cambios en las estructuras familiares.

Segunda actividad y reconocimiento de Incapacidad Permanente Total. ¿Compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)

Second activity and recognition of Total Permanent Disability. Compatibility or abuse?

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ Y ALEJANDRA SELMA PENALVA

CATEDRÁTICO Y PROFESORA TITULAR, RESPECTIVAMENTE, DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

La STS 26 abril 2017 (núm. de recurso 3050/2015) analiza las diferencias que existen entre la posibilidad de compatibilizar la pensión de incapacidad permanente total con la realización de un nuevo trabajo “siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad” (art. 198.1 LGSS) y la situación denominada de “segunda actividad” característica de determinadas profesiones como las de policía o bombero, concluyendo que se trata de supuestos diferentes que hacen imposible su compatibilidad. Corolario de ello es que, aunque uno de estos trabajadores sea declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual atendiendo a las tareas propias de la “primera actividad”, si pasa a “segunda actividad” solo podrá percibir la correspondiente pensión de Seguridad Social cuando cese definitivamente en la prestación de servicios de que se trate.

Abstract

STS 26 April 2017 (Rec. 3050/2015) analyses the differences between the possibility of combining the total permanent disability pension with the realization of a new job “provided that the functions do not coincide with those that caused the disability (article 198.1 LGSS) and the so-called “second activity” situation characteristic of certain professions such as police or fire-fighter, concluding that these are different assumptions that make their compatibility impossible. Hence, even if one of these workers is declared as totally and permanently disabled for their usual profession in accordance with the tasks of the “first activity”, if he moves to “second activity” he can only receive the corresponding Social Security pension when he definitively ceases at work.

Palabras clave

Incapacidad Permanente Total; compatibilidad; segunda actividad; Policía

Keywords

Total permanent disability; compatibility; second activity; police

1. SUPUESTO DE HECHO

Conoce el Tribunal Supremo del recurso de casación para unificación de doctrina contra la STSJ Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2015 resolutoria a su vez del recurso de suplicación interpuesto contra SJS núm. 1 de Benidorm de 27 de septiembre de 2013.

Esta última resolución estimó en su momento la demanda formulada contra el INSS y la TGSS por una trabajadora empleada como policía local. La sentencia a) declaró a la trabajadora en situación de incapacidad permanente total (IPT) por enfermedad común, al considerar que los problemas de movilidad que sufría le imposibilitan seguir desarrollando su profesión habitual; y b) fijó como fecha de efectos económicos el “*momento en que se de baja en el Ayuntamiento de Benidorm*, más las mejoras, pagas y revalorizaciones legales correspondientes”.

No conforme con este segundo contenido del fallo, la trabajadora recurrió suplicación para sostener que el derecho al percibo de la prestación por IPT le debía ser reconocido con la misma declaración de IPT, sin esperar a su baja completa y definitiva en el Ayuntamiento. Y ello porque –según su parecer– la baja desencadenante del derecho en cuestión debía ser la referida a la denominada *primera actividad* y no la causada en la *segunda actividad* compatible con la incapacidad permanente total. Sin embargo, el TSJ Comunidad Valencia desestimó el recurso y, por si quedara alguna duda, aprovechó el fallo para aclarar expresamente que “la prestación de incapacidad permanente total reconocida lo es con efectos económicos desde el cese en el trabajo, manteniendo en el resto la sentencia”.

El problema jurídico que abordan estas sentencias y que finalmente se residencia en el Tribunal Supremo consiste, por tanto, en fijar el momento en que debe entenderse producida la baja determinante del derecho al percibo de la prestación por IPT. Y es que, en principio, dicho momento podría ser tanto a) el del cese completo y definitivo en la prestación de servicios como policía para el Ayuntamiento, como b) el momento en que se deja de prestar servicios en la actividad efectivamente desarrollada cuando se declara la IPT (primera actividad), aunque en aplicación de las normas particulares que regulan el trabajo de la policía local la trabajadora pase a la conocida como “segunda actividad”.

Esta última es, como se advierte fácilmente, la tesis de la trabajadora que pretende compatibilizar el percibo de la prestación de IPT reconocida con el desempeño de las nuevas funciones asignadas dentro del cuerpo de la policía local acordes con su capacidad laboral residual. Y para ello argumenta que hacer depender los efectos económicos de la IPT de la “fecha de cese en el trabajo” contraviene las previsiones del art. 141.1 LGSS, en la redacción dada por la Ley 27/2011 conforme al cual, “en caso de Incapacidad Permanente Total la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquéllas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, presupuestos que entiende cumplidos en su situación personal. En resumen, según su criterio, la fecha de efectos económicos de la IPT debía hacerse coincidir con la fecha de cese en las funciones que inicialmente desarrollaba, y no posponerse al momento del cese en el Ayuntamiento, pues al pasar a “segunda actividad” ella simplemente está realizando, con arreglo a la ley, una nueva prestación, compatible con su estado, en la misma entidad (en este caso, el mismo Ayuntamiento) para la que anteriormente realizaba los servicios que hasta ese momento constituían su profesión habitual y respecto a los cuales se declaró la IPT.

2. CONCEPTO DE SEGUNDA ACTIVIDAD Y CUESTIONES OBJETO DE DEBATE

De acuerdo con este planteamiento, para valorar el problema jurídico que ahora se plantea resulta imprescindible definir con precisión el concepto de *segunda actividad* cuando éste se utiliza respecto a ciertos colectivos. Y es que, como la propia sentencia que ahora se comenta se ocupa de clarificar, existen determinadas profesiones (cuerpo de bomberos, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, policía municipal...) cuyo óptimo desempeño requieren de singulares condiciones psicofísicas que inevitablemente se ven mermadas con la edad. Y en atención a ello, las reglamentaciones respectivas de estos cuerpos, tanto a nivel nacional, como autonómico y municipal, disponen la limitación de

las funciones a realizar por los profesionales afectados cuando concurren las circunstancias personales en cada caso previstas.

Es lo que se conoce como “segunda actividad”, que comporta el desenvolvimiento de unas concretas tareas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero cuya carga física o psíquica es ostensiblemente menor a la que comporta el desempeño de las tareas típicas del correspondiente cuerpo o colectivo (por ejemplo, el desarrollo de tareas de tipo burocrático).

En este sentido, la normativa reguladora de cuerpos como los citados de policía o bomberos contempla que el pase a segunda actividad se produzca tanto por cumplimiento de determinada edad (55 años en la mayoría de los cuerpos), como a petición propia (cuando el solicitante acredita determinados años de servicio). Pero también por insuficiencia de aptitudes psicofísicas derivadas de enfermedad o accidente, sin necesidad de que el sujeto alcance la edad o la antigüedad en el servicio preestablecida para ello. (Como ejemplo, pueden verse los arts. 66 y ss. LO 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional).

En resumen, la segunda actividad de este tipo de empleados públicos constituye un especial estado que comporta el mantenimiento de la situación activa, conservación de la licencia de armas, y que igualmente acarrea generalmente el devengo básico de la misma retribución que el sujeto venía percibiendo antes del cambio, excepto –como es lógico– de los complementos inherentes al puesto desempeñado.

A la luz de estas consideraciones puede afirmarse ya que el concepto de “segunda actividad” que coloquialmente se utiliza en relación la situación de IPT para hacer referencia a las nuevas funciones desempeñadas con carácter profesional y adecuadas a la capacidad laboral residual del beneficiario, no coincide con el concepto de “segunda actividad” que se emplea respecto a determinadas profesiones específicas para calificar la asignación exclusiva de determinados sujetos al desarrollo de funciones menos gravosas dentro de la totalidad de tareas asociadas a su cargo, sin que por ello se modifique la “profesión habitual” que éstos desarrollaban.

Una vez hecha esta diferenciación básica, y por lo que respecta a la situación de segunda actividad reconocida en la legislación específica de ciertas profesiones y su posible compatibilidad con la prestación por IPT, se plantean a su vez nuevas cuestiones para el debate.

Básicamente hay que decidir si una vez reconocida la IPT en este tipo de profesiones, la correspondiente prestación es compatible con el desarrollo de las tareas asignadas en concepto de segunda actividad y, por tanto, sin perder la condición de trabajador de la clase que sea (policía nacional, policía local, bombero...), o, por el contrario, sólo se admite la realización de tareas propias de otra profesión distinta a la que hasta ese momento desempeñaba. Ello comporta, a su vez, una decisión sobre las funciones que se han de tener en cuenta a la hora de valorar si el sujeto en cuestión puede seguir desarrollando las tareas básicas de la profesión habitual en virtud de las cuales se declara o no la situación de IPT; esto es, ¿las correspondientes a la denominada “primera actividad”?, ¿las propias de la “segunda actividad”?, ¿una conjunción de ambos grupos de tareas?

3. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Es preciso señalar que el problema que ahora se plantea deriva en su actual formulación de la reforma del art. 141.1 LGSS-1994 ordenada en su día por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (actualmente art. 198.1 LGSS 2015) Frente a redacción anterior del precepto, la versión reformada expresamente vino a precisar que “en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, *siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total*”.

Antes de dicha reforma, el Tribunal Supremo había abordado la cuestión de la compatibilidad entre la prestación por IPT y la segunda actividad en determinadas profesiones declarando, por una parte, que el pase a segunda actividad en profesiones como la de bombero o policía municipal puede dar lugar al reconocimiento de una incapacidad permanente total, aunque tal calificación no sea automática, sino que dependa de que efectivamente el paso a segunda actividad vaya acompañado de inhabilitación para el desarrollo de las tareas profesionales fundamentales. Y, por otra, que “las decisiones en materia de calificación de la incapacidad no deben depender de las que en función del estado del trabajador puedan haberse adoptado en la relación de empleo, ya que el sistema de calificación es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación. De acuerdo con ello, el TS mantiene el criterio de que “los bomberos en segunda actividad declarados inválidos permanentes totales tienen derecho, mientras no se modifique por el cauce adecuado su situación incapacitante, a la pensión correspondiente” [SSTS 2 y 4 julio 2012 (Rec. 3256/2011 y 1923/2011)].

La reforma dispuesta por Ley 27/2011 ha cambiado, sin embargo, los términos de la cuestión. Actualmente el Tribunal Supremo entiende que el ámbito profesional de valoración debe operar sobre la totalidad de las funciones que corresponden a la profesión de que se trate (en el caso de la sentencia objeto de comentario, policía local, que comprende tareas como la patrulla, el mantenimiento de orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática). Es decir, la valoración “ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual”, incluyendo tanto las tareas que requieren mayor exigencia física como las que no. Y, por tanto, sólo si las lesiones o patologías sufridas por el solicitante tienen la suficiente entidad como para entender que afectan de forma sustancial a la mayor parte de las tareas propias de su profesión, corresponderá declarar la IPT.

Esta apreciación lleva necesariamente a considerar que correspondiendo las tareas propias de la “primera” y “segunda actividad” a la misma profesión, no puede reconocerse la compatibilidad entre el percibo de la prestación de IPT y el mantenimiento de una “segunda actividad” a la que conduce la normativa propia de la profesión. Y es que, si en términos generales no puede dudarse nadie duda que la compatibilidad entre la pensión de IPT y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta aparece siempre condicionada a que las nuevas funciones *no coincidan con aquellas que dieron lugar a la propia pensión* (art. 198.1 LGSS), cuando se asigna a este tipo de empleados públicos a una segunda actividad conforme a su normativa profesional, los mismos siguen

desarrollando, aunque sea en condiciones particularmente poco gravosas, la misma profesión respecto a la cual solicitaron la IPT y que sigue siendo su “profesión habitual”.

En este sentido, insiste el alto tribunal en que aunque la normativa autonómica califique la segunda actividad como una “situación administrativa especial”, lo cierto es que la misma se halla integrada en el servicio activo del cuerpo de que se trate y por tanto, continúa manteniendo el mismo régimen económico y disciplinario propio de la profesión. Así lo confirma el hecho de que dicha condición de segunda actividad no tiene contemplación expresa como “situación especial” en el art. 85 del Estatuto Básico del Empleo Público (en adelante EBEP), que enumera, a título taxativo, exclusivamente las siguientes situaciones administrativas “a) Servicio activo. b) Servicios especiales. c) Servicio en otras Administraciones Públicas. d) Excedencia. e) Suspensión de funciones”. Debe resaltarse, además, que así como estas concretas situaciones legales ofrecen sustantividad propia y tienen unos determinados efectos en la relación de servicio, la “segunda actividad” únicamente se diferencia del servicio activo “ordinario” en las específicas funciones a desempeñar, de menor exigencia psicofísica.

En último término, esta permanencia en el servicio activo –y, por tanto, en la misma profesión– se evidencia muy claramente en el caso de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en las previsiones normativas que, por lo general, prescriben específicamente que el pase a la situación de segunda actividad no conllevará la pérdida de la condición de agente de la autoridad ni tampoco la inhabilitación para portar el arma reglamentaria. Incluso, se advierte en algunos casos que, si concurren circunstancias excepcionales, el policía en situación de segunda actividad puede ser requerido para el cumplimiento de funciones operativas propias de la actividad primera.

Así pues, si el trabajador que ha pasado a segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional como miembro del cuerpo o colectivo de que se trate, aunque sea limitando sus funciones a las menos gravosas de entre todas las que le correspondan a su categoría, y conserva sus ingresos sin merma alguna, habrá que concluir que sigue desempeñando su profesión habitual. Aparte de que el mantenimiento de su retribución violenta el supuesto de hecho tanto de la prestación económica por IPT, como, sobre todo, de la regla sobre su compatibilidad con el salario recibido en una nueva actividad compatible con el estado de disminución psico-física.

Aprecia el alto tribunal que llegar a conclusión contraria implicaría no sólo desconocer el significado finalista de la protección por Incapacidad Permanente, sino generar una diferencia de trato injustificable frente a otros compañeros en la misma situación de segunda actividad, pero generada por el cumplimiento de los 55 años de edad, como respecto de los que se encuentren en la primera actividad y mantienen el trabajo más exigente de la profesión, que no pueden compatibilizar su actividad con la percepción de una prestación de la Seguridad Social.

Como se puede apreciar, estas argumentaciones del Tribunal Supremo se sustentan no sólo en la racionalización del gasto en prestaciones de Seguridad Social y en la flexibilización de las funciones asignadas dentro de cada grupo profesional que ha inspirado las últimas reformas legislativas, sino también, como la propia sentencia se ocupa de resaltar, en las más elementales reglas de la lógica, que impiden compatibilizar el percibo de una

prestación de IPT con el desempeño de la misma profesión respecto a la cual se había reconocido. Llegar a una conclusión contraria implicaría un serio agravio comparativo respecto a otros sujetos en situación de IPT que se ven obligados a desarrollar actividades muy distintas a aquellas en las que venían prestando servicios si es que desean encontrar una nueva profesión compatible con su estado.

4. REFLEXIONES FINALES

Claramente, las dudas que suscita el caso que se examina tienen que ver con la sutil diferencia que existe entre las funciones efectivamente asignadas al trabajador y el concepto de “profesión habitual”. Y es que aunque distintos preceptos de la Seguridad Social utilicen ambos términos de forma indistinta (como los artículos 137 y 141.1 LGSS-1995, actuales artículos 193, 194 y 198 LGSS), la diferencia entre optar por uno o por otro puede resultar, como ocurre en el caso que nos ocupa, trascendental. Se decanta el Tribunal Supremo, al igual que lo hicieron las instancias anteriores, por hacer prevalecer la *mens legis*, sobre la *mens legislatoris*, o lo que es lo mismo, el espíritu y finalidad de la ley sobre la literalidad de los términos utilizados por el legislador al redactar los distintos preceptos de la LGSS.

Así pues, a la vista del contenido del fallo, puede concluirse que en el caso objeto de debate, una vez reconocida la IPT el beneficiario en cuestión tiene dos opciones: o conservar su puesto de trabajo aceptando el pase a segunda actividad, o cesar en sus funciones como (*in casu*, como policía local) y comenzará a percibir la prestación reconocida.

Nadie discute que, en el caso de decantarse por el cese como policía, siempre tendrá la posibilidad, sin perder la pensión que le ha sido reconocida, de encontrar una nueva actividad, compatible con su estado físico, desarrollada incluso para la misma entidad empleadora, pero correspondiente a una profesión diferente (distinta por tanto a la de policía local) para la que acredite, no sólo poseer la formación necesaria, sino la capacidad laboral residual suficiente para llevarla a cabo (administrativo, conserje, formadora, monitora ocupacional, etc.).

Más allá de la naturaleza argumentativa de lo que se dice, quizá no está de más advertir de la dificultad de pasar a desempeñar una nueva profesión distinta para la misma entidad para la que hasta ese momento se prestaban servicios, cuando ésta tiene la naturaleza de ente público. Y es que como es sabido, cualquier tipo de contratación que este tipo de entidades lleve a cabo deberá ajustarse necesariamente a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad con los que se salvaguarda la eficacia de la Administración pública, y sin que, por tanto, quepa admitir recolocaciones automáticas y discrecionales en actividades distintas tras el cese en su condición, por ejemplo, de policía local.

Por otra parte, y sin perjuicio de considerar que el fallo de la STS 26 abril 2017 está ajustado a derecho y sustentado en los principios de razonabilidad y sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, no se puede olvidar que se enfrenta a un tema más complejo de lo que en un principio podría parecer. Precisamente por ello existían no solo sentencias previas contradictorias que posibilitaron el acceso a casación (cuya argumentación a partir de ahora se rechaza habida cuenta de la unificación de doctrina que lleva a cabo el TS), sino opiniones disidentes dentro del propio tribunal que justifican la existencia de un voto particular suscrito por tres magistrados de los trece que componen el pleno.

Discrepan éstos de la decisión mayoritaria con amparo en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, donde el legislador identifica como objetivo de la modificación de la LGSS, entre otros, el de clarificar “la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de IPT para la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa como en otra distinta, *como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad*”.

Para los magistrados que formulan el voto particular, estas previsiones de la exposición de motivos de la Ley 27/2011 ponen de manifiesto que la intención del legislador era verdaderamente la de permitir compatibilizar la IPT con el desempeño de funciones distintas a las que habitualmente desarrollaba el trabajador, sin necesidad de exigir que sean constitutivas de una nueva profesión. Y es que, si literalmente la exposición de motivos hace referencia a la compatibilidad entre trabajo y prestación por IPT en los casos de “segunda actividad” respecto a los colectivos que la tienen establecida, ¿por qué se han de excluir situaciones en las que son las propias reglamentaciones internas de cada cuerpo los que contemplan el paso a esta segunda actividad? ¿Por qué obviar el valor interpretativo que tiene la exposición de motivos de toda norma, al clarificar la finalidad concreta que persigue el legislador con su promulgación?

Aunque sin duda existen argumentos para defender tanto la decisión de la sentencia, como el voto particular, parece que las reglas de la razonabilidad llevan a mantener una interpretación restrictiva de la compatibilidad entre IPT y trabajo en los casos de segunda actividad; al menos por lo que respecta a los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad. Y es que lo que se interpreta como una contradicción y motiva la existencia de un voto particular discrepante con el contenido del fallo puede que en realidad esté haciendo referencia a una situación muy distinta a la que se plantea en el caso que ahora se comenta. Sobre todo porque la ambigüedad de las consideraciones de la exposición de motivos de la citada ley pueden falsamente inducir a una doble lectura de la que, en definitiva, deriva la diferencia de interpretación sobre la que se sustenta el voto particular.

No se puede olvidar que, aunque en el ámbito de las relaciones laborales en distintas ocasiones se contempla el acceso a una segunda actividad por la pérdida tanto de capacidades físicas o psíquicas, como de presupuestos habilitantes e imprescindibles para el desarrollo de la profesión (como puede ser incluso, la retirada del carné de conducir en determinadas profesiones), no todas ellas tienen el mismo alcance. Al respecto, debe diferenciarse entre a) el paso a segunda actividad previsto en la normativa propia de cuerpos y fuerzas de Seguridad, en el que en realidad el sujeto afectado no pasa a desarrollar una nueva profesión, sino simplemente a estar asignado a las tareas menos gravosas dentro del cuerpo al que pertenece, y b) los compromisos de acceso a una también llamada “segunda actividad” previstos en ciertos convenios colectivos de ámbito de sector o de empresa en los que la empresa se compromete a buscar un nuevo puesto de trabajo a sus trabajadores mientras perduren las limitaciones funcionales que les puedan ser detectadas. Se trataría éste de un supuesto excepcional en el que por voluntad acorde de las partes no se produciría la extinción del contrato de trabajo por IPT, sino una novación de su objeto, pasando el trabajador a ocupar otro puesto de trabajo en la misma empresa y a desarrollar funciones acordes con la capacidad laboral residual que conserve.

En definitiva, existen diferentes supuestos de hecho que, aunque calificados de la misma forma (“segunda actividad”) hacen referencia a compromisos de alcance muy distinto. Fundamentalmente porque en unos casos el sujeto en cuestión sigue desempeñando su misma profesión, mientras que en otros pasa a realizar una distinta, aunque sea para la misma empresa. Obviar esta diferencia conduce sin duda a un contrasentido, opuesto no sólo a la flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, sino también a la racionalización del gasto que inspira la misma Ley 27/2011, pues llevaría a reconocer prestación por IPT a un trabajador que ni ha dejado su profesión habitual, ni ha sufrido merma alguna de ingresos que deban ser compensados.

Ahora bien, después de admitir que el pase a segunda actividad por parte de los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad, u otros colectivos en similares circunstancias, implica seguir desarrollando la que venía siendo su profesión habitual, aunque quedando encomendado a la realización de tareas menos gravosas, queda por valorar una segunda cuestión. Y es que si el reconocimiento IPT ha de realizarse atendiendo a la totalidad de las funciones desempeñadas por el sujeto (incluyendo por ello las correspondientes a la segunda actividad prevista en su normativa), podría cuestionarse si verdaderamente debe reconocerse la situación de IPT en los casos en los que un sujeto conserva la capacidad suficiente para desarrollar las tareas de apoyo, administración o gestión que integran los cometidos de la situación conocida como “segunda actividad”. Dicho de otro modo, si pese a la reducción de funciones la profesión habitual que desempeña el trabajador sigue siendo la de policía local, policía nacional o bombero ¿verdaderamente puede hablarse de IPT?

Y es que, aunque el caso que se estudia llega a los tribunales como un problema de compatibilidad entre trabajo y pensión por IPT, en su raíz lo que verdaderamente plantea es si puede o no reconocerse la situación de IPT a quien conserva capacidad laboral suficiente para desarrollar las tareas básicas de su puesto de trabajo. Y ello porque tan profesión habitual es la “primera”, como la “segunda actividad”. Ahora bien, si la tendencia actual es la de ampliar las competencias funcionales de los trabajadores (cfr. arts. 22 y 39 ET), ¿cuál debería ser la noción que debe prevalecer a la hora de determinar si concurren los presupuestos necesarios para declarar la IPT?, ¿las funciones exactas que se vinieran desarrollando en el concreto puesto de trabajo asignado, o la profesión habitual, entendida ésta como un conjunto coordinado de tareas diversas? Seguramente, en los casos en los que la concreta profesión, atendiendo a su normativa específica, reconozca el pase a una segunda actividad dentro del mismo cuerpo, la calificación de IPT para la profesión habitual solo debe admitirse cuando el estado del solicitante le impide verdaderamente realizar incluso las tareas menos gravosas que integran el contenido de esta llamada “segunda actividad”. Solo así se eliminan también los problemas de compatibilidad que dicha prestación suscita cuando se presenta en las condiciones apuntadas.

Sobre la jubilación parcial en los supuestos de acumulación de la jornada reducida.

About partial retirement in cases of accumulation of the part-time working hours

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Resumen

Institución compleja donde las haya, la jubilación parcial ha sido objeto de múltiples reformas normativas. Ninguna, sin embargo, ha atendido los supuestos cada vez más frecuentes en los que los trabajadores que se jubilan parcialmente acumulan la reducción de la jornada en el periodo inmediatamente posterior a la suscripción del contrato, con el efecto de no volver a prestar servicios más adelante. Es por ello de interés revisar la jurisprudencia al respecto. Precisamente, este artículo propone un análisis de la cuestión con especial referencia al último pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto.

Abstract

Partial retirement, a complex institution, has been affected by multiple reform over the last few years. However, none of them has paid attention to the increasing number of cases in which partially-retired workers accumulate the part-time working hours during the period immediately following the conclusion of the contract, so these workers are not required to provide services anymore. That is why the case law must be taken into account. This article aims precisely to assess with particular reference to the last Supreme Court judgement concerning this matter.

Palabras clave

jubilación; contrato de relevo; jornada; empleo; Seguridad Social

Keywords

retirement; replacement contract; working time; employment; Social Security

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA JUBILACIÓN PARCIAL: CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y REQUISITOS

Como si de las dos caras de una misma moneda se tratara, la jubilación parcial y el contrato de relevo convergen en el cumplimiento de un objetivo múltiple. De un lado, y coherentemente con la política de fomento del empleo, se persigue que la jubilación no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo, de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste. La jubilación parcial, ineludiblemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, facilita la transición progresiva de la vida activa al retiro, manteniendo al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial¹. De otro lado, se pretende evitar que los ingresos de la Seguridad Social se vean mermados, a lo que cabe añadir –ya desde la óptica del jubilado– que la finalidad reside

¹ No en vano, el III AENC mantiene la apuesta por la jubilación parcial y el contrato de relevo como instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas.

también en el acceso paulatino a la jubilación por parte de los trabajadores que no tienen aún los requisitos para jubilarse en los términos comunes previstos en la propia LGSS (SSTS de 14 de marzo de 2017, 23 de junio de 2015, 23 de noviembre de 2011 y 5 de noviembre de 2012). La jubilación parcial permite, en definitiva, la permanencia en el empleo de los trabajadores próximos a la edad de jubilación y la transición progresiva a la misma, fomentando el empleo y eludiendo costes añadidos para la Seguridad Social preservando la recaudación de cuotas². Se trata de favorecer la desvinculación laboral gradual del trabajador, que pasa a trabajar a tiempo parcial, y promover al tiempo la inserción laboral de un trabajador desempleado o mejorar la calidad en el empleo de un trabajador vinculado hasta ese momento a la empresa con un contrato de duración determinada (art. 12.6 del ET).

La jubilación parcial posibilita el abandono gradual del mercado de trabajo, facilitando el tránsito entre la plena actividad y la jubilación total. De esta forma, se evitan posibles dificultades de adaptación a esta nueva situación, al tiempo que se propicia el intercambio de experiencia entre el parcialmente jubilado y el relevista. El potencial de esta figura es innegable en el presente contexto, en el que como consecuencia de factores demográficos (envejecimiento de la población, baja tasa de natalidad y mayor esperanza de vida) y socioeconómicos (entre los que cobra mayor relevancia la elevada tasa de desempleo), se plantea la necesidad de contener el coste de las pensiones de jubilación en aras de asegurar el sostenimiento del sistema de Seguridad Social. El tema goza de gran actualidad, en la medida en que la jubilación parcial evita el acceso prematuro a la pensión completa, incentivando el retraso de la edad de jubilación o la posposición del momento de jubilación total a la edad ordinaria legalmente contemplada³.

La consecución del objetivo múltiple de este acceso gradual a la jubilación pasa, desde luego, por combinar los intereses de los distintos sujetos implicados, es decir, el trabajador relevado (jubilado parcial), el trabajador relevista y el empleador. Y es que la articulación de la jubilación parcial implica un componente tripartito que ocupa un espacio protagónico natural, es decir, la existencia de una empresa que ocupa a un trabajador que decide reducir su jornada de trabajo para percibir la jubilación parcial proporcional a la jornada dejada de trabajar y que además deberá ser cubierta por otro trabajador llamado relevista. Se asegura, así, que el trabajador relevado acceda de forma paulatina a la jubilación y que contribuya ese esfuerzo del sistema que permite la jubilación de quien no tiene aún los requisitos para jubilarse en los términos comunes previstos en la propia LGSS, a la creación de empleo o a paliar en las empresas la situación de temporalidad de alguno de sus trabajadores. Como se ha apuntado⁴, al margen de los objetivos perseguidos por el legislador, y al margen también de los costes para el sistema público de protección social, es evidente que empresas y trabajadores también tienen sus propios intereses legítimos y, entre estos puede estar –por muy diferentes razones– el de concentrar la jornada que le queda por realizar al trabajador jubilado parcialmente –y vinculado a la empresa, a partir de ese

² Estas finalidades ya estarían presentes, a modo de declaración de intenciones, en la Ley 32/1984, de 2 de agosto, al indicar que "el contrato de relevo viene a completar esta posibilidad de reparto de trabajo, mejorando además el bienestar social de trabajadores con edad próxima a la de jubilación".

³ FERRANDO GARCÍA, F.: "La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición", en AA. VV.: *La reforma de la pensión de jubilación*, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (Coords.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 236.

⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Jubilación parcial y acumulación de jornada", en *Revista de Información Laboral*, num. 5, 2015. BIB 2015\1861.

momento, con un contrato a tiempo parcial— hasta el momento de su jubilación total. Se favorece así el mantenimiento del empleo hasta la edad legal de jubilación, y se renuncia en la medida de lo posible a jubilaciones totales prematuras.

Se entenderá entonces que la solución jurídica de los no escasos problemas que suelen plantearse al respecto implique la revisión de la jurisprudencia existente. Lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en relación con los requisitos exigidos normativamente, no siempre articulados de forma clara —según se verá más adelante—. La Sentencia que motiva la oportunidad de este artículo radica precisamente en un aspecto ni siquiera tratado en la regulación legal de la jubilación parcial como es la posibilidad de acumular la jornada reducida que debería realizar el jubilado parcial trabajando a jornada completa. La misma antítesis de los últimos adjetivos empleados permite adivinar que no es ésta una cuestión sencilla.

1.1. Requisitos en la normativa de Seguridad Social

Es la vinculación de la jubilación parcial anticipada con el contrato de relevo la que explica que el examen de los requisitos de acceso a la primera implique la consulta tanto del Estatuto de los Trabajadores como de la LGSS. Lo cierto es que la concesión inicial de la jubilación parcial queda vinculada a que el solicitante reúna la totalidad de los requisitos que el sistema público de Seguridad Social exige en el momento del hecho causante. Por ello, la existencia de fraude o irregularidades que pueda cometer la empresa en la contratación del relevista podrán impedir la concesión de la prestación del sistema público de Seguridad Social si ello afecta al cumplimiento de los requisitos legales, sin perjuicio de que el trabajador afectado que ve impedido su acceso a la jubilación parcial por ese motivo pueda formular frente la empresa la correspondiente demanda por los perjuicios que haya podido sufrir por tal motivo⁵. El art. 215.2 LGSS contempla los siguientes requisitos:

- Tener cumplida en la fecha del hecho causante una edad de sesenta y cinco años, o de sesenta y tres cuando se acrediten treinta y seis años y seis meses de cotización, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.
- Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.
- Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento, o del 75 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, siempre que se acrediten el resto de los requisitos. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

⁵ MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: "El nuevo régimen jurídico de la jubilación parcial", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2013. LA LEY 2549/2013.

- Acreditar un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años.
- Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

1.2. Requisitos en la normativa laboral: el contrato de relevo

Junto a los requisitos recién aludidos, conviene referirse como exigencia básica del acceso a la jubilación parcial al requerimiento de que la empresa de forma simultánea contrate a un trabajador desempleado o a uno de sus trabajadores temporales. En concreto, el art. 12.6 ET establece que "para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente".

El contrato de relevo, cuya función es cubrir la parte de jornada que deja de trabajar otro trabajador a tiempo completo que se jubila parcialmente hasta que alcanza la edad de jubilación ordinaria, constituye por tanto un requisito constitutivo de la jubilación parcial anticipada. Según se acaba de exponer, se exige que otro trabajador sea contratado específicamente y de forma simultánea para prestar servicios la parte de jornada que deja vacante el jubilado parcial. El Tribunal Supremo ha precisado al respecto que "del análisis conjunto de la normativa aplicable se infiere que el derecho a la jubilación parcial del trabajador que reúna los requisitos personales como la edad, permanencia en la empresa, etc., establecidos, no son suficientes para que de manera automática se materialice este derecho, sino que se requiere, además, mediante acuerdo con la empresa, la suscripción de un contrato a tiempo parcial "residual" para el trabajador que se pretende jubilar y otra actuación más, también de la empresa, que consiste en contratar a un trabajador mediante la modalidad de "relevo" a tiempo parcial o completo. Por lo tanto, cuando la empresa no haya contratado a un relevista, o haya contratado a un trabajador que no se halle en situación de desempleo o a un contratado a tiempo completo o haya celebrado un contrato de relevo en fraude de Ley, el INSS podrá denegar la jubilación parcial solicitada aun cuando la empresa haya llegado a un acuerdo con el trabajador jubilado y éste reúna las exigencias de la jubilación parcial" (STS de 6 de octubre de 2011).

En todo caso, conviene precisar que la situación del relevista está en origen vinculada a la jubilación parcial y no al contrato a tiempo parcial, de forma que la extinción de este contrato, como en el supuesto de fallecimiento del trabajador jubilado, no alcanza al contrato de relevo, el cual deberá permanecer vigente en sus propios términos de forma que, si su duración se ha pactado por tiempo indefinido o por una duración determinada, debe permanecer vivo hasta que concurra la causa de extinción pactada en él u otra legalmente

establecida. Lo que le suceda al contrato a tiempo parcial del jubilado no tendrá efecto sobre el contrato de relevo inicialmente suscrito.

La jubilación parcial descansa sobre dos instrumentos básicos: un contrato de trabajo a tiempo parcial y un contrato de relevo. El acuerdo del trabajador con la empresa supone una novación modificativa en el trabajo del jubilado al implicar una reducción del trabajo a tiempo completo de aquél que pasa a ser parcial, al tiempo que implica la contratación de un nuevo trabajador que pasa a ocupar las horas que deja vacantes el jubilado. En este sentido, conviene tener en cuenta que el principio general de voluntariedad de la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial según el Estatuto obliga a entender, con carácter general, que no se puede imponer al trabajador ni por la empresa, ya sea unilateralmente o como consecuencia de una modificación de condiciones de trabajo, ni a través de la negociación colectiva la jubilación parcial con la consecuente conversión del contrato de trabajo. De igual modo, a la inversa, tampoco se puede entender que pueda imponerse a la empresa el cambio de un contrato a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, aunque la empresa, en la medida de lo posible, deberá acceder a ello y motivar su posible denegación⁶.

El Estatuto de los Trabajadores, en el ya citado art. 12.6, precisa los diferentes requisitos de este contrato de relevo:

- Este contrato ha de celebrarse con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. Respecto al trabajador desempleado, se ha discutido si la norma exige contratar a un desempleado de hecho, o bien es preciso que se encuentre en situación legal de desempleo. Sobre este particular, el Tribunal Supremo, en un primer momento, entendió que el requisito se cumple cuando se contrata a una persona inscrita como desempleada en la oficina de empleo⁷, si bien hay que señalar que, en el caso se estaba aplicando la previsión contenida en el art. 7 RD 1991/1984, de 31 de octubre, que concebía el contrato de relevo como el celebrado con un trabajador "inscrito como demandante de empleo" y no, como señala el vigente Estatuto de los Trabajadores, con un trabajador "en situación de desempleo". Un sector doctrinal aboga por sostener que con la actual redacción el relevista debe hallarse en una de las situaciones legales de desempleo, esto es, que se trate de una persona inscrita como demandante de empleo por haber perdido de forma involuntaria su empleo anterior. En este sentido, se ha afirmado que "es lógico pensar que cuando el legislador ha apelado al requisito de hallarse en situación de desempleo ha querido remitirse a una situación de desempleo y que lo que ha querido decir es que solo podrá ser contratado como relevista quien figure inscrito como demandante de empleo por haber perdido de forma involuntaria su empleo anterior con lo que ha querido evitar los posibles fraudes que se puedan producir en la contratación como relevistas de empleados que hubieran perdido su empleo por propia voluntad o en connivencia con el empresario que los contrata"⁸. Otro sector de la doctrina estima que la situación legal de desempleo es, simplemente, un requisito más para el acceso a la prestación por desempleo que no se puede identificar con una genérica situación de falta de empleo,

⁶ POQUET CATALÁ, R.: "El contrato de relevo y la jubilación parcial anticipada: puntos críticos", en *Actualidad Laboral*, núm. 7/8, 2013. LA LEY 3362/2013.

⁷ STS de 22 de septiembre de 2006.

⁸ Véase MOLINER TAMBORERO, G.: "El contrato de relevo y sus exigencias", en *Diario La Ley*, núm. 7874, 2012.

pues la involuntariedad en el desempleo no es un elemento constitutivo del mismo, sino que únicamente adquiere relevancia a los estrictos efectos legales del percibo de las prestaciones del sistema. Además, el contrato de relevo constituye una medida más de fomento de empleo, y si se opta por ceñirse a una aplicación restrictiva del concepto de desempleo asimilándolo a su situación legal, se está expulsando de la posible contratación a quien aún no ha accedido a su primer empleo⁹. En efecto, hay quien opta por interpretar este concepto en un sentido amplio, con el fin de ampliar las posibilidades del reparto de trabajo. En este sentido se defiende que la situación de desempleo no se limita al objeto de la protección por desempleo, esto es, a quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo, de forma que el trabajador relevista puede ser aquél que, pudiendo y queriendo trabajar, esté en paro forzoso, bien porque ha perdido su empleo, bien porque nunca ha tenido un empleo, sin que sea preciso por tanto la inscripción como demandante de empleo, puesto que la normativa no lo exige, a diferencia con lo que sucedía anteriormente¹⁰.

- Al igual que hace la LGSS, el Estatuto de los Trabajadores también exige que la duración del contrato de relevo sea indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en la LGSS (art. 205.1.a). Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo con las partes por periodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

La previsión legal, que exige una duración del contrato de relevo "indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar a edad de jubilación ordinaria", no sólo ha fijado un tiempo mínimo de duración, sino que además, desde esa previsión y de la finalidad de la institución, se colige que entre ambos contratos no existe una relación de subordinación, sino de coordinación, como lo demuestra el hecho de que, desde un primer momento, el contrato de relevo puede ser indefinido, luego su duración no depende exclusivamente del tiempo de permanencia del jubilado parcial¹¹.

Esta regla común cuenta con sus propias especificidades. Y es que, con el objetivo de que el contrato de relevo cumpla su finalidad de fomento de empleo, se exige que éste sea a tiempo indefinido si se quiere aumentar el límite máximo de reducción de la jornada del relevado hasta llegar al 75 por ciento. El Estatuto precisa, además, que el contrato de relevo deberá alcanzar al menos una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria que corresponda. Y en caso de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario está obligado a celebrar un nuevo contrato en los términos del extinguido por el tiempo restante. Adviértase que aunque se dice que el empresario está obligado a celebrar un nuevo contrato de relevo en los mismos términos del extinguido, la previsión no alcanza a la duración previa que condiciona el aumento de la reducción de la jornada hasta el 75%; en

⁹ POQUET CATALÁ, R.: "El contrato de relevo y la jubilación parcial anticipada: puntos críticos", en *Actualidad Laboral*, núm. 7/8, 2013. LA LEY 3362/2013.

¹⁰ PANIZO ROBLES, J. A.: "De nuevo sobre la jubilación flexible (Comentario a los Reales Decretos 1131/2002 y 1132/2002)", en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003. LA LEY 4158/2003.

¹¹ MOLINER TAMBORERO, G.: "El contrato de relevo y sus exigencias", en *Diario La Ley*, núm. 7874, 2012.

efecto, aunque la duración inicial fuera indefinida (como condición para la reducción ampliada), el del nuevo contrato de relevo sólo es por "el tiempo restante"¹².

Como ha apuntado el Tribunal Supremo¹³, el contrato de relevo, aunque se contemple en abstracto y no en función de una específica persona en lo que concierne al relevista, no admite una novación subjetiva por lo que a éste se refiere si no se halla justificada, porque, de otro modo, se atendería al derecho mismo al trabajo y las expectativas que su ejercicio pueda generar, así como al principio de estabilidad en el empleo, que supone en estos casos que mientras no exista causa suficiente para dar por cumplido el contrato del relevista, éste durará lo que el propio relevo, porque si éste ha de continuar, solo un motivo justificado podría determinar que se prescindiera del relevista, dado que no se vinculan la suerte de éste y del relevado sino la del hecho mismo del relevo y su extensión cronológica hasta una fecha determinada, como es la de la jubilación ordinaria, con la duración del contrato de dicho relevista.

Señala el art. 215.2 LGSS que, en caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial.

- El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

Como ha destacado el Tribunal Supremo¹⁴, a diferencia de otras modalidades de fomento de creación de empleo previstas legalmente, la jubilación parcial no se ha articulado de una manera genérica que luego pueda ser objeto de concreción para cumplir con unos objetivos coherentes con la política de empleo. Por el contrario, la normativa al respecto configura sus objetivos, en cuanto a creación de empleo se refiere, de una manera mucho más limitada, circunscribiéndolos, en principio, al ámbito de la concreta empresa en la que el trabajador jubilado parcial presta sus servicios e interrelacionando de forma directa el concreto contenido del contrato de éste y sus vicisitudes con las de la contratación del trabajador relevista; pretendiéndose que, como mínimo, el tiempo de trabajo que deja libre el jubilado parcial se cubra por el relevista para que no se pierda nivel de empleo en la concreta empresa, y estableciéndose con base en dicha interrelación los mecanismos de control de la regularidad de dichas figuras contractuales a los efectos laborales y de Seguridad Social.

Aunque el contrato de relevo está orientado inicialmente para su configuración como contrato a tiempo parcial, sin embargo se prevé que pueda celebrarse a tiempo completo, con lo cual se rompe la filosofía inicial de la jubilación parcial, en el sentido de que un mismo

¹² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Trabajadores de edad avanzada. Jubilación anticipada y jubilación parcial: cuestiones prácticas tras la Reforma 2013", en *Actualidad laboral*, núm. 9, 2013.

¹³ STS 210/2017, de 14 de marzo.

¹⁴ STS de 25 de enero de 2010.

tiempo de trabajo fuese compartido por dos trabajadores, para configurarse como un instrumento contractual al servicio de la reordenación del tiempo de trabajo en la empresa¹⁵.

En cuanto a posibles supuestos de modificación de la jornada de trabajo del jubilado parcial, es posible distinguir dos situaciones¹⁶: a) Si el relevista realiza una jornada a tiempo parcial, la reducción de la jornada del jubilado parcial supondrá que la empresa deberá ofrecer al relevista la ampliación de su jornada de trabajo, en proporción a la reducción de la del jubilado parcial; y de no ser aceptada la ampliación de la jornada por el relevista, la empresa deberá contratar a otro trabajador relevista para la realización de una jornada de trabajo igual a la ampliación de la reducción de la jornada del jubilado parcial. Si el trabajador relevista está realizando la jornada completa, no es posible ampliar su jornada y, por ello, cabe la reducción de la jornada del jubilado parcialmente sin necesidad de formalizar un nuevo contrato de relevo ni de ampliar la jornada del trabajador relevista, pues su jornada tiene como límite la aplicación de la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

- El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos. La expresión “podrá ser el mismo” realmente no supone ninguna exigencia en cuanto a los requisitos del puesto de trabajo y únicamente permite interpretar *a contrario* que es una mera posibilidad que se le ofrece a la empresa, sin que exista ningún tipo de exigencia en cuanto a la proximidad funcional. Ello amplía los márgenes de sustitución que se le ofrecen a la empresa, ya que se permite que los puestos de trabajo sean funcionalmente distintos, siempre que existan una proximidad económica referente a las bases de cotización¹⁷. Luego la idoneidad del relevista ya no vendrá dada tanto por la categoría o grupo profesional, sino por la correspondencia entre las bases de cotización de relevista y jubilado parcial –recuérdese que uno de los objetivos de la institución radicaba en evitar que los ingresos de la Seguridad Social se vieses mermados–.

Desde que la Ley 32/1984, de 2 de agosto, creara esta figura, la regulación de los requisitos de la jubilación parcial contenida en el Estatuto de los Trabajadores y la LGSS se ha visto afectada por diversas reformas, con distinto alcance y finalidad. Así, mientras la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, quisieron flexibilizar sus condiciones de aplicación, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, así como el Real Decreto-Ley 5/2013 de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, introdujeron nuevos requisitos o

¹⁵ PANIZO ROBLES, J. A.: "De nuevo sobre la jubilación flexible (Comentario a los Reales Decretos 1131/2002 y 1132/2002)", en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003. LA LEY 4158/2003.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ FRAGUAS MADURGA, L.: "La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 35, 2013.

endurecido los ya existentes¹⁸. En este sentido, se ha afirmado¹⁹ que la figura de la jubilación parcial anticipada nació en 1984 para el reparto del trabajo existente, así como para el traslado de experiencias del jubilado parcial al relevista. Era también un mecanismo que suponía la concurrencia de los intereses y obligaciones de tres partes: el trabajador que cesa en una parte de su jornada de trabajo y en su salario (relevado), reducción que le era compensada con la prestación de la jubilación parcial; el empresario, que al menos durante un tiempo, tiene que efectuar la contratación de un relevista; con pago de salarios y cotizaciones a la Seguridad Social; y la Seguridad Social, que tiene que anticipar el pago de una prestación (pensión de jubilación parcial). Si bien en su formulación inicial estos tres intereses mantenían un equilibrio, el mismo se fue rompiendo en perjuicio de la Seguridad Social (Real Decreto-Ley 15/1998 y Ley 35/2002, entre otros), que requería de unos costes en prestaciones que no eran compensados por unas nuevas cotizaciones más reducidas. De ahí que tras la etapa de flexibilización de los requisitos de acceso a la jubilación parcial y de las condiciones de determinación de la pensión (básicamente en el periodo 1996-2007), se ha producido una reacción en sentido contrario incorporada en las leyes aprobadas a partir de dicho momento.

2. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 265/2017, DE 29 DE MARZO. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO Y CONTROVERSIJA JURÍDICA A RESOLVER.

Por Resolución de 12 de noviembre de 2008, el INSS estimó la prestación de jubilación parcial a un trabajador de Paradores de Turismo de España S.A. De profesión camarero, dicho trabajador suscribió con la empresa un contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial del 15% de la jornada, con vigencia hasta el 1 de octubre de 2010. Prestó servicios continuados a jornada completa desde el 1 de noviembre de 2008 hasta el 3 de febrero de 2009. En dicha fecha completó la totalidad de su jornada a tiempo parcial del 15% que debía prestar hasta la fecha de extinción de su relación laboral el 1 de octubre de 2010.

La Inspección de Trabajo, tras el oportuno control de jubilación parcial, impuso una sanción que resultó confirmada en alzada, al tiempo que tuvo lugar la incoación de expediente de revisión de acto administrativo por percepción de prestaciones indebidas. En dicho expediente se dictó resolución de 24 de septiembre de 2012 del Director Provincial del INSS acordándose la extinción de jubilación parcial por extinción de contrato de trabajo tiempo parcial del trabajador jubilado parcialmente debiendo reclamarse cantidad indebidamente percibidas desde 4 de febrero de 2009, con responsabilidad subsidiaria de empresa. Contra esta resolución se presentó reclamación previa que es desestimada por Resolución de 15 de diciembre de 2010.

El Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga estimó la demanda interpuesta por el INSS frente al trabajador y la empresa. Al hacerlo, declara no haber lugar a la jubilación parcial del trabajador, al tiempo que declara indebidamente percibidas la cantidad de 30.318,79 euros de

¹⁸ FERRANDO GARCÍA, F.: "La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición", en AA. VV.: *La reforma de la pensión de jubilación*, GARCÍA ROMERO, B. Y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (Coords.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 244 y ss.

¹⁹ MARTÍNEZ-BOTELLO, P.: "Acerca del endurecimiento en el acceso a la jubilación parcial anticipada: de aquellos barros, estos lodos", en *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015. BIB 2015\18182.

prestación de jubilación parcial en el intervalo de 4 de febrero de 2009 al 1 de octubre de 2010, así como 5.431,78 euros de jubilación plena desde 2 de octubre de 2010 al 30 de septiembre de 2013 y restantes mensualidades a razón de 133,06 euros mensuales devengados desde esa fecha. Asimismo, condena al trabajador al reintegro de dichas cantidades y a la empresa al reintegro de tales cantidades de forma subsidiaria.

Contra esta sentencia del Juzgado de lo Social, se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dictó sentencia desestimatoria el 26 de marzo de 2015, al entender que la posibilidad prevista es acumular cada año, en un periodo, el tiempo parcial de trabajo, pero no la situación enjuiciada que equivale realmente a un anticipo de la edad de jubilación con la consiguiente desaparición de la causa de temporalidad del contrato de relevo. Lo expuesto significa que la empresa celebró con el trabajador un contrato fraudulento sin causa alguna de temporalidad.

Contra dicha sentencia, de nuevo la empresa y el jubilado parcial interpusieron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, sobre la base de la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2015, y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 16 de octubre de 2014.

La primera es designada como sentencia de contraste por la empresa. Dictada en un procedimiento de despido, en este caso el demandante había suscrito con la empresa un contrato de relevo hasta la jubilación de otro trabajador que debería producirse el 17 de agosto de 2012. El trabajador relevado concentró toda su jornada, del 15%, en los nueve meses siguientes a la firma del contrato sin prestar servicios posteriormente. Cuando la empresa le comunicó el cese al actor el 17 de agosto de 2012, éste lo consideró un despido y accionó por este concepto. Esta resolución confirma la absolución de la empresa declarada en suplicación, con unos razonamientos que destacan la falta de previsión legal de la concentración de jornada sin que ello implique ilegalidad alguna atendiendo a la libertad de pacto que rige nuestra legislación y que el fraude solo se identifica con la "vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de manera oblicua". De otra parte, las finalidades del contrato de relevo –política de empleo y necesidades financieras del sistema– se han cumplido tanto por la permanencia del contrato como por las cotizaciones correspondientes. Y, finalmente, se señala que aunque la distorsión temporal trabajo/cuota desatiende la finalidad de acceder gradualmente a la jubilación, esa circunstancia no trasciende al contrato de relevo ni desnaturaliza su carácter temporal.

Por su parte, el trabajador recurrente designa como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de octubre de 2014, que declara que el art. 12 ET ampara la concentración de las horas de trabajo correspondientes a la jubilación parcial en determinados periodos de actividad, sin que pueda afirmarse que la concentración en un solo periodo continuado contradiga dicha normativa ni que por tanto sea fraudulenta, ni constitutiva de la falta muy grave por la que se había sancionado a la empresa.

La empresa denuncia la vulneración de lo dispuesto en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, al considerar la sentencia recurrida que la acumulación de las horas pactadas en un único periodo supone un incumplimiento de la normativa sobre jubilación parcial

concluyendo que existe fraude de ley. El trabajador, con iguales argumentos, denuncia la interpretación errónea de los arts. 6.4 y 1255 del Código Civil.

Ambos recursos de casación son examinados conjuntamente al tener igual argumentación y encontrar fundamento en el mismo motivo, a saber, determinar si es posible en una jubilación anticipada parcial, acumular la jornada de trabajo del jubilado parcial consistente en el 15% en un solo año, de manera que trabaje todas las jornadas que le corresponderían hasta el fin de la jubilación parcial.

3. VALORACIÓN JUDICIAL: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y CONCLUSIONES

La argumentación del Tribunal Supremo en esta sentencia descansa a su vez en la contenida en una de las sentencias de contraste, en concreto, la STS de 19 de enero de 2015.

En primer lugar, se sostiene que la originaria conexión –que no dependencia– entre los contratos del relevado –que pasa a ser a tiempo parcial– y el contrato de relevo, es solamente externa –de coordinación, que no de subordinación– y no determina una estricta dependencia funcional entre el contrato de relevo y la situación jubilación parcial, como lo prueba que el art. 12 ET desvincule la duración del contrato al del relevista –ha de ser indefinido o como mínimo hasta que el relevado alcance la edad ordinaria–.

Desde el punto de vista del cumplimiento de la básica finalidad de la norma, es decir, mantener el volumen de empleo en la empresa y de la garantía de cotización que ello comporta, y salvo supuestos excepcionales de inviabilidad material de tal objetivo, "la obligación empresarial de mantener ese volumen de empleo se extiende hasta que el trabajador relevado alcance la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada total" (SSTS de 07/12/10, 28/11/11, 24/09/13 y 17/11/14). Es cierto que la concentración de jornada llevada a cabo en el supuesto de hecho que ocasiona el conflicto jurídico no está expresamente contemplada a nivel legal, ya que se limita a "los trabajadores con contrato a tiempo parcial, que hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados periodos de cada año". Pero esa ausencia de específico tratamiento normativo no implica de suyo ilegalidad alguna, sino que partiendo de la libertad de pacto que impera en nuestra legislación ex. art. 1255 CC, aquella consecuencia solamente es sostenible cuando media fraude, y éste solamente se identifica con "la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma" (STS 10/12/13).

La Sentencia analizada estima, así, que se han visto cumplidamente satisfechas las ya referidas finalidades que atienden al mercado de empleo y a las necesidades financieras del sistema, por cuanto que las primeras fueron atendidas por la permanencia del contrato de relevo y las segundas también se vieron cumplidas por las cotizaciones correspondientes a los servicios prestados por el relevista y a los del trabajador relevado, siquiera en este último caso el trabajo se hubiese concentrado en un solo periodo y la cuota resultase prorrateada durante todo el periodo que ha mediado entre la jubilación parcial y la total.

La distorsión temporal trabajo/cuota desatiende una de las finalidades mencionadas líneas arribas, como es la del acceso paulatino a la jubilación, pero ello no ha de trascender al contrato de relevo suscrito y menos hasta el punto de desvirtuar su naturaleza temporal. De un lado, porque la citada finalidad está prevista en exclusivo beneficio de quien se jubila y es éste precisamente el que –mediante acuerdo con la empresa– renuncia en parte a ese escalonado cese en el trabajo, agrupando en varios meses el trabajo a realizar hasta su jubilación total; de otro, porque la irregularidad se produce tras haberse cumplido todos los requisitos de la institución, y en la misma forma que el Tribunal ha mantenido que las irregularidades –que no sean de origen– en el contrato de relevo no puede perjudicar al jubilado parcial (SSTS 06/10/11; 10/10/11 y 26/12/11), también concluye en esta Sentencia que las deficiencias acaecidas en el decurso de la jubilación parcial no han de incidir necesariamente en el contrato de relevo hasta el punto de mudar su naturaleza jurídica.

El Tribunal opta por rechazar la argumentación según la cual se ha producido una jubilación total anticipada y no una jubilación parcial. En este sentido, sostiene que "con tal afirmación se pasa por alto el concepto mismo de la jubilación, que consiste en una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales, determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones. Y en el caso debatido mal se puede mantener la existencia de aquella alegada jubilación –total– anticipada, porque ha continuado el percibo de la retribución, ha persistido el alta en la Seguridad Social y el ingreso de las correspondientes cotizaciones durante todo el periodo que media entre la jubilación parcial y la edad ordinaria de jubilación, concurriendo –eso sí– la exclusiva singularidad de que se hubiese concentrado la prestación de servicios en los nueve primeros meses de la jubilación parcial. Supuesto anómalo –como con acierto lo califica la decisión recurrida– que ciertamente puede tener consecuencias del más diverso orden y que ni tan siquiera procede ahora aventurar, pero que en todo caso no pueden ser las pretendidas de invalidar el previo contrato de relevo y de transformar en despido improcedente el legítimo cese del relevista en la fecha pactada".

Sobre la base de esta argumentación, el Tribunal Supremo considera correcta la actuación consistente en suscribir un contrato a tiempo parcial –con el pase a la situación de jubilación parcial– y concentrar la jornada reducida en el periodo inmediatamente posterior a la suscripción del contrato, con el efecto de no volver a prestar servicios. El alto tribunal, en definitiva, termina por estimar el recurso de casación, dado que la sentencia recurrida desestimó los recursos de suplicación formulados confirmando la sentencia de instancia estimatoria de la demanda formulada por el INSS.

4. EN CLAVE DE REFLEXIÓN FINAL

De indudable trascendencia, la STS 265/2017, de 29 de marzo, viene a avalar la práctica, por lo demás cada vez más extendida, por la que los trabajadores que se jubilan parcialmente acumulan la reducción de la jornada de forma continuada desde el acceso hasta la jubilación plena, de forman que prestan servicios a tiempo completo al comienzo de la jubilación parcial y, una vez realizada la jornada correspondiente a la totalidad del tiempo restante para acceder a la jubilación completa, los trabajadores relevados quedan liberados de prestar servicios, accediendo a la jubilación en la fecha prevista.

El fundamento de la acumulación de la jornada en un corto espacio de tiempo trabajando a jornada completa se encuentra en un acuerdo colectivo o individual, que carece de carácter normativo. Sin embargo, ello no impide que pueda producir, como afirma el Tribunal Supremo, efectos frente a terceros (Seguridad Social), especialmente si se toma en consideración la ausencia de fraude y de perjuicio económico al sistema público de protección social²⁰. Por tanto, es posible acumular la jornada de trabajo del jubilado parcial en un solo año, trabajando en el mismo todas las jornadas que le corresponderían hasta el fin de la jubilación parcial. Según razonamiento de la Sentencia aludida, la ausencia de regulación normativa expresa al respecto no puede implicar la ilegalidad del supuesto de hecho, y ello porque la contratación se ajusta a la finalidad de la normativa reguladora al cumplir los objetivos que atienden al mercado de empleo por la permanencia del contrato de relevo y las necesidades financieras del sistema por las cotizaciones efectuadas por los servicios prestados por relevista y por relevado. En efecto, el percibo de la retribución continúa y el alta en el sistema de Seguridad Social persiste, como también lo hace el ingreso de las correspondientes cotizaciones durante todo el periodo que media entre la jubilación parcial y la edad ordinaria de jubilación.

²⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Jubilación parcial y acumulación de jornada", en *Revista de Información Laboral*, num. 5, 2015. BIB 2015\1861.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

La Primera Orden Ejecutiva del Presidente Donald Trump sobre Derecho de la Seguridad Social

The First President Donald Trump's Executive Order on Social Security Law*

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

La primera Orden Ejecutiva promulgada por el Presidente Donald Trump es justamente su primera Orden Ejecutiva sobre Derecho de la Seguridad Social. Se trata del primer paso para derogar la legislación sanitaria del Presidente Obama, popularmente conocida como Obamacare. Tras seis meses de debates parlamentarios, el Senado de los Estados Unidos, frustrando el propósito de dicha Orden Ejecutiva, acaba de paralizar la derogación de la legislación en cuestión.

Abstract

The first President Donald Trump's Executive Order is precisely his first Executive Order on Social Security Law. It is the first step to repeal President Obama's healthcare legislation, popularly known as Obamacare. After six months of parliamentary debates, the Senate of the United States, frustrating the purpose of such Executive Order, has just paralysed the repeal of the legislation at issue.

Palabras clave

Estados Unidos; Orden Ejecutiva; Presidente Trump; Desregulación; Obamacare

Keywords

United States; Executive Order; President Trump; Deregulation, Obamacare

1. SU CONTEXTUALIZACIÓN

1. La Orden Ejecutiva (*Executive Order*) núm. 13765 de 2017, «minimizando la carga económica de la Ley de la Asistencia Accesible y Protección del Paciente, pendiente de derogación [*minimizing the economic burden of the Patient Protection and Affordable Care Act pending repeal*]», es no sólo la primera Orden Ejecutiva dictada por el Presidente Donald John TRUMP desde que tomó posesión de su cargo (la firmó el mismo día de dicha toma de posesión, esto es, el 20 enero 2017), sino también la única de la larga serie de cuarenta y cuatro Órdenes Ejecutivas, por él dictadas hasta agosto de 2017, donde se abordan frontalmente temáticas propias del Derecho de la Seguridad Social (la última de la serie, en el momento en que esto escribo, es la Orden Ejecutiva núm. 13808 de 2017, «imponiendo sanciones con respecto a la situación en Venezuela [*imposing sanctions with respect to the situation in Venezuela*]»)¹. Refleja a la perfección la ideología ultraliberal del 45º Presidente

* Trabajo realizado con la cobertura del proyecto estatal de investigación DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

¹ El texto de todas ellas resulta accesible, por ejemplo, en el sitio en Internet de la Casa Blanca, ubicado en www.whitehouse.gov.

de los Estados Unidos². Pero antes de entrar a analizar su finalidad o propósito (cfr. *infra*, II), así como su contenido y consecuencias (cfr. *infra*, III), creo que resulta preciso contextualizarla desde el punto de vista de la teoría general de las fuentes del Derecho de los Estados Unidos, siguiendo en este punto la obra norteamericana clásica sobre el tema, que es el fenomenal y ameno libro del profesor Phillip J. COOPER, catedrático de la Universidad Estatal de Portland, sobre el uso y abuso de la acción presidencial directa a través de Órdenes Ejecutivas³.

2. Sobre la base de que las Órdenes Ejecutivas son una manifestación del poder reglamentario que ostenta el Presidente de los Estados Unidos, aunque no se encuentran expresamente contempladas en cuanto tales ni en el articulado de la Constitución Federal de 1787, ni tampoco en ninguna de sus veintisiete enmiendas⁴, el citado libro del profesor COOPER pone de relieve –efectuando un análisis inductivo, tan típicamente anglosajón– que pueden adoptarse con hasta once finalidades distintas⁵. Estas últimas son «responder a emergencias», «la transición en o hacia el Gobierno en tiempos de guerra», «golpear duro y rápido en asuntos de política exterior», «resolver conflictos privados con un impacto público», «generar publicidad favorable», «pagar deudas, premiar a promotores, responder a críticas y enviar señales», «estudiar un problema: el gambito de la comisión de investigación», «poner fin a marchas alrededor del Congreso», «lanzar rápidamente, convenientemente y de manera relativamente fácil iniciativas políticas significativas», «controlar al poder ejecutivo, tratar las tensiones entre agencias o controlar la realización de la política por las agencias», «cambiar el curso de una Administración previa» y, por último, «actuar como palanca de cambio fuera del Gobierno». Con sólo reparar en el dato de que la Ley mencionada en el nombre de la Orden Ejecutiva núm. 13765 de 2017 (recuérdese, «la

² Entre los múltiples Memoranda Presidenciales, materialmente indistinguibles de las Órdenes Ejecutivas, emanados por el propio Presidente TRUMP, quizá el más significativo para un laboralista sea su Memorandum de 23 enero 2017, sobre «Congelación de la contratación [*Hiring Freeze*]», en el que se dispone –en parte– literalmente lo siguiente: «Por el presente, ordeno la congelación de la contratación de empleados públicos federales, a aplicarse en todas partes en el poder ejecutivo. Como parte de esta congelación, ningún puesto vacante que exista a las 12 del mediodía del 22 enero 2017 puede cubrirse, y no se crearán nuevos puestos, salvo en circunstancias limitadas. Esta Orden no incluye ni se aplica al personal militar [*I hereby order a freeze to be applied across the board in the executive branch. As part of this freeze, no vacant positions existing at noon on January 22, 2017, may be filled and no new positions may be created, except in limited circumstances. This order does not include or apply to military personnel*]» (cfr. párrafo primero). Con una panorámica general, véase COONEY, J., «Federal regulations during President Trump’s first 100 days», *Administrative & Regulatory Law News*, núm. 42 (2017), págs. 4 y ss.; y VIRELLI, III, L.J., «Regulatory reform in the Trump Administration», *Administrative & Regulatory Law News*, núm. 42 (2017), págs. 4 y ss. Críticamente, desde la perspectiva laboral, véase SLANKER, J.D. Y SNIFFEN, R.J., «In-House Counsel’s Crysal Ball. Examining potential labor and employment Law changes under President Donald Trump’s Administration», *In-House Defense Quarterly*, núm. 12 (2017), págs. 32 y ss.

³ Véase COOPER, P.J., *By Order of the President. The use and abuse of Executive Direct Action*, 2ª ed., University Press of Kansas (Lawrence-Kansas, 2014), xi+531 págs.

⁴ La sección 1505(a) del Título 44 del Código de los Estados Unidos se limita a indicar que las Órdenes Ejecutivas tienen «aplicabilidad y eficacia jurídica generales [*general applicability and legal effect*]», y también, que «todo documento u orden que imponga una pena tiene aplicabilidad y eficacia jurídica generales [*every document or order which prescribes a penalty has general applicability and legal effect*]». Sobre el Código de los Estados Unidos, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. Y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European an USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 23 y ss.

⁵ Al respecto, COOPER, P.J., *By Order of the President. The use and abuse of Executive Direct Action*, 2ª ed., cit., págs. 57 y ss.

Ley de la Asistencia Accesible y Protección del Paciente», a la que peyorativa y triunfalísticamente se adjetiva como Ley «pendiente de derogación») es la popularmente llamada «ObamaCare», estoy seguro de que esta primera Orden Ejecutiva del Presidente TRUMP encajaría, sin ningún género de dudas al respecto, dentro de la penúltima de las once finalidades enumeradas por el profesor COOPER, esto es, «cambiar el curso de una Administración previa».

3. Siempre según COOPER, pero ahora desde el punto de vista del contexto procedimental, las Órdenes Ejecutivas se dictan actualmente dentro del marco fijado por la Orden Ejecutiva núm. 11030 de 1962, sobre «preparación, presentación, registro y publicación de Proclamaciones y Órdenes Ejecutivas [*preparation, presentation, filing, and publication of Executive orders and Proclamations*]», dictada por el Presidente KENNEDY⁶. Estos trámites concluyen con una comunicación del Director de la Oficina del Registro Federal (figura de algún modo equivalente al Director General de nuestro *Boletín Oficial del Estado*) al Presidente de los Estados Unidos, pues «tras determinar que la Orden Ejecutiva o la Proclamación propuestas cumplen todos los requisitos de la sección 1 de esta Orden [por ejemplo, “las Proclamaciones y Órdenes Ejecutivas propuestas se mecanografiarán en papel de aproximadamente 8 x 13 pulgadas, tendrán un margen izquierdo de aproximadamente 1 y media pulgadas y un margen derecho de aproximadamente 1 pulgada, y estarán a doble espacio, aunque las citas, tablas y descripciones de tierra pueden estar a espacio único”] y está libre de errores materiales o tipográficos, el Director de la Oficina del Registro Federal la transmitirá, junto con tres copias de la misma, al Presidente»⁷, para que la firme, de modo que «si la Orden o Proclamación es firmada por el Presidente, el original y dos copias se tramitarán por el Director de la Oficina del Registro Federal para su publicación en el *Registro Federal*»⁸. En el caso de la Orden Ejecutiva núm. 13765 de 2017, todos los trámites en cuestión debieron cumplimentarse con puntualidad y eficacia prusianas, al efecto –como ya se indicó– de que el Presidente TRUMP pudiese firmarla el mismo día de su toma de posesión.

2. SU FINALIDAD

4. Como ya se ha puesto de relieve doctrinalmente entre nosotros, «el inesperado – para muchos– candidato del Partido Republicano a las elecciones presidenciales, Sr. Donald TRUMP –luego, todavía más inesperado Presidente electo–, había articulado su oferta programática en torno a siete “Posiciones [*Positions*]”, alguna de ellas marcadamente populista (más en concreto, las mismas se refieren a “Pagar por el muro [con México]”, “Reforma [en realidad, contrarreforma] de la asistencia sanitaria”, “Reforma del comercio EE.UU.-China”, “Reformas de la Administración de veteranos [del ejército]”, “Reforma fiscal”, “Derechos de la segunda enmienda [esto es, los de usar y portar armas de fuego]” y «Reforma de la inmigración”»)⁹. Y al cumplimiento de la segunda de estas «posiciones» se

⁶ *Ibidem*, págs. 33 y ss.

⁷ Cfr. su sección 2(d).

⁸ Sección 3(a).

⁹ Véase ARUFE VARELA, A., «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial de los Estados Unidos», *Derecho de las Relaciones Laborales* (2017), en prensa.

orienta precisamente la Orden Ejecutiva núm. 13765 de 2017¹⁰, sobre la base de que la asistencia sanitaria se encuentra actualmente regulada en los Estados Unidos en la citada Ley de la Asistencia Accesible y Protección del Paciente, promulgada por el Presidente OBAMA (de donde su nombre popular «ObamaCare») el 23 marzo 2010. Acerca del carácter revolucionario de esta Ley federal, baste indicar que «su objetivo –mediante la colaboración de los sectores privado y público– era conseguir una “cobertura casi universal [*near-universal coverage*] del seguro de asistencia sanitaria»¹¹, resultando clave en ella su precepto rotulado «“Exigencia de mantener una cobertura esencial mínima [*Requirement to maintain a minimum essential coverage*]”», aunque ... se conoce popularmente como el precepto relativo al “mandato individual [*individual mandate*]”»¹², según el cual se «exige a la mayoría de norteamericanos tener una cobertura “mínima esencial” de seguro sanitario»¹³, indicándose que «empezando en 2014, aquellos que no cumplan el mandato deben hacer un “pago de responsabilidad compartida” al Gobierno federal»¹⁴, que el propio precepto –para destacar el carácter obligatorio de la suscripción del seguro– denominaba «sanción [*penalty*]»¹⁵.

5. La derrota política que la promulgación de esta Ley supuso para el partido republicano, cuyo ideario es alérgico a los seguros sociales obligatorios¹⁶, explica la batalla judicial que se inició exactamente el mismo día en que el Presidente OBAMA promulgaba la Ley en cuestión. Esta batalla la protagonizaron, de un lado, los Fiscales Generales o Gobernadores republicanos de veintiséis Estados (más en concreto, Alabama, Alaska, Arizona, Carolina del Sur, Colorado, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Luisiana, Maine, Michigan, Mississippi, Nebraska, Nevada, Ohio, Pennsylvania, Texas, Utah, Washington, Wisconsin y Wyoming), así como dos ciudadanos y «la asociación llamada “National Federation of Independent Business” –en realidad, un “lobby” de pequeños empresarios, próximo al Partido Republicano–», que pretendían la declaración de inconstitucionalidad de la Ley; y de otro lado, como demandados, los Ministerios federales de Salud y Servicios Humanos, de Trabajo y del Tesoro, y sus Ministros respectivos (encabezados por la Sra. Kathleen SEBELIUS, por aquel entonces Ministra de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos)¹⁷. La demanda (que

¹⁰ Al respecto, véase BUCKLEY, K. y FLECK, C., «Trumpcare or Obamacare? Why clients, taxpayers care», *Montana Lawyer*, núm. 42 (2017), págs. 18 y ss.

¹¹ Véase ARUFE VARELA, A., *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), pág. 139.

¹² *Ibidem*, pág. 143.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*. El precepto en cuestión es la complejísima sección 1501 de la Ley, actualmente codificado en la sección 5000a del Título 26 del Código de los Estados Unidos. Al respecto, véase HODASZY, S.Z., «Testing for regulatory penalties: Insuring the health of federalism in the age of Obamacare», *West Virginia Law Review*, núm. 119 (2016), págs. 145 y ss.

¹⁶ Sobre dicho ideario en relación con el seguro social de dependencia, tema actualmente muy polémico en los Estados Unidos tras el fracaso de la legislación promulgada por el Presidente OBAMA sobre el mismo, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», en *Estudios sobre seguridad social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 171 y ss.

¹⁷ Acerca de todo ello, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012), págs. 1 y ss.

«podía haberse planteado en cualquier sitio») se presentó ante una Corte federal de Distrito del Estado de Florida («un Estado generalmente conservador»), y prosperó tanto en primera instancia como en apelaciones, pues ambas Cortes inferiores confirmaron –aunque con distinto alcance– la inconstitucionalidad del precepto crucial de la Ley, esto es, el relativo a la obligación de todo ciudadano norteamericano de concertar un seguro privado de asistencia sanitaria¹⁸.

6. Ahora bien, el Gobierno del Presidente OBAMA planteó recurso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que fue resuelto por el caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012)¹⁹ –uno de los grandes casos de dicha Corte sobre Derecho de la Seguridad Social²⁰–, en plena campaña presidencial para la reelección de dicho Presidente demócrata. Se trata de un caso que posee una estructura rocambolesca, estructurada alrededor de cuatro opiniones separadas, aunque esta peculiaridad estructural suya tiene, a su vez, la siguiente explicación «política», defendida por muy diversos analistas jurídicos y políticos del caso en cuestión: «al parecer, tras la vista oral del caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos se dividió en un “5 a 4”, siendo la mayoría favorable a declarar la inconstitucionalidad de la Ley. Pero –siempre según esos analistas– el Juez-Presidente ROBERTS cambió a última hora su voto (deshaciendo la mayoría de cinco), con la mirada puesta en no interferir en la posible reelección del Presidente OBAMA, hablando incluso dichos analistas del “cambio [switch]” del Juez-Presidente, que evocaba de algún modo el famoso “cambio a tiempo que salvó a los nueve”, de la época del Presidente Franklin D. ROOSEVELT»²¹. Las dos derrotas republicanas relatadas (política, en el Congreso federal; y judicial, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos) son las que ahora pretende comenzar a revertir el Presidente TRUMP, con la promulgación de su Orden Ejecutiva núm. 13765 de 2017.

3. SU CONTENIDO Y SUS CONSECUENCIAS

7. Este reglamento presidencial es una disposición muy breve, pues sólo consta de seis casi telegráficas secciones, la primera de las cuales viene a equivaler –por su contenido programático– a una exposición de motivos, al afirmar –de un lado– que «es política de mi Administración buscar la pronta derogación de la Ley de la Asistencia Accesible y Protección del Paciente (Ley Pública 111-148), tal y como ha sido enmendada (la “Ley”) [it is the policy of my Administration to seek the prompt repeal of the Patient Protection and Affordable Care Act (Public Law 111-148), as amended (the “Act”)]»²²; y también –de otro–, que «mientras tanto, pendiente dicha derogación, es imperativo para el poder ejecutivo asegurar que la Ley está siendo eficazmente puesta en práctica, adoptar todas las acciones

¹⁸ *Ibidem*, págs. 3 y ss.

¹⁹ Referencia oficial 567 U.S. 519.

²⁰ Justificándolo, véase ARUFE VARELA, A., *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, cit., págs. 138 y ss.

²¹ Acerca de todo ello, véase ARUFE VARELA, A., *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, cit., págs. 140 y ss.; también, MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», cit., págs. 4 y ss.

²² Sección 1, inciso primero.

congruentes con la Ley para minimizar las cargas económicas y burocráticas injustificadas de la Ley, y prepararse para ofrecer a los Estados [federados] más flexibilidad y control, para crear un mercado de la asistencia sanitaria más libre y abierto [*in the meantime, pending such repeal, it is imperative for the executive branch to ensure that the law is being efficiently implemented, take all actions consistent with law to minimize the unwarranted economic and regulatory burdens of the Act, and prepare to afford the States more flexibility and control to create a more free and open healthcare market*]]²³. A este efecto, la norma contiene medidas dirigidas a los beneficiarios, a los Estados federados y a las empresas operantes en el negocio del mercado de seguros. En relación con los primeros, afirma que «con el máximo alcance permitido por la Ley, el Ministro de Salud y Servicios Humanos (Ministro) y los jefes de todos los demás departamentos y agencias ejecutivos (agencias), con poderes y responsabilidades al amparo de la Ley, ejercerán todo el poder y discrecionalidad a ellos concedidos, para renunciar, dilatar, conceder exenciones o posponer la puesta en práctica de toda disposición o exigencia de la Ley que impusiese una ... carga burocrática a las personas, familias, receptores de servicios sanitarios, adquirentes de un seguro sanitario o fabricantes de instrumentos médicos, productos o medicamentos [*to the maximum extent permitted by law, the Secretary of Health and Human Services (Secretary) and the heads of all other executive departments and agencies (agencies) with authorities and responsibilities under the Act shall exercise all authority and discretion available to them to waive, defer, grant exemptions from, or delay the implementation of any provision or requirement of the Act that would impose a ... regulatory burden on individuals, families, healthcare providers, health insurers, patients, recipients of healthcare services, purchasers of health insurance, or makers of medical devices, products, or medications*]]²⁴. Respecto de los segundos, indica que «con el máximo alcance permitido por la Ley, el Ministro y los jefes de todos los demás departamentos y agencias ejecutivos, con poderes y responsabilidades al amparo de la Ley, ejercerán todo el poder y discrecionalidad a ellos concedidos, para dotar de la mayor flexibilidad a los Estados [federados] y cooperar con ellos en la puesta en práctica de programas de asistencia sanitaria [*to the maximum extent permitted by law, the Secretary and the heads of all other executive departments and agencies with authorities and responsibilities under the Act, shall exercise all authority and discretion available to them to provide greater flexibility to States and cooperate with them in implementing healthcare programs*]]²⁵. Y respecto de las compañías aseguradoras, prevé que «con el máximo alcance permitido por la Ley, el jefe de cada departamento o agencia con responsabilidades relativas a la asistencia sanitaria o al seguro de salud favorecerá el desarrollo de un mercado libre y abierto, en el comercio interestatal, para ofrecer servicios de asistencia sanitaria y seguros de salud, con el objetivo de alcanzar y preservar las máximas opciones para pacientes y consumidores [*to the maximum extent permitted by law, the head of each department or agency with responsibilities relating to healthcare or health insurance shall encourage the development of a free and open market in interstate commerce for the offering of healthcare services and health insurance, with the goal of achieving and preserving maximum options for patients and consumers*]]²⁶.

²³ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁴ Cfr. sección 2.

²⁵ Sección 3.

²⁶ Sección 4.

8. El cuidado de la norma en poner de relieve que lo ordenado por ella opera «con el máximo alcance permitido por la Ley» se explica por causa de la vigencia, como en todas partes, del principio de jerarquía normativa, que impide a un reglamento incurrir en «*ultra vires*»²⁷, no sólo respecto de los preceptos incluidos en normas con rango de Ley, sino también respecto de preceptos reglamentarios que hubiesen sido aprobados siguiendo un cauce procedimental específico²⁸. El primer miramiento explica que la Orden Ejecutiva indique, entre otras cosas, que «esta Orden ni pretende crear, ni crea, derechos o prestaciones, sustantivos o adjetivos, exigibles en Derecho o equidad, por alguien contra los Estados Unidos, sus Ministerios, agencias o entidades, sus funcionarios, trabajadores o agentes, o cualquier otra persona [*this order is not intended to, and does not, create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity by any party against the United States, its departments, agencies, or entities, its officers, employees, or agents, or any other person*]»²⁹. Por su parte, el segundo permite comprender su afirmación de que «en la medida en que la ejecución de las directrices de esta Orden pueda exigir la revisión de reglamentos promulgados a través del procedimiento de exposición pública, los jefes de las agencias cumplirán la Ley de Procedimiento Administrativo y otras Leyes aplicables, al considerar o promulgar dichas revisiones administrativas [*to the extent that carrying out the directives in this order would require revision of regulations issued through notice-and-comment rulemaking, the heads of agencies shall comply with the Administrative Procedure Act and other applicable statutes in considering or promulgating such regulatory revisions*]»³⁰.

9. La respuesta prácticamente inmediata del partido republicano a esta Orden Ejecutiva fue la presentación en el Congreso de los Estados Unidos (con fecha 20 marzo 2017, esto es, sólo dos meses después de firmada la Orden Ejecutiva) de un proyecto de Ley (*bill*), denominado proyecto de Ley de Asistencia Sanitaria Americana (*American Health Care Act*) de 2017, en las antípodas de la legislación sanitaria del Presidente OBAMA –que pretendía derogar–, pues suprimía la obligación de suscribir un seguro de cobertura mínima esencial de la asistencia sanitaria³¹. La accidentadísima tramitación parlamentaria subsiguiente de este proyecto de Ley, provocada también por el pronóstico objetivo –emitido por la Oficina Presupuestaria del Congreso– de que «el incremento en el número de personas no aseguradas, respecto del número al amparo del Derecho actual, subiría a 21 millones en 2020, y luego a 24 millones en 2016»³², acabó precipitando en la elaboración de diversos

²⁷ Acerca de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativa a este control de legalidad, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *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, 2014), págs. 26 y ss.

²⁸ Al respecto, véase LYONS, D., «The Administrative Law of deregulation: The long road for the Trump Administration to undo Obama-era regulations», *Boston Bar Journal*, núm. 61 (2017), págs. 18 y ss.

²⁹ Cfr. sección 6(c).

³⁰ Sección 5. Acerca de la Ley federal norteamericana de Procedimiento Administrativo, véase ELIAS, R.A., «The legislative history of the Administrative Procedure Act», *Fordham Environmental Law Review*, núm. 27 (2016), págs. 207 y ss.; y GOINS, A.H. y SKWIRZ, P.F., «Recent changes to the Administrative Procedures Act», *Rhode Island Bar Journal*, núm. 65 (2017), págs. 5 y ss.

³¹ Toda la documentación parlamentaria sobre el tema puede consultarse en el sitio en Internet de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, ubicado en www.house.gov.

³² Al respecto, véase la documentación almacenada en el sitio en Internet de la Oficina Presupuestaria del Congreso, ubicado en www.cbo.gov. Acerca de la inmensa autoridad de esta Oficina, véase BEST, N.R. «The revenue impact of the two percent excise tax: The Congressional Budget Office estimates relating to the James Zadroga 9/11 Health and Compensation Act», *Public Contract Law Journal*, núm. 41 (2012), págs. 367 y ss.

proyectos de Ley totalmente distintos del original; y últimamente, en la del denominado proyecto de Ley de Reconciliación en la Derogación de Obamacare (*Obamacare Repeal Reconciliation Act*), que sólo pretendía efectuar una derogación parcial de la legislación sanitaria del Presidente OBAMA³³. A pesar de ello, este nuevo proyecto de Ley fue rechazado por una estrecha mayoría en el Senado de los Estados Unidos, tras votación realizada el pasado 28 julio 2017³⁴, y tras haber informado sobre él la Oficina Presupuestaria del Congreso, si saliese adelante, que el número de personas no aseguradas «subiría a 27 millones en 2020 ..., y luego a 32 millones en 2026»³⁵.

³³ Al respecto, véase la documentación relativa al mismo, obrante en el citado sitio en Internet del Congreso de los Estados Unidos.

³⁴ Al respecto, véase la documentación obrante en el sitio en Internet del Senado de los Estados Unidos, ubicado en www.senate.gov.

³⁵ Al respecto, véase la documentación almacenada en el sitio en Internet citado de la Oficina Presupuestaria del Congreso.

La puerta abierta al cheque servicio en España The open door to check service in Spain

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

PROFESORA ASOCIADA DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UCLM (CIUDAD REAL)

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar y ofrecer una alternativa para la organización de la protección social del servicio doméstico, así como para su acción protectora y posibilidades de financiación, todo ello planteado desde una perspectiva comparada y crítica, además de una visión general de la situación de la seguridad social para el trabajo doméstico, principalmente en dos países europeos: España y Francia. La alternativa propuesta en esta investigación es el denominado Sistema Cheque Servicio, existente en varios países europeos, tomando como modelo específico el Cheque empleo servicio universal (en adelante CESU), vigente en Francia en la actualidad. En este sentido, España y Francia suponen dos modelos muy diferentes de organización, las respuestas a sus necesidades se desarrollan con distintos modelos sociales como solución a la necesidad creciente de dar cobertura legal adecuada a las personas ocupadas del servicio doméstico, pues mientras que España es un ejemplo de cuidados “domésticos”, Francia ha desarrollado una política de profesionalización de esos cuidados.

Sin embargo, como se pretende ilustrar en el artículo, estos modelos no sólo responden a la consideración de profesionalización, sino a otras preocupaciones y fenómenos sociales, como las relaciones de género, las migraciones internacionales, la segmentación del mercado de trabajo y las políticas de empleo, donde el sistema Cheque Servicio es perfectamente compatible con las condiciones del trabajo doméstico en España, ya que tiene como objetivo prioritario, regularizar esta situación, impulsando, promoviendo o poniendo en marcha iniciativas tendentes a regularizar este trabajo, ya que, en nuestra regulación actual sobre éste sector, puede encontrarse la dificultad en la agilización de los trámites, información a las partes, así como una elevada tasa de contratos informales, por lo que sería aconsejable implantar métodos que animen a facilitar la adhesión a la Seguridad Social, dignificando así ésta profesión.

Palabras clave

Servicio doméstico; cheque-servicio; protección social; seguridad social; cobertura; economía informal; profesionalización; género; migraciones

Abstract

The objective of this article is to analyse and offer an alternative for the organization of the social protection of domestic service, as well as for its protective action and funding possibilities, all of that from a comparative and critical perspective. In addition to this, it is going to be given an overview of the social security situation in domestic work, mainly in two European countries: Spain and France.

The proposed alternative in this research is the so-called Check Service System, which already exists in several European countries, taking the Universal Service Check (from this point forward CESU) as a specific model, currently in force in France.

In this sense, Spain and France represent two very different models of organization. The responses to their needs are developed by different social models as a solution to the growing need to provide adequate legal coverage to employed people in domestic service, due to the fact that, while Spain is an example of “domestic” care, France has already developed a policy of professionalizing such care.

However, as the article seeks to illustrate, these models not only respond to the consideration of professionalization, but also to other concerns and social phenomena, such as gender relations, international migration, labour market segmentation and employment policies. This way, the Check Service System is perfectly compatible with the conditions of domestic work in Spain, since its main objective is to regularise this situation by promoting or beginning some initiatives taking aim at regularising this work and its workers. As we already know, Spain’s current regulation on this sector, there is a difficulty in accelerating the procedures, information to the parties and economic facilities on the one hand, and, on the other hand, the high rate of informal contracts. Therefore, it would be recommended to implement measures to encourage the joining to Social Security, thus dignifying this profession.

Keywords

Domestic service; Service check; social protection; social security; coverage; informal economy; professionalization; gender; migration

1. CUESTIONES GENERALES

En todo el mundo una gran parte de las trabajadoras domésticas permanece en la economía informal, lo que constituye un freno al pleno goce de todos los derechos que garantizan las normas del convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) que avala a este sector unas condiciones de empleo y de salarios justas¹, y que no debemos olvidar, España es uno de los países que aún no han ratificado dicho convenio².

Ante ello, en este artículo intento hacer un ejercicio de reflexión y repaso de algunas de las políticas de reforma llevadas a cabo en varios países europeos y en particular en Francia, donde se han creado sistemas de cheques-servicio para ayudar a las trabajadoras domésticas a salir de la economía informal, y a su vez, han conseguido facilitar los trámites administrativos de los empleadores particulares.

Cuando inicié el trabajo de investigación de los modelos piloto utilizados de “cheque servicio” en España, observé que dicho procedimiento estaba más generalizado de lo que a priori pudiera parecer y al mismo tiempo, éstos eran muy diferentes entre sí ya desde la propia filosofía que los respaldaba³. Las experiencias piloto examinadas han sido la de Cataluña, con el estudio sobre servicios de proximidad en Sant Feliu de Llobregat, realizado por la Fundación CIREM, donde se estudian las necesidades de servicios de proximidad que podrían financiarse mediante cheques-servicio en distintas poblaciones⁴; en Cantabria, en el que su objetivo principal de la Iniciativa eQual⁵ es la lucha contra todas las formas de discriminación y desigualdad que se producen en el mercado de trabajo y, en particular, contra aquellas que se basan en el sexo, la raza, el origen étnico, las creencias o la edad, incidiendo en fomentar y facilitar la conciliación de la vida laboral y personal⁶, así como favorecer la creación o adecuación de servicios de calidad de atención a personas dependientes, poniendo de manifiesto que la carencia de legislación específica sobre cheques servicio en España, es un factor de bloqueo jurídico-político, que no solo dificulta la implantación y correcto funcionamiento del sistema de cheques, sino que impide su

¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía internacional del derecho a un trabajo decente”, NREDT, nº. 177, 2015, págs. 27 y ss. QUESADA SEGURA, R.: “La dignificación del Trabajo doméstico. El convenio 189 OIT, 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 27, 2011, pág. 11 y ss.

² Existen en la actualidad 24 ratificaciones: Alemania el 20 septiembre 2013, Argentina el 24 marzo 2014, Bélgica el 10 junio 2015, Estado plurinacional de Bolivia del 15 abril 2013, Chile el 10 junio 2015, Colombia el 09 mayo 2014, Costa Rica el 20 enero 2014, República Dominicana el 15 mayo 2015, Ecuador el 18 diciembre 2013, Filipinas el 05 septiembre 2012, Finlandia el 08 enero 2015, Guyana el 09 agosto 2013, Irlanda el 28 agosto 2014, Italia el 22 enero 2013, Mauricio el 13 septiembre 2012, Nicaragua el 10 enero 2013, Panamá el 11 junio 2015, Paraguay el 07 mayo 2013, Portugal el 17 julio 2015, Sudáfrica el 20 junio 2013, Suiza el 12 noviembre 2014, Uruguay el 14 junio 2012, Guinea el 25 de abril de 2017 y Jamaica el 11 octubre de 2016, en el caso de éstas dos últimas entra en vigor su ratificación el 11 octubre 2017 y el 25 abril 2018 respectivamente.

³ En las Islas Canarias (la Mancomunidad Metropolitana de Tenerife); en las Illes Balears (el Ayuntamiento de Calvià)

⁴ “Modelización del Cheque-servicio. Experiencia piloto en Sant Feliu de Llobregat”. Proyecto SOCIAL CARE VOUCHER. La fundación CIREM (1996) preparó una guía metodológica para estudiar estas necesidades a nivel local apoyadas por la Comisión Europea al amparo del art. 10 del Fondo de Desarrollo Regional. CHACON, L., *Los nuevos yacimientos de empleo en España. Informe para la Comisión Europea*. Universidad Complutense Madrid. Madrid. pág. 461 y ss.

⁵ http://www.empleo.gob.es/uafse_2000-2006/equal/ProductosEqual/archivos/AD_447_Producto_3.pdf (consultada el 3/05/2017)

⁶ LOPEZ GANDÍA, J. “Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias”. *AS* nº 5, págs. 1227-1242.

consolidación, así como la ampliación del volumen y de la escala de intervención, y la adecuada evaluación, a medio y largo plazo, de sus efectos, tanto en términos de creación de empresas y empleo, como incremento de la cobertura de nuevas demandas sociales; y en el País Vasco (la Diputación Foral de Guipúzcoa) con el proyecto Esparru⁷, con el acuerdo de la Asociación Vasca de municipios en Guipúzcoa y las Agencias de Desarrollo Comarcal de Guipúzcoa y el apoyo de la Comisión Europea (FEDER), dentro del cual, se considera con especial interés el uso de cheques-servicio para la promoción del empleo y cuyos objetivos específicos eran investigar el potencial de generación de empleo en Guipúzcoa, integrar las políticas de desarrollo local de participación, así como analizar los obstáculos existentes para el desarrollo de las iniciativas locales en los servicios de proximidad⁸.

A modo de resumen, después del análisis de estos proyectos, se coincide básicamente en que este título de pago de carácter local permite adquirir servicios al tiempo que aumenta la solvencia de los hogares modestos y estimula la regularidad de ciertas prestaciones sociales⁹, así como permite fijar un precio del servicio para los particulares, variable según su capacidad contributiva, saliendo de este modo de la alternancia entre gratuidad (servicio público) y coste prohibitivo (servicio privado no subvencionado) y por último, los cheques de servicios favorecerían el desarrollo de estructuras de empleo para las personas que efectúan trabajos en el domicilio de las otras. Dichos organismos podrán garantizar la formación y la cualificación de sus empleados e incluso organizarán su trabajo (desplazamientos, gestión de los horarios, etcétera).

2. PERSPECTIVAS PARA EL ESTUDIO DEL CHEQUE-SERVICIO

Para alcanzar una opinión con fundamento empírico sobre el tema tratado, empecé como punto de partida por considerar la definición genérica de cheque-servicio: el cheque es un *medio de pago no universal sino condicionado al consumo de determinados servicios y que goza de ciertas ventajas fiscales*¹⁰. Por tanto, se entiende que el cheque es una subvención a la utilización de estos servicios que a su vez estructura una oferta profesional¹¹, es decir, un medio de pago condicionado a determinados servicios, que goza de ciertas ventajas fiscales, y en el que hay que tomar en consideración características tan importantes como son, la capacidad de identificación de beneficiarios, servicios o actividades afectadas y prestatarios de las mismas, la posibilidad de reducir el precio de los servicios afectados y

⁷ BARREIRO, JIMÉNEZ & RIVERO. Los nuevos yacimientos de empleo: los retos de la creación de empleo desde el territorio. Barcelona. Fundación CIREM y Ed. Icària. 1998, págs. 98 y ss; CELADA CRESPO, F., Sistemas de intermediación en el mercado de trabajo en el ámbito local. Madrid. Ed. Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2001, págs. 87 y ss. El Programa Esparru (<http://www.gipuzkoa.net/esparru/cast/pyacimie.html>).

⁸ <http://www.gipuzkoa.net/esparru> (consultado el 13/04/2017).

⁹ El informe del Libro Blanco de Delors, Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI, aporta algunos ejemplos de servicios de proximidad en los cuales este mecanismo podría introducirse, siempre considerando las características especiales de regímenes fiscales y estructuras de los mercados de cada país.

¹⁰ LEBRUN, J-F. et DE SELYS, L., *Le chèque-service, un instrument pour le développement des services de proximité*. Fondation Roi Baudouin, Bruxelles, 1994, págs. 17 y ss.

¹¹ DYER, M. "Servicios en el hogar: la profesionalización de un sector emergente. El desafío para el empleo de la mujer", *ESSCA*, 2007, pág.185.

www.anjoudomicile.fr/media/memoire_de_master_essca__013445200_1214_17102008.pdf. (Consultado el 23-09-2016).

aumentar de forma específica el poder de compra del beneficiario y la de permitir distintas formas de distribución y distintos grados de participación de agentes distintos al beneficiario y prestatario¹².

Y en éste mismo sentido y desde el punto de vista teórico¹³, advertí que existen argumentos que justifican, por razones de eficiencia y equidad, la utilización de este mecanismo en determinados sectores. Estos sectores, tal y como he revelado, son aquellos en los que coinciden bastante la frecuencia por parte del usuario, el bajo nivel de especificidad de conocimientos y que afecta a un grupo determinado de la población. Del mismo modo, aquellos en los que la oferta y la demanda tienen dificultades para establecer un mercado estable y en los que la intervención del Estado se justifique por motivos de bienestar social¹⁴.

Y ello, porque como no podía ser de otra forma, tiene que existir una participación parcial o total del Estado en el consumo privado de los ciudadanos de bienes o servicios que son producidos por empresas públicas y/o privadas, ya que este instrumento permite al ciudadano destinar los recursos que el Estado le asigna a aquella empresa u organismo que le ofrezca el servicio que mejor se adecue a sus necesidades. Esto a su vez, garantiza al Estado un nivel de consumo determinado de estos servicios, y la razón es que este mecanismo tiene efectos sobre la equidad social, aumentando el bienestar tanto de la demanda (frente a alternativas como la provisión directa del Estado, por la capacidad de elección que permite al ciudadano) como de la oferta (introduciendo mecanismos que posibilitan la inserción laboral o la legalización de actividades no reguladas)¹⁵.

3. CONDICIONES TÉCNICAS DEL CHEQUE-SERVICIO PARA LA INTRODUCCIÓN DE LOS MECANISMOS DE ELECCIÓN EN EUROPA

El sistema Cheque Servicio o vale es muy diferente entre los distintos países que lo aplican, con sus particularidades locales, como Francia el sistema de vales CESU¹⁶, que se pueden obtener de un banco o como prestación de los empleadores¹⁷ (del que me ocupare en el siguiente epígrafe); Bélgica¹⁸, el cheque de la Agencia Local de Empleo (en adelante

¹² DONIOL-SHAW, G., LADA, E. y DUSSUET, A. "Las trayectorias profesionales de las mujeres en oficios ayudan a la persona. Maneras de freno y la capacitación y la promoción de informe de investigación", *LATTS*, 2007, pág. 276.

http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Latts_rapport_definitif_21_mars_2008.pdf. (Consultado el 23-04-2017).

¹³ MARTÍNEZ, M. I.: "El cheque de servicios. Definición teórica y Experiencias Europeas". *Centro de Estudios Económicos Fundación Tomillo*, 1997. www.gipuzkoa.net/esparru/ficheros/ponencia4.doc (consultado el 11-05-2017)

¹⁴ ROJO TORRECILLAS, E, CAMAS RODA, F. y CAMOS VICTORIA, I., "Informe sobre la regulación laboral y de Seguridad Social de la prestación de servicios en el hogar familiar. Propuestas de reforma." Barcelona, 27 de octubre de 2004, *Emergim*, págs. 26 y ss.

¹⁵ MALDONADO MOLINA, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*. Valencia, 2003, Ed. Tirant, pág. 30.

¹⁶ Mediante la Ley nº 2005-841 de 26 de julio de 2005. CESU (Cheque Emploi Service Universel). Para más información, consúltese la dirección: <http://www.cesu.urssaf.fr/cesweb/home.jsp>. (consultado el 30-04-2017)

¹⁷ En relación con el principio de vales de servicio de financiación previa, véase *Le cheque-service, un instrument pour le développement des services de proximité*, Fundación Rey Balduino, Bélgica, octubre de 1994.

¹⁸ El Gobierno belga creó el dispositivo en 2003 y ha alcanzado ampliamente los grandes objetivos que se había marcado, a saber, la creación de empleo y la lucha contra el trabajo en negro.

ALE) que es de los más amplios; Dinamarca, esquema “Home Service”¹⁹; Finlandia “Vouchers in social and health care”, “Servicesedeln y los cheques de servicios “Child Day Care”²⁰. En Reino Unido existe el “Nursery Education Voucher” y en Quebec, Canadá que en 1998 se creó el “Chèque Emploi - Service” para ancianos y personas discapacitadas que necesitan cuidados y servicios domésticos²¹, y destacar que en 2004 en el Cantón Suizo de Ginebra también se creó un sistema que incluye específicamente a los trabajadores inmigrantes indocumentados²².

Al respecto, la OIT señala que en las experiencias europeas este instrumento es la alternativa más eficiente²³, resultando más efectivo que la transferencia directa de subvenciones al consumo, al reducir los costes administrativos y facilitar la libertad de elección. Como instrumento de reducción del gasto, introduce el elemento de concienciación del coste por parte del usuario, al estar emitido por el valor real de cuantía, aun cuando esté completamente subvencionado.

Otra vía con la que los gobiernos han intentado estimular el empleo reglamentado en el sector del trabajo doméstico es a través de los impuestos. Por ejemplo, los hogares pueden solicitar deducciones fiscales sobre parte de los costes incurridos en los servicios domésticos. De nuevo, con ello se consigue registrar de manera oficial a los que emplean a trabajadores domésticos. Esos programas existen en Dinamarca²⁴, Suecia²⁵ y Finlandia²⁶. En otros países,

¹⁹ Este esquema fue experimentado en Dinamarca de 1994 a 1996, con un funcionamiento muy parecido al cheque de Bélgica (ALE), el objetivo principal es fomentar el mercado de los servicios de proximidad, introducir alternativas a los desempleados y regularizar el servicio.

²⁰ Elemento de incentivo a la demanda y promoción de la oferta privada a los servicios de atención a la infancia.

²¹ Es una herramienta de tratamiento relacionada con las tareas de ayuda a domicilio en el marco del programa de asignación directa. La persona que proporciona servicios de atención domiciliaria recibir su cheque de pago a través del centro de tratamiento Servicio de Empleo (CTCES), responsable de las operaciones relacionadas con la nómina. <http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/2008/08-513-02F.pdf> (consultada el 13/05/2017).

²² Las empresas calculan las cargas sociales a partir del salario pagado al trabajador doméstico y declaran el salario a través del cheque-servicio, los cuales pueden ser utilizado por los empleadores con objeto de emplear regularmente a trabajadores domésticos y proporcionar así estas coberturas de seguridad social, aun cuando se encuentren en una situación de migración irregular. Véase: Formalizing domestic work through the use of service vouchers, OIT, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-actrav/documents/publication/wcms_220717.pdf (consultada el 11/04/2017).

²³ Boletín de las Comunidades Europeas. Suplemento 6/93. CECA-CEE-CEEA, Bruselas-Luxemburgo, 1993 Informe del Libro Blanco de Delors, Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI, aporta algunos ejemplos de servicios de proximidad en los cuales este mecanismo podría introducirse, siempre considerando las características especiales de regímenes fiscales y estructuras de los mercados de cada país: Servicios de proximidad, ayuda a domicilio a las personas mayores y con minusvalías, atención sanitaria, preparación de comidas y tareas doméstica.

²⁴ El gasto fiscal a favor del servicio doméstico (Hjemmeserviceordningen) fue introducido en Dinamarca a mediados de los años noventa por el gobierno socialdemócrata durante el período de fuerte recesión que azotó al país, contemplándose como una vía de reducción del desempleo. Fue creado como un beneficio fiscal para todo contribuyente equivalente al 50% del coste total de los servicios prestados en el hogar y su aprobación pasó entonces con escaso debate, tanto por parte del parlamento como de la ciudadanía.

²⁵ Estipula que los empleadores de aquellos que realizan tareas de limpieza, mantenimiento y lavado de ropa en domicilios particulares deben garantizar un entorno saludable y seguro para los trabajadores. Se aplica tanto si el empleador es una empresa como un domicilio particular. La Autoridad de Entornos de Trabajo supervisa su cumplimiento, entre lo que se encuentran las horas de trabajo, las horas extraordinarias y el descanso diario o semanal, según la normativa para un entorno de trabajo saludable.

El apoyo institucional a la contratación de servicio a domicilio en Suecia ha sido muy contestado, especialmente en lo que respecta al recurso del gasto fiscal como instrumento de política social, quiebra el esquema tradicional del Estado de Bienestar sueco basado principalmente en la prestación de servicios públicos universales. Si bien

como Bélgica, Francia y Alemania²⁷, existen tanto bonificaciones fiscales como sistemas de vales²⁸. Además, hay unos programas de bonificación fiscal para los trabajadores domésticos. En Austria, una trabajadora doméstica puede deducirse los gastos del cuidado de sus hijos, siempre y cuando haya completado una formación mínima.

Tras el análisis anterior, tanto en los aspectos teóricos de la utilización de cheques-servicio como las ayudas que los diferentes países europeos han puesto en marcha, para lo que aquí interesa, he podido observar varias líneas de tendencia, la primera que estas ayudas han estado dirigidas generalmente a los que desarrollan la actividad, siendo los servicios del hogar y limpieza de la casa los más extendidos, mientras que los servicios de guardería son más escasos.

Segundo que es Francia quien cuenta con la oferta más completa, mientras que los países del sur de Europa son los que tienen menos organizados estos servicios²⁹. Podemos detenernos en alguno más como Bélgica, donde el sistema consiste en la oportunidad de complementar la subvención de desempleo con la realización de servicios de proximidad de asistencia doméstica (en el Reino Unido y Dinamarca funciona con un sistema de cheques muy parecido al de Bélgica), donde los objetivos principales, entre otros, han sido fomentar el mercado de los servicios de proximidad, introducir alternativas a los desempleados y regularizar el servicio.

Y tercero que aunque estas medidas varían mucho de un país a otro, no obstante, demuestran que los gobiernos pueden ser proactivos e introducir novedades beneficiosas para este sector³⁰. Este sistema permite que las personas que trabajan en él adquieran una

es verdad que la idea de adoptar un gasto fiscal para el fomento del servicio personal en los hogares data de los años noventa, tras una dura recesión económica, basado en el argumento de aumentar la tasa de empleo y aflorar las bolsas de trabajo informal.

²⁶ Los hogares, en estos países, pueden solicitar deducciones fiscales sobre parte de los costes incurridos en los servicios domésticos y con ello consiguen registrar de manera oficial a los que emplean a trabajadores domésticos. Desde 1997 los costes inherentes al trabajo doméstico realizado por personas distintas de los miembros del hogar han sido deducibles del impuesto personal. Lo que en la actualidad es conocido como un crédito de impuestos para la ayuda a los hogares y al trabajo remunerado fue inicialmente introducido en algunas regiones (Etela-Suomen y Oulun ja Lapiny) a la vez que se establecía un subsidio directo a las empresas que facilitan estos servicios.

²⁷ Los mecanismos utilizados para reducir el trabajo informal de este sector en Alemania se basan fundamentalmente en la utilización de gastos fiscales, bien mediante el tratamiento fiscal de los denominados “minitrabajos”, o bien mediante deducciones fiscales.

²⁸ Países que optan, de manera decisiva e identificable con relación al PIB, por una política de atención infantil diseñada a través de la política fiscal, mediante deducciones y bonificaciones. Es decir, concediendo gran importancia a los beneficios fiscales ofrecen, conjuntamente, servicios sociales y/o transferencias económicas en mayor o menor medida. En la actualidad, esta reducción de impuestos (en su doble condición de deducción de la cuota y crédito del impuesto) se aplica a los costes incurridos en la contratación directa de un trabajador o trabajadora (no más de una persona por hogar), bien sea directamente o cuando se recurre a los servicios prestados por una empresa, asociación u organismo oficialmente reconocido, como proveedor de tales servicios a domicilio.

²⁹ “Respeto y Derechos: protección de los trabajadores domésticos” (Respect and Rights: Protection for Domestic Workers), informe de la conferencia mundial, Ámsterdam (Países Bajos), noviembre de 2006: www.idwfed.org/en/resources/report-of-the-international-conference-respect-and-rights-protection-for-domestic-workers (consultado el 12-05-2017)

³⁰ KARLS, C., Decent Work for Domestic Workers: The state of labour rights, social protection and trade union initiatives in Europe, con estudios casos prácticos de Italia, España, Alemania e Irlanda, ACTRAV/ILO-ITC, CES y EFFAT, 2012

(...)

dignificación profesional, y las directrices de la Unión Europea (como he anunciado), en materia de protección social, van encaminadas en este sentido.

Como debilidades he constatado que se incluye, quizás una excesiva oferta de servicios³¹, con el peligro de que la calidad en la prestación se reduzca, porque aunque de momento, la presencia de empresas privadas es baja debido a su escasa rentabilidad, pueden surgir en el futuro empresas que sólo busquen obtener grandes beneficios, en detrimento de la calidad del servicio y de la profesionalidad de las personas trabajadoras³².

4. ELEMENTOS ALTERNATIVOS DE GARANTÍA EN CLAVE DE CIFRAS

En lo que a datos se refiere, según el informe de la OIT³³, son unos 55 millones de mujeres, o lo que es lo mismo, una de cada 13 que trabajan son empleadas domésticas (en el caso de los hombres es 1 de cada 100).

El empleo doméstico, continúa señalando el citado estudio de la OIT, es una fuente significativa de empleo, ya que alcanza alrededor del 4% de la fuerza de trabajo mundial (no más del 1,5% en Europa, el 6% en América Latina y el Caribe y el 7,7% en el mundo árabe). Así mismo señala que alrededor del 30% de trabajadores domésticos en España están excluidos de la cobertura de la seguridad social, mientras que en Italia el 60% no están registrados o no cotizan al sistema³⁴.

Siguiendo las apreciaciones de Durán Valverde³⁵ al explicar las conclusiones del estudio de la OIT, en las que asegura que no hay un modelo perfecto que responda a las necesidades de los empleados domésticos, aunque *"la cobertura obligatoria es un elemento crucial para alcanzar una cobertura adecuada"*. Esta cobertura obligatoria *"debería incluir incentivos fiscales, planes de registro, campañas de sensibilidad dirigidas a los empleados y empleadores, así como sistemas de cheques de servicios"*,

Con todo lo anterior, podemos comprobar, que según reconoce la propia OIT, realizar estudios y evaluaciones sobre las condiciones en este sector son difíciles. El motivo es que la actividad se realiza en un hogar privado, lo cual dificulta el control y la inspección de las condiciones laborales, los asalariados trabajan con cierta frecuencia para más de un empleador, con frecuentes cambios laborales, donde el salario en especie es muy habitual, con una alta irregularidad en los ingresos percibidos y lo más frecuente en estas las relaciones laborales, que no sean establecidas mediante un contrato de trabajo.

http://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/Decent_Work_for_Domestic_Workers_FINAL.pdf (Consultado el 30-04-2017)

³¹ ROJO TORRECILLA, E.: "La regulación laboral del personal al servicio del hogar familiar en el ámbito internacional (con un apunte sobre la normativa española)", *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*, núm. 1362, 2012.

³² APARICIO RUIZ, M. G.: *La profesionalización de los empleados al servicio del hogar familiar desde el contraste comparado de la normativa Francesa*, León. Ed. EOLAS, 2014, págs. 23 y ss.

³³ Protección social del trabajo doméstico: tendencias y estadísticas / Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Protección Social (SOCPRO) en colaboración con INWORK. - Ginebra: OIT, 2016. (Documentos de política de protección social; N.º. 16).

³⁴ ABRANTES, M.: "Trabajadores domésticos en Europa, hablemos de cifras", *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 133, núm. 2, 2014, págs. 249-270.

³⁵ Economista Sénior del Departamento de Protección Social (SOCPRO) de la OIT.

Como ya he avanzado, los encargados de llevar a cabo políticas de ocupación social en el entorno europeo, han buscado alternativas para la promoción de éstas ocupaciones que, debido a sus características especiales, relacionadas con la atención a personas mayores, atención domiciliaria, entre otras, dificultan alcanzar un modelo adecuado para garantizar las necesidades de los empleados domésticos³⁶.

Entre otras, las características especiales a las que me refiero, son el salario poco homogéneo, la economía sumergida y el aumento de la necesidad de estos servicios en todos los grupos de renta de la población³⁷. Desde el punto de vista de la demanda, estas necesidades aunque están relacionadas con condiciones básicas de los individuos, la mayoría de ellas también afectan a grupos de población con niveles de renta baja, en muchas ocasiones incapaces de asumir el coste de los servicios (ancianos, familias jóvenes, núcleos de población marginales)³⁸.

La OIT valora positivamente, como ya he reiterado, la implantación del sistema cheque-servicio en algunos países, por ser un incentivo al consumo de los servicios de proximidad o servicios a las personas, que a su vez sirve para regular una oferta profesional, porque facilita el cálculo de las deducciones salariales obligatorias y puede agilizar el pago de los servicios prestados por trabajadoras/es de forma intermitente para diversos empleadores. En la práctica, según lo analizado, se ha introducido para facilitar la transición entre la economía informal y la economía formal, con una reducción parcial de los costes de transacción para los empleadores/as y las trabajadoras.

Por todo lo anterior, entiendo que los cheques-servicios no son, por sus características, instrumentos de aplicación universal. Sin embargo, si se utilizan en determinados servicios y bajo determinadas condiciones, pueden aportar ventajas sobre otros mecanismos de contratación como ahora veremos.

5. LA SINGULARIDAD FRANCESA: CONFIGURACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE CHEQUES SERVICIO COMO POLÍTICA PARA AFLORAR EMPLEO

A continuación, destacaré la singularidad del instrumento estudiado a través de las características más relevantes del cheque-servicio en Francia³⁹, porque según a mi parecer, al

³⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P. El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia, Madrid, 2006, *Documento de la F. Alternativas* n. 87, pág. 15.

³⁷ BAYLOS GRAU, A. Red Eurolatinoamericana de análisis de trabajo y sindicalismo (RELATS). *Economía y Trabajo. Economía sumergida y derecho del trabajo*. 2015 págs. 1-7.

³⁸ BOSCA, J. E., FERNÁNDEZ, M. y TAGUAS, D. (1997): "El Gasto en Protección social en España: índices de Cobertura respecto a la Unión Europea". *Hacienda Pública Española*. Nº 141/142. Págs. 61-73.

³⁹ La Administración de la Seguridad Social francesa se estructura en torno a 5 ámbitos: 4 de ellos en función de la cobertura a se refiera: enfermedad común, familia, accidentes de trabajo-enfermedades profesionales, jubilación, y por último, una encargada de las cotizaciones o aportaciones y su recaudación. Su estructura se compone de la UCANSS – Unión de Cajas Nacionales de Seguridad Social, que agrupa a la CNAMT (Caja Nacional del Seguro de enfermedad de trabajadores asalariados); la CNAV (Caja Nacional del Seguro por Vejez) que gestiona las jubilaciones; la CNAF (Caja Nacional de Subsidios o Pensiones Familiares) y la ACOSS, en el ámbito de la recaudación, que es la Agencia Central de Organismos de la Seguridad Social, caja única de carácter nacional que se encarga de la gestión común de la Tesorería de las diferentes ramas del Régimen General de la Seguridad Social.

ser pionera en el copago Empresa-Estado en servicios de atención a las personas⁴⁰, cuenta con la oferta más completa⁴¹.

En julio de 2006, el Parlamento francés aprobó una innovadora ley destinada a regular el ámbito de los llamados servicios de ayuda o asistencia familiar⁴², lo que dio origen al activo y necesario sector de servicios a las personas⁴³. El Gobierno galo, pionero, como he apuntado, en esta materia, perseguía encontrar un marco regulador que articulase los servicios a las familias, como el servicio doméstico, a la promoción de la salud, como los cuidados a domicilios, servicios para la calidad de vida cotidiana en los hogares, servicios jurídicos etc.

Esta reforma, que se podría considerar una evolución de la Ley Quinquenal de Empleo de 1993, quería ofrecer servicios de calidad y confianza en condiciones económicas aceptables, para ello se basó en tres pilares: deducciones en la cuota del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de hasta el 50% en gastos de asistencia familiar, cheques de servicio universal con los que remunerar a los empleados, así como deducciones en el impuesto de sociedades para las empresas, y homologación de las empresas que prestan estos servicios con una profesionalización y estructuración del servicio que ofrecen.

Este práctico sistema de contratación de servicios particulares a través del *chèque emploi service universel*⁴⁴ (CESU) o cheque empleo servicio universal, se sostiene sobre tres grandes objetivos como son, favorecer el desarrollo de empleos desubicados, luchar contra la economía sumergida y fomentar los servicios a las personas en relación con la infancia, el hogar⁴⁵.

El CESU es un instrumento que permite tanto declarar y remunerar a una persona asalariada con empleo en los servicios a las personas, como pagar una cantidad predefinida a un organismo concertado, empresa o asociación prestataria de servicios a las personas, por la prestación realizada.

El CESU bancario o declarativo requiere que la persona particular empleadora se inscriba en este sistema⁴⁶, y de este modo autoriza la domiciliación del cobro de las

⁴⁰ El Chèque Emploi-Service y el Titre Emploi-Service fueron desarrollados en Francia por la Ley Quinquenal de Empleo de 1993.

⁴¹ Cheque empleo servicio universal (CESU), destinado a simplificar las gestiones de las personas empleadoras, que agrupa bajo una misma denominación a tres tipos de dispositivos que conciernen respectivamente los ciudadanos (CESU bancario), las personas vulnerables (CESU social) y las empresas (CESU-RH).

⁴² El Cheque Empleo Servicio Universal, conocido con el acrónimo CESU, es uno de los pilares básicos del Plan Borloo en Francia. El Plan que lleva el nombre de su impulsor, Jean-Louis Borloo, Ministro de Empleo y de Cohesión Social 2004-2007

⁴³ Se concedieron 200 euros del CESU a 1,5 millones de hogares, decisión tomada por el decreto del 29 de abril de 2009 en el marco del plan de reactivación

⁴⁴ <http://www.cesu.urssaf.fr/cesweb/home.jsp> (consultado el 9/05/2017).

⁴⁵ Primera edición del Barómetro de la calidad y el profesionalismo de los empleos de servicios a la persona, ANSP, BIPE, 2010, pág. 39.
www.servicesalapersonne.gouv.fr/Public/P/ANSP/Actus/2010/20100519_ConfPresse_Barometre.pdf (consultado el 23-04-2017).

⁴⁶ Bien a través Internet en la web de la URSSAF <https://www.urssaf.fr/portail/home.html>, en su entidad financiera, o en las dependencias de la Seguridad Social. Al inscribirse, indica también cómo va a realizar la (...)

cotizaciones sociales en su cuenta bancaria. Se trata, por tanto, de un sistema de contratación de servicios que facilita a los particulares los trámites de contratación de diversos servicios personales a la vez que reporta a los empleados ciertos beneficios, como ahora veremos.

Para declarar cada prestación y remuneración de servicio al Centro Nacional del Cheque Empleo Servicio Universal (en adelante CNCESU) basta cumplimentar el impreso correspondiente por Internet o en papel⁴⁷. Al recibir la declaración, el CNCESU calcula las cotizaciones y contribuciones sociales, patronales y salariales, y realiza su cobro de manera automática por domiciliación bancaria, previo envío de un aviso de pago detallado.

La persona empleadora que utiliza el Cheque Servicio deberá respetar ciertas obligaciones, definidas por el Convenio Colectivo nacional de empleados del empleador particular⁴⁸, como establecer un contrato de trabajo, (modelo que figura en la solicitud de inscripción al CESU) y respetar los procedimientos en caso de rescisión del contrato de trabajo⁴⁹.

Por el contrario, la persona empleadora no tiene que fijar nómina alguna, pues el propio CNCESU envía a la persona empleada un certificado de empleo que tiene valor de nómina. En el mismo sentido, no tendrá que calcular las vacaciones pagadas de la persona empleada, pues cada mes deberá añadirle simplemente un 10% al salario por este concepto.

La persona empleadora que utilice el CESU declarativo tiene derecho a una reducción en sus impuestos⁵⁰. Además si cumple con ciertas condiciones, el empleador/a puede beneficiarse de la exoneración de las cotizaciones patronales⁵¹. El CESU prefinanciado⁵² o

declaración: si a través de Internet con un nombre de usuario y contraseña, o por medio del impreso en papel de un talonario CESU.

⁴⁷ En dicha Declaración se indican los datos de la persona empleada y los elementos del salario del periodo trabajado.

⁴⁸ En este país existen varios convenios colectivos nacionales: Uno negociado en 1999 que incluye a los trabajadores empleados directamente por los hogares. Un segundo, que entró en vigor en 2012, y se aplica a los trabajadores contratados por agencias sin ánimo de lucro. Un tercero, en vigor desde noviembre de 2014, que incluye a los empleados por una empresa privada. Estos convenios colectivos se aplican a todos los empleadores y trabajadores domésticos, ya pertenezcan a una asociación de empresarios o a un sindicato. Convenio Colectivo Nacional del asalariado del empleado particular. N° 3180

⁴⁹ FEPEM (Fédération des Particuliers Employeurs de France) es una organización que representa a los propietarios de las casas particulares que contratan directamente a un trabajador doméstico. Tiene un convenio colectivo con las federaciones de sindicatos CFDT, CGT, CFTC y FO que data del año 1999 y que fue pieza instrumental en la creación del programa de vales CESU (véase la página 23), Convention Collective Nationale du salarié du particulier employeur. N° 3180. FEPEM promueve un modelo basado en un servicio profesional y una responsabilidad social que incluyen el respeto por la dignidad humana y “los derechos y responsabilidades de cada una de las partes”.

⁵⁰ Equivalente al 50% de las sumas pagadas efectivamente que se tomará en consideración hasta el límite de 12.000 euros al año.

⁵¹ Si es mayor de 70 años, tiene cierta incapacidad reconocida, o es titular de otros subsidios por situación personal o familiar.

⁵² La persona empleadora tiene que inscribir a su empleado/a en el Centro de Reembolso del Cheque Empleo Universal (CRCESU). Luego, la parte empleada cobra su Cheque prefinanciado a través del CRCESU, que lo ingresa en su cuenta. Algunas entidades financieras aceptan cobrar el CESU prefinanciado como un cheque “clásico”, de manera que aportan su importe al asalariado y luego son reembolsadas por el Centre de Remboursement du CESU.

Ticket CESU⁵³, está financiado o subvencionado, en todo o en parte, por organismos empleadores como empresas, mutuas, fondos de pensiones, o la propia Administración Pública⁵⁴, pero éste CESU prefinanciado no ofrece exoneraciones fiscales.

Para poder utilizar el CESU, la actividad pagada debe encontrarse en el ámbito de los servicios a las personas a domicilio, o fuera de éste pero complementando un servicio en el hogar. La ventaja para quien emplea de forma particular es que este "titre" puede estar financiado en parte o totalmente por su empresa, mutua o fondo de pensiones a la que pertenezca.

Con respecto a la jubilación, un aspecto positivo para las personas empleadas es que le permite cotizar todas y cada una de las horas trabajadas, sin que quede ninguna por declarar, lo que favorece la abstención de recurrir al empleo informal.

Entre los argumentos favorables que recomiendan la utilización del CESU en la gestión de este instrumento en territorio francés, se cita la legalidad de la relación declarada entre persona empleadora y empleada frente al trabajo sin declarar, para que todo el mundo esté en regla y no haya problema con la ley, por lo que el éxito cuantitativo del plan es incuestionable⁵⁵.

6. EFECTOS SOBRE LA EQUIDAD DEL SISTEMA: PRERROGATIVAS Y ELEMENTOS MEJORABLES

Con respecto al impacto de la puesta en marcha del CESU en Francia⁵⁶, en primer lugar se puede convenir que ha servido para disminuir el trabajo informal en el ámbito de los servicios a domicilio y a las personas, pues la utilización del CESU no es más cara que la remuneración no declarada, y ha permitido a mujeres que antes no trabajaban tener un pequeño empleo, así como ayudar a las mujeres a retomar la vida activa y aportar unos ingresos complementarios⁵⁷. Otro impacto positivo es la mejora de las cotizaciones de las personas asalariadas, lo que les reconoce el derecho a recibir prestaciones por enfermedad o accidente, y a efectos de jubilación o desempleo⁵⁸.

Como impacto negativo en principio, se alude a que se debilita la relación entre persona empleadora y empleada, que su uso puede conllevar precariedad y disminución de la

⁵³ Se utiliza como el ticket restaurante utilizado habitualmente en Francia. El CESU prefinanciado se presenta bajo la forma de un boleto, titre, con un valor determinado, 10 euros por ejemplo, como sucede con estos cheques o tickets restaurant, que la parte empleadora entrega directamente a la parte empleada como remuneración.

⁵⁴ Art. L 129- 1 del Código de Trabajo francés.

⁵⁵ DEBONNEUIL, M., "Les services à la personne: bilan et perspectives, rapport de l'inspection générale des finances". *Document* n° 2008-M-024-01, septembre 2008, págs. 13 y ss. En este documento de política de la Inspección General de Hacienda, centró su enfoque sobre el impacto del "Plan Borloo" en términos de industrialización de los servicios humanos.

⁵⁶ PLA, A., "Sortie des minima sociaux et accès à l'emploi. Premiers résultats de l'enquête de 2006", *DRESS* 2007. *Etudes et résultats*, n°567, pág 91 y ss.

⁵⁷ WINDEBANK, J. "Demand-side incentives to combat the underground economy: some lessons from France and Belgium." *International Journal of Economic Development* 6.2 (2004): 54+. *Academic OneFile*. (consultado el 30-04-2017).

⁵⁸ GAUTIE, J. *Les politiques de l'emploi*. Paris. Vuibert. 1993, pág. 208.

calidad de los servicios prestados a las personas⁵⁹, y también la falta de información detallada, pues muchas veces el empleador no es consciente de todas las obligaciones que le corresponden⁶⁰, a pesar de utilizar un procedimiento tan sencillo, o asume prerrogativas o derechos sobre el trabajador que sobrepasan la relación contractual y la Unión de Recaudación de las cotizaciones de seguridad social y de los subsidios familiares (en adelante URSSAF), al parecer, no aclara las dudas con facilidad.

Es innegable que para la persona asalariada, tener múltiples empleadores, supone una complicación a la hora de acumular las nóminas, y en la tramitación de las vacaciones, las bajas, la formación o los despidos. Pero también es indiscutible que para el empleador que paga con el talonario los servicios contratados (que pueden efectuarse por horas) y declara esa remuneración a la administración⁶¹ a través del formulario, la administración se encarga de calcular las cotizaciones sociales (patronales y salariales) que se pagan directamente por domiciliación bancaria en la cuenta del empleador, con lo que en mi opinión, para este tipo de servicios, este sistema ofrece importantes beneficios, como simplificar trámites administrativos, como he repetido en varias ocasiones a lo largo de este artículo, pues sólo es necesario rellenar un formulario. Además el *Centre National du CESU* envía, como he indicado, al propio empleado su certificado a modo de nómina⁶², al mismo tiempo que estimula la contratación con ventajas fiscales y exoneraciones del pago de parte de las cotizaciones para los empleadores y existe una buena coordinación con la banca, para facilitar pequeños créditos de cómoda devolución para favorecer estas prácticas⁶³. Por lo que entiendo que en general se incide en que el balance es mucho más ventajoso que gravoso, tanto para la persona empleadora como para la empleada⁶⁴.

Recapitulando, es importante señalar la simplicidad del sistema y de los trámites burocráticos, las facilidades para generar empleo de este tipo y las ventajas fiscales y en cotizaciones que otorgan a ciertos colectivos, y que esto puede conllevar un aumento significativo en las contrataciones regladas por esta vía⁶⁵. Así pues la propuesta de *lege*

⁵⁹ Se afirma también que la implantación del CESU respondió a una voluntad política de crear empleos, pero se plantea el riesgo de que redunde en la disminución de la calidad del trabajo efectuado a domicilio: "*Estamos hablando de personas que trabajan dos o cuatro horas por semana. Está bien, se trabaja, pero ¿se puede vivir de eso?*"; "*Se pueden contar muchas personas que tiene curro, y eso está muy bien...pero hagamos la pregunta de cómo trabajan esas personas...*". RIBAULT, T. "Ayuda doméstica: la ideología del profesionalismo a la pluralidad de profesionalidades", *Revista francesa de socioeconomía* No. 2, 2008. <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-socio-economia-2008-2-page-99.htm> (Consultado el 09-05-2017)

⁶⁰ La Documentation française, www.vie-publique.fr

⁶¹ Centre National du CESU

⁶² Para simplificar las ofertas certificaciones en el ámbito de los servicios personales, frágil, Informe al Primer Ministro George Asseraf (IGAENR / Presidente de la CNCP) Relatores de la obra Brigitte Bouquet y Pascale de Rozario, CNCP, 2010, 63 www.servicesalapersonne.gouv.fr/Public/P/ANSP/Metiers_Formations/Rapport%20Mission%20PM2009.pdf (Consultado el 12-05-2017)

⁶³ PLA, A., "Sortie des minima sociaux et accès à l'emploi... op. cit. pág. 37.

⁶⁴ ABHERVÉ, M y DUBOIS, P., La profesionalización trabajos difíciles en servicios personales, Sociología del lavoro, Tomo 113, marzo de 2008. http://www2.univ-mlv.fr/ecosoc/fichier/Professionnalisation_Emplois_Services_Personne.pdf (Consultado el 30-04-2017).

⁶⁵ Grupo de Trabajo informe de resumen creada por el CNFPT: Reflexión sobre las consecuencias inducidas por la dependencia de las necesidades de formación, y el reclutamiento de nuevas profesiones, CNFPT, 2011, pág. 67. www.e-ressources.cnfpt.fr/responsableformation/attachments/095_5erisque.pdf (Consultado el 12-05-2017).

ferenda es que en España se proyectase la implantación de un modelo parecido, puesto que por sus características este sistema ofrece un buen número de beneficios, y haciendo uso de un sistema similar, podría emerger una importante cantidad de trabajo sin declarar, resultando beneficiados los empleadores, los desempleados y la propia Administración.

Y digo "emerger" y no crear, puesto que son trabajos que se realizan periódicamente en nuestra sociedad y que todavía no han encontrado los estímulos administrativos necesarios para que haya incentivos privados a declararlos, se podría plantear reproducir, en la medida de lo posible, el caso del CESU declarativo francés, que otorga ventajas fiscales para quien emplea a una persona asalariada a domicilio, así como introduce simplificaciones administrativas en la contratación, redacción del contrato de trabajo, y en el pago de cotizaciones sociales, boletines salariales, cálculo de cotizaciones sociales o declaraciones trimestrales a la Seguridad Social, entre otras⁶⁶.

Por otra parte y de gran importancia, hay que recordar en este análisis, que la utilización del CESU exige la aplicación de la legislación laboral⁶⁷, que se respete el Convenio colectivo nacional de asalariados de empleadores particulares, y confiere a la persona asalariada los mismos beneficios sociales que un contrato tradicional: cobertura por enfermedad común y accidentes de trabajo y beneficios sociales como desempleo, formación y jubilación⁶⁸.

7. PROPUESTA DE IMPLANTACIÓN DE UN MODELO CHEQUE-SERVICIO EN ESPAÑA

Que mejor forma de comenzar este apartado que rebatiendo el argumento en contra de implantar un modelo del CESU en España con el que se podría respaldar que los supuestos efectos positivos y facilidades para la parte empleadora y trabajadora ofrecidos por este sistema, en la práctica se han conseguido igualmente con la reforma puesta en marcha⁶⁹.

Es indudable, que la nueva legislación para empleadas de hogar en España supone, sin duda, un paso adelante para empezar a dignificar éste servicio y empezar a equipararlo a los demás sectores de trabajo en el ordenamiento jurídico laboral⁷⁰. Pero como he manifestado, se tiene a favor, la tan importante para este sector, simplicidad administrativa, con la certeza para la persona asalariada de ser declarada correctamente, desapareciendo con ello los riesgos de error administrativo, vinculados a la falta de experiencia de un particular empleador.

⁶⁶ URTEAGA, E. "La evaluación de las políticas públicas en Francia", *E-valoración*, nº 12, 2010. págs. 4-16.

⁶⁷ DEVETTER, F.X. et JANY-CATRICE, F. "L'invention d'un secteur et ses conséquences socio-économiques: les politiques de soutien aux services à la personne". *Politiques & Management Public*. Vol. 37/2. 2010. págs. 75-101.

⁶⁸ "Conferencia Fuera de las Sombras: Organización y protección de los trabajadores domésticos en Europa: el papel de los sindicatos" (Out of the Shadows Conference: Organising and protecting domestic workers in Europe: The role of trade unions), CES, Bruselas, noviembre de 2005: www.etuc.org/report-out-shadows-conference%C2%A0organising-and-protecting-domesticworkers-europe-role-trade-unions (Consultado el 30-04-2017).

⁶⁹ Ley 27/2011, de 1 de agosto, RD 1620/2011, de 14 de noviembre Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, entre otras.

⁷⁰ LÓPEZ GANDIA, J y TOSCANI GIMÉNEZ, D: El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar, Albacete (Bomarzo), 2012, págs. 66 y ss

Y todo ello porque el sistema actual, precisa más agilidad administrativa, para lo que entiendo sería muy efectivo adquirir la forma del cheque servicio, para permitir a los empleadores que quisiera contratar, simplificar todos los trámites administrativos, ya que en algunos casos la nueva normativa parece ser complicada de entender y poner en práctica para algunas personas, y es que aquellas que trabajan para varios empleadores perciben una reticencia a contratar porque no tienen programada la necesidad de una persona empleada en su hogar con cierta periodicidad que les permita hacer un contrato concreto.

No voy a cuestionar que las semejanzas entre las nuevas condiciones laborales y de Seguridad Social establecidas para el empleo del hogar en España y el sistema CESU establecido en Francia son destacables, pero al respecto, debo hacer una reflexión, y es que las diferencias que podemos observar son bastantes significativas, entre otras que ya he enumerado, es que el CESU abarca más servicios, y algunos se incluyen dentro de las prestaciones que ofrecen las empresas a sus trabajadores (guardería, transporte,...), de forma que a través de un “vale de servicios” las empresas pudieran ayudar a los trabajadores y al mismo tiempo beneficiarse de una deducción en la cuota.

En la misma línea, algo primordial al respecto, es conseguir mejorar la profesionalización y estructuración de la oferta de éste sector débil, fragmentado y poco profesionalizado hasta ahora⁷¹, así como que este sistema implica a los servicios públicos en la gestión⁷² y el seguimiento de un sector complicado del que dependen⁷³ muchas personas para poder conciliar su vida laboral familiar ya que en la actualidad no existe prácticamente en España ningún tipo de ayuda estatal a los diferentes sectores de los servicios domésticos⁷⁴.

Algo de considerable interés, es que en ese modelo, el servicio se abre a las empresas privadas, y es que el hecho de que los trabajadores de cheques servicio sean empleados por empresas (y no por particulares) facilita que puedan sindicalizarse⁷⁵ facilitando que se entable el diálogo social⁷⁶, y que en caso de conflicto se remite a las partes a una oficina jurídica⁷⁷, por lo que en caso de existir problemas en la relación de trabajo o de dudas sobre

⁷¹ FLORENCE, J-C, BAILLY, J., “Mirages de la profesionalización de los servicios humanos. El caso de la atención domiciliaria”, *Direccte Alta Normandie*, 2012, pág. 32 www.haute-normandie.direccte.gouv.fr/IMG/pdf/Service_a_la_Personnelmp.pdf (Consultado el 22-05-2017).

⁷² Recordemos que éste sistema se reveló como de gran utilidad para la lucha contra el empleo sumergido, así como estructuración de la oferta ya que una vez detectada la existencia de una demanda potencial para este tipo de servicio, fue necesario crear un sistema de estructuración de la oferta.

⁷³ LÓPEZ GANDÍA, J., “La financiación de la protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. *TL: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* nº 89, 2007, págs. 243-270.

⁷⁴ Excepciones notables serían la puesta en marcha de la Ley 39/2006 de Dependencia, y la ley de pago único por nacimiento o adopción de 2007.

⁷⁵ Un sindicato se encuentra en posición de fuerza ante los empleadores que quisieran utilizar el sistema sin respetar las disposiciones del contrato tipo, que tiene fuerza obligatoria ante los tribunales. Sobre el tema BAYLOS GRAU, A.P. “Notas sobre libertad sindical y negociación colectiva”. *Revista de derecho social*, nº 50, 2010, págs. 25-39.

⁷⁶ Está establecido que las empresas que deseen incorporarse a este tipo de actividad deberán financiar una parte de la formación de los trabajadores que ejercerán estas profesiones.

⁷⁷ El sistema no resuelve todos los problemas que suelen producirse en este sector (despido repentino, horas extra por cuidado de niños no pagadas, etc.), pero permite a las partes en cuestión contar con un interlocutor oficial a quien dirigirse.

la legislación, tanto empleada como empleador disponen de un interlocutor directo a quien pedir orientación⁷⁸.

No obstante, y después de las importantes modificaciones laborales y de seguridad social en nuestro país de ésta relación especial⁷⁹, deduzco de todo lo anterior, que aún falta mucho camino por recorrer, entre otras cosas, adaptar este sistema a lo que enmarca el espíritu del Convenio núm. 189 y la Recomendación núm. 201 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, facilitando particularmente la aplicación de varios aspectos de estas normas, como realizar consultas a los sindicatos quienes pueden negociar o ser consultados en su nombre, la formalización del trabajo doméstico a través de sistemas como los descritos, dar visibilidad a las trabajadoras domésticas, y sacarlas del trabajo en negro.

En resumen, las ventajas que coexistirían con las anteriores, en el caso de la creación de éste modelo, entiendo que favorecerían la disminución del desempleo y de los costes para el Estado por prestaciones al desempleo, se crearía un nuevo sector empresarial de creación intensiva de empleo, con lo que se obtendría un aumento del PIB. Sin duda se lograría una mejora de la calidad asistencial⁸⁰ que comportaría la profesionalización del sector de los Servicios a la Persona⁸¹ y una mayor seguridad y confianza en el consumo de los trabajadores del servicio doméstico⁸².

8. CONCLUSIONES

En las últimas décadas se han realizado reformas legales internacionales para la equiparación de derechos entre quienes se ocupan del trabajo doméstico y los del resto de trabajadoras y trabajadores. Es de destacar, que la adopción del Convenio núm. 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos en 2011 y su ratificación en algunos países, ha incentivado la realización de este tipo de reformas. En 2013 el Consejo de Ministros de la Unión Europea instó en su decisión a los Estados Miembros a ratificar dicho Convenio, que, como señalé al inicio del artículo, aún está por ratificar por nuestro país.

Igualmente, a nivel nacional, la Ley 27/2011 de 1 de Agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social en España, implicó directamente

⁷⁸ La existencia de un interlocutor de la patronal resulta indispensable para el desarrollo del diálogo social, pero el ejemplo de Ginebra demuestra que, al menos en una primera etapa, es posible desarrollar el sistema de cheques servicio sin que los empleadores sean representados por una asociación. Los ejemplos de Francia y de Ginebra demuestran que estos dispositivos pueden desarrollarse y generar a la postre beneficios para las cajas del Estado y/o las cajas de los seguros sociales.

⁷⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “El nuevo sistema especial de empleados de hogar una «revolución» inconclusa”, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, págs. 143-148.

⁸⁰ ALBEROLA, E., GILLES, L., FLORENCIA, T., “Servicios a la persona: una palanca de inserción para el empleo público a distancia”, *CREDOC*, diciembre de 2011, pág. 80 www.credoc.fr/pdf/Rech/C288.pdf (Consultado el 02-04-2017).

⁸¹ DINAMIA. Conclusiones y Recomendaciones, Estudio sobre necesidades de cualificación de las personas trabajadoras con funciones de atención directa a la situación de dependencia, Informe diciembre 2008. http://www3.feccoo.net/bdigital/priv/20081217_priv/pdf/conf_e_estnecformdepend.pdf (Consultado el 26-05-2017).

⁸² DE LA VILLA GIL, L. E.: “La economía sumergida y los arañazos superficiales a la realidad social a través de las medidas adoptadas por el Gobierno. Breve comentario al real decreto-ley 5/2011, de 29 de abril”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 26, 2011, (RI §410652).

una revisión de la regulación laboral del servicio del hogar familiar, comportando una adecuación de la normativa a la realidad socio laboral actual. Consecuencia de ésta Ley, el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se establece para dignificar las condiciones de trabajo de estos trabajadores, pero aún quedan muchas mejoras que realizar para alcanzar la completa equiparación en derechos y empleabilidad con el resto de trabajadores.

Pero si bien lo anterior ha sido un avance indudable, sigue existiendo un gran desequilibrio, pues no podemos olvidar que los trabajadores del hogar son generalmente mujeres, muchas veces migrantes y pese a que se trata de una de las ocupaciones más antiguas y más importantes para millones de mujeres en el mundo, las labores del hogar están subvaloradas y en muchos países quedan fuera del ámbito de cobertura de la legislación laboral. Muy a menudo, no se garantiza a estos trabajadores/as un salario mínimo ni protección social alguna y sus derechos a formar y afiliarse a sindicatos y negociar colectivamente son vulnerados.

Por lo que además de normas internacionales, los trabajadores/as del hogar necesitan unos sindicatos fuertes para hacer presión por el establecimiento de una legislación nacional adecuada y unas normas mínimas, para poder negociar acuerdos colectivos nacionales y sectoriales y para disponer de una base organizativa sólida. Los trabajadores/as del hogar necesitan estar protegidos por una legislación, igual que lo está cualquier otro asalariado. Sus términos de empleo, condiciones laborales, remuneración y horas de trabajo han de estar regulados. Garantizar su acceso a los planes de protección social es un objetivo importante para las organizaciones sindicales.

En la sociedad actual, el servicio doméstico resulta vital para que la economía fuera de los hogares pueda funcionar (según la OIT, 100 millones de personas trabajan en esta actividad). Los actuales niveles de crecimiento y de bienestar no serían posibles sin la contribución de estos trabajadores. Aunque los trabajadores/as del hogar existen desde hace siglos, durante las dos últimas décadas, la demanda de servicio doméstico ha venido aumentando en todo el mundo. La incorporación masiva de las mujeres a la fuerza laboral, el envejecimiento de las sociedades, la intensificación del trabajo y la falta e inadecuación de políticas públicas para facilitar la conciliación entre vida familiar y laboral apuntalan claramente esta tendencia. Por esta razón, en estos últimos años, tras los debates acerca de las consecuencias del envejecimiento demográfico sobre las pensiones y la sanidad iniciados hace casi dos décadas, se ha ido convirtiendo en un lugar común la idea de que la Administración debería implicarse más activamente en el ámbito de estos servicios. Y aquí es donde entra en juego el cheque servicio, ya que se configura como un nuevo marco de relaciones entre la Administración, la oferta de servicios y los usuarios de los mismos.

Entiendo que con el cheque el usuario recibiría mayor atención ya que, por la misma cantidad económica percibiría más horas de servicio ya que las empresas que compiten en el mercado libremente ajustarían las tarifas para hacerlas competitivas, mientras que las empresas en situación de monopolio por la adjudicación del servicio suelen cobrar precios por hora muy elevados a la Administración. Al mismo tiempo que permitiría mediante la libertad de elección de los usuarios, que estos ostentaran un mayor poder de presión, por lo que aunque la función de regulación y control fuera por parte de la Administración, los usuarios se convertirían en pieza fundamental para determinar la validez de cada oferta.

Por último, considero de todo lo anterior, que el cheque domestico contribuiría notablemente a que aflore una gran parte de la economía sumergida que existe en este tipo de servicios y crearía la posibilidad de preparar a muchas personas, ya que se simplificaría la gestión administrativa, permitiendo a la Administración gestionar de forma sencilla la prestación económica vinculada al servicio e implementar las oportunas medidas de control, así como el desarrollo empresarial en el sector que proporcionaría empleo cualificado, con garantías y derechos laborales y sociales, con posibilidades de promoción y formación en un sector valorizado, imprescindible para el bienestar y progreso de nuestra sociedad.

Crónica
Legislativa de
Seguridad
Social y
materias
conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

LABORUM

1. COTIZACIÓN

-Orden ESS/966/2017, de 6 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2017 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. BOE 11-10-2017

Mediante esta Orden, y conforme a lo dispuesto en el art. 106.Ocho de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

A las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes correspondientes al periodo de 1 de enero a 30 de junio de 2017, que no pueden ser actualizadas en virtud del artículo 106.Ocho de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 del RD-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, que dispuso la actualización del tope máximo y de las bases máximas de cotización en el sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2017, y el contenido del artículo 115.Ocho de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado del año 2016, debido a la prórroga automática de los Presupuestos del ejercicio 2016 hasta la aprobación de los correspondientes al año 2017. Y a esta finalidad responde el contenido de esta Orden.

Se dispone también que por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social se establecerá el plazo especial para el ingreso de las diferencias que resulten de la aplicación de las bases que se fijan en esta orden, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando durante los meses transcurridos del ejercicio 2017, hasta el mes anterior al de su publicación en el BOE.

2. INCAPACIDAD TEMPORAL

-Resolución de 15 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas. BOE 2-10-2017

Respecto a la financiación de las funciones y actividades atribuidas a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena al servicio de sus empresas asociadas, el art. 24.1 de la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social,

desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el año 2017, establece el coeficiente general a aplicar en el 0,051 de la cuota íntegra correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes y, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General de la Seguridad Social, ese coeficiente lo fija en el 0,030 de la respectiva cuota íntegra correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes.

Pero en la misma norma se dispone que, en los términos que determine la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, aquellos coeficientes podrán elevarse en cada uno de los casos señalados hasta el 0,055 y 0,033, respectivamente, para aquellas mutuas que acrediten la insuficiencia financiera del coeficiente general en base a circunstancias estructurales.

Por tanto, corresponde a dicha Dirección General determinar las condiciones para la existencia del supuesto legal de insuficiencia financiera del mencionado coeficiente general, su origen en circunstancias estructurales y, en definitiva, los requisitos para el acceso al coeficiente especial destinado al ámbito de gestión mencionado. Esto es lo que lleva a cabo la presente Resolución.

Por un lado, se define el requisito de insuficiencia financiera del coeficiente general mediante la estimación del resultado negativo o déficit al cierre del ejercicio 2017 en el ámbito de la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes después de aplicada en su integridad la reserva de estabilización específica de esta gestión.

Por otro lado, respecto del requisito adicional de que tal déficit sea consecuencia de circunstancias estructurales, se considera existente cuando la duración media de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena protegidos por la mutua en el año 2016 sea superior a 33 días, o bien cuando el índice de incidencia media mensual durante el mismo periodo, de los mismos procesos, haya superado en el año 2016 el 21 por mil, siempre que se justifique por la mutua interesada el desarrollo por su parte de actuaciones de control y seguimiento de los referidos procesos de baja médica por incapacidad temporal.

Además, con la finalidad de resaltar el requisito estructural y simultáneamente promover mejoras de gestión, se contempla también como requisito que la mutua haya llevado a cabo de forma activa actuaciones de control y seguimiento con tal finalidad.

Asimismo, por razones de eficiencia en la gestión se acomoda la financiación de este ámbito a las singularidades de las distintas mutuas en lugar de incrementar de forma indiscriminada el coeficiente general, lo que, además de ser más gravoso para el Sistema, generaría en algunas de las mutuas, las de mayores o más homogéneos niveles de implantación, una holgada financiación y superávit frente a otras, en las que aquel coeficiente seguiría siendo insuficiente.

Finalmente, se establecen las normas de procedimiento a que han de ajustarse las solicitudes que a tal efecto formulen las mutuas.

-Comunidad Autónoma de Cataluña.- Decreto-ley 4/2017, de 18 de julio, de modificación del régimen de mejoras de la prestación económica de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración de la Generalidad, de su sector público y de las universidades públicas catalanas. BOE 7-9-2017.

Modifica la Ley 5/2012, del 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, recogiendo nuevos supuestos excepcionales que permiten la percepción de un complemento de mejora retributiva hasta el 100% de las retribuciones y una refundición de todos los supuestos mediante una enumeración ordenada.

Esta actualización se plantea, como resultado del tiempo transcurrido y del análisis de la evolución de los sistemas de protección, por la necesidad de incorporar nuevos supuestos de especial gravedad y que se consideran merecedores de la máxima protección. Algunos de estos nuevos supuestos tienen como finalidad la protección de la salud de la mujer en situaciones especialmente vulnerables, como la situación de incapacidad temporal que derive de un tratamiento de reproducción asistida o del periodo de lactancia, o la situación de incapacidad temporal por interrupción voluntaria del embarazo en el primer trimestre de gestación por inducción farmacológica. También se protege la situación del personal con discapacidad, en concreto, cuando se encuentre en la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedades que han sido causa de discapacidad de grado igual o superior al 33%. Se recoge, asimismo, la situación de incapacidad temporal derivada de exploraciones diagnósticas invasivas, como endoscopias, colonoscopias, gastroscopias, fibroscopias, cateterismos y otras exploraciones similares. Y, finalmente, se amplían los supuestos de enfermedades consideradas especialmente graves más allá de los procesos oncológicos, incluyendo una lista de enfermedades que tienen el tratamiento de enfermedades graves y/o sujetas a declaración obligatoria.

Se indica en la Exposición de Motivos que todos estos nuevos supuestos excepcionales tienen una incidencia directa sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos, visto el componente de gravedad y de afectación en la vida de la persona (protección de la mujer y del personal con discapacidad, enfermedades de especial gravedad y pruebas que, por sus características, resultan inhabilitantes para el trabajo), por lo que es necesario dar la máxima protección a estas situaciones de incapacidad temporal garantizando el cien por ciento de las retribuciones mediante el complemento por parte de la Administración, y evitar de esta manera que una merma de las retribuciones agrave la situación personal y familiar de los empleados públicos afectados.

Además, se contiene una previsión para garantizar la protección de datos de carácter personal, que resulta necesaria conforme se amplían los supuestos de enfermedades que deben justificarse documentalmente para obtener la protección máxima de la mejora hasta el cien por cien de las retribuciones.

Finalmente, en la disposición transitoria se prevé, en relación con los supuestos nuevos, que cuando el proceso patológico haya tenido origen en situaciones de incapacidad anteriores a la entrada en vigor de este Decreto-ley derivadas de estos supuestos nuevos, estas situaciones dan derecho a que se reconozca el complemento hasta el cien por cien de

las retribuciones, si bien con efectos económicos a partir de la vigencia del Decreto-ley y sin que se reconozcan efectos retroactivos.

3. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

-Real Decreto-ley 14/2017, de 6 de octubre, por el que se aprueba la reactivación extraordinaria y por tiempo limitado del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. BOE 7-10-2017

El RD-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, introdujo un programa temporal de seis meses de duración destinado a las personas que habían agotado su protección por desempleo, basado en acciones de mejora de la empleabilidad y en la percepción de una ayuda económica de acompañamiento. Este programa, atendiendo a la situación del mercado de trabajo y a las necesidades de las personas destinatarias, ha sido prorrogado en sucesivas ocasiones. La última de ellas se llevó a cabo mediante la Disp. final 2ª del RD-ley 1/2016, de 15 de abril, por el que se prorroga el Programa de Activación para el Empleo, que modificó la Disp. Adic. 2ª del RD-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, estableciendo la prórroga automática del mismo por períodos de seis meses, siempre que la tasa de desempleo fuese superior al 18 por ciento según la última Encuesta de Población Activa (EPA) publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga, y se reunieran los requisitos establecidos en el RD-ley 23/2012, de 24 de agosto.

Señala la Exposición de Motivos que, puesto que según la EPA correspondiente al segundo trimestre de 2017, la tasa de desempleo ha sido del 17,22 por ciento, es decir, inferior a la fijada en el citado RD-ley 1/2013, de 25 de enero, el mencionado programa no ha sido prorrogado de forma automática como sucedió en las anteriores ocasiones, habiendo finalizado por lo tanto su vigencia el 15 de agosto de 2017. Sin embargo, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas consideran necesario recuperar de forma extraordinaria y limitada en el tiempo el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y han acordado atribuir excepcionalmente al Servicio Público de Empleo Estatal las funciones de concesión y pago de la ayuda económica de acompañamiento. Por una parte, se considera necesaria la recuperación del plan para mantener la protección del colectivo de personas desempleadas destinatario del programa en tanto se realice la revisión y reordenación de los actuales programas destinados a mejorar las posibilidades de inserción de los desempleados y, a su vez, a complementar la protección por desempleo. Por otra parte, se atribuyen temporalmente al Servicio Público de Empleo Estatal las funciones de reconocimiento, concesión y pago ante la necesidad de asegurar la continuidad del programa, evitando cualquier dilación que pueda perjudicar a un colectivo que ha agotado su protección por desempleo, ya que no es posible por su complejidad hacer efectiva sin solución de continuidad la gestión de las ayudas económicas por parte de las Comunidades Autónomas, que son las administraciones competentes para la gestión de las mismas.

Este real decreto-ley consta de tres artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. El artículo

1 establece la reactivación extraordinaria del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo desde el 16 de agosto de 2017 hasta el 30 de abril de 2018. El artículo 2 prevé un plazo de dos meses, desde la publicación del real decreto-ley, para el acceso a la ayuda para la recualificación profesional de las personas que hayan agotado la protección por desempleo desde el 16 de agosto hasta dicha publicación. Por último, el artículo 3 se refiere a la financiación de la ayuda para la recualificación profesional de las personas que agoten la protección por desempleo.

La Disp. Adic. 2ª contempla la revisión, en el marco del diálogo social y con las comunidades autónomas, de los distintos programas que actualmente complementan la protección por desempleo. Y con la disposición derogatoria, queda derogada expresamente la Disp. Adic. 2ª del Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, que regula los términos en que se produce la prórroga automática semestral del programa recualificación profesional de las personas que agoten la protección por desempleo.

Pero, además, se aprovecha este RD-ley para llevar a cabo por vía de urgencia dos reformas legales importantes:

-En la Disp. Adic. 1ª queda consignada la reducción de cotizaciones en las personas que prestan servicios en el hogar familiar incluidas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social. La no inclusión de esta medida en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, supuso la pérdida de beneficios en la cotización desde el mes de julio de 2017. Con el objetivo de aflorar el empleo irregular en este sector, así como la necesidad de reducir la carga que para las familias supone contratar un empleado de hogar, se considera necesario incorporar esta reducción en la cotización, dando continuidad a esta medida, que ha estado vigente desde 2012 hasta junio de 2017. Se establece el 31 de diciembre de 2018 como fecha límite para el disfrute de dicho beneficio puesto que en el año 2019 se producirá la plena equiparación de este colectivo con los restantes trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social (Disp. Trans. 16ª del texto refundido de la LGSS). Por ello, se considera beneficioso y necesario mantener vigente esta medida facilitando que se produzca la plena equiparación sin ocasionar perjuicios a los trabajadores incorporados a este Sistema Especial ni a las familias empleadoras de los mismos.

-La Disp. Final 2ª incorpora una modificación de la Disp. Adic. 23ª de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación con la finalidad de delimitar claramente el ámbito del sector público al que se aplican las reglas específicas de esta disposición de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, y los supuestos en los que se admiten en el sector público los contratos de obra o servicio determinado con una duración superior a tres años. La modificación no supone una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la excepción que en la citada norma se recoge, sino que es una aclaración de la misma ante las dudas que podía suscitar la redacción vigente respecto a la aplicación de esta excepción en determinadas entidades del sector público.

Aclara la Exposición de Motivos, para justificar esta modificación, que muchas de las entidades públicas actualmente no incluidas en el ámbito de aplicación de la norma han venido obligadas a efectuar contrataciones temporales, dadas las limitaciones a la

contratación laboral contenidas en las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado desde 2012, y que muchos de esos contratos temporales están próximos a su finalización. En algunos casos la finalización de dichos contratos puede dar lugar a que el trabajador inste una declaración por el empresario reconociendo de modo automático la fijeza de la relación laboral por encadenamiento de contratos previsto en el art. 15.5 ET, de forma que este personal adquiriría la condición de fijo, sin necesidad de que su plaza fuera objeto del correspondiente procedimiento de concurrencia competitiva, tal como exige el acceso al empleo público. En segundo lugar, si los contratos afectados se extinguen, será necesario proceder a nuevas contrataciones, para mantener el nivel de excelencia de las entidades de investigación, y dadas las peculiaridades y altísima especialización de las mismas, resulta muy importante poder hacer uso de este mecanismo de flexibilidad que permite contrataciones de más larga duración, propia de proyectos de investigación complejos. En tercer lugar, considera que, dada la aún precaria situación de nuestro mercado laboral, las medidas que contienen facilidades para la contratación, como es la posibilidad de contratos de obra vinculados a proyectos de I+D+I de duración superior a tres o cuatro años, han de tener efectividad inmediata.

Además, la Disp. Trans. Única establece la aplicación a los contratos por obra o servicio determinados en vigor de las modificaciones que se realizan por la Disp. final 2ª de este RD-ley en la Disp. Adic. 23ª de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

4. DISCAPACIDAD

-Comunidad Autónoma de Andalucía.- Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. BOE 17-10-17

Obedece esta Ley a la necesaria adecuación de la normativa autonómica a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ha sido ratificada, junto con su Protocolo Facultativo, en 2007 por España, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Como explica la Exposición de Motivos, la Convención ha impulsado un cambio de paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando desde el enfoque asistencial al de garantía de derechos. Ha supuesto la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. De acuerdo con ello, esta ley reconoce a las personas con discapacidad los mismos derechos que tiene el resto de la población y reorienta las actuaciones públicas, desde un modelo biosanitario y rehabilitador, centrado en la enfermedad o en las deficiencias, a un modelo social basado en las capacidades y en la interacción con el entorno y la participación real y efectiva en todos los asuntos que les son propios. La ley también promueve el respeto a la diversidad desde el reconocimiento del valor de las personas con capacidades o funcionalidades diferentes a las de la mayoría. Implica un cambio fundamental de las políticas públicas, a lo cual se dirige esta Ley.

Uno de los principales objetivos de esta ley se centra en dar prioridad a las políticas de empleo dirigidas a la igualdad de oportunidades para todas las personas según sus capacidades, no solo en el ámbito del empleo público, sino en todos los perfiles de ocupación.

Para cumplir el objetivo de otorgar el protagonismo a las personas con discapacidad en el libre desarrollo de su personalidad y en la toma de decisiones sobre todos los aspectos de su vida, se establecen mecanismos para su incorporación efectiva en los procesos de toma de decisiones que afecten a sus derechos.

Reconociendo el hecho de que entre las personas con discapacidad prevalecen las mujeres, así como su mayor presencia entre las personas que están en situación de dependencia, y entre quienes les prestan cuidados, en la Ley se adoptan políticas públicas dirigidas a reducir las desigualdades específicas asociadas al sexo y la discapacidad, introduciendo la perspectiva de género, como un principio fundamental de esta ley, en todo su posterior desarrollo.

El título preliminar de la Ley recoge las disposiciones generales que se refieren al objeto de ley y sus personas destinatarias, asumiendo el nuevo concepto de la discapacidad que considera la misma como una situación que es fruto de la interacción de las condiciones personales y las diversas barreras que pueden impedir o limitar la participación social; incidiendo en la noción de discapacidad como complemento circunstancial que, en modo alguno, debe ser considerada como esencia sino como estado.

El título I se dedica a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, recogiendo la obligación de las Administraciones Públicas de Andalucía de adoptar medidas contra la discriminación, de acción positiva, de igualdad de oportunidades y de fomento y defensa de las personas con discapacidad, que además deberán atender las situaciones de especial vulnerabilidad así como las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

Se prescriben criterios de actuación y medidas de acción positiva para lograr su inclusión social en los distintos ámbitos de vida política, económica, social, educativa, laboral, cultural y deportiva andaluza.

Para garantizar la transversalidad, desde la perspectiva de género, la inclusión, la accesibilidad y coordinación de las políticas públicas, se afianzan instrumentos de gestión pública ya utilizados como el Plan de acción integral, el Plan de empleo de las personas con discapacidad en Andalucía y el Plan de mujeres con discapacidad, y se mantiene la existencia del Consejo Andaluz de Atención a las Personas con Discapacidad como órgano de participación social y asesoramiento.

La ley obliga a la Administración de la Junta de Andalucía a aprobar las condiciones de accesibilidad y no discriminación a los diferentes entornos físicos y de la información y comunicación, bienes, productos y servicios que permitan su uso por el mayor número de personas posible con independencia de cuáles sean sus capacidades funcionales y garanticen la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, y vela por su cumplimiento

estableciendo el régimen sancionador autonómico en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

La presente ley se dicta sin perjuicio de las condiciones básicas estatales y de acuerdo con las competencias que otorga el Estatuto de Autonomía para Andalucía a la Comunidad Autónoma.

5. ASISTENCIA SANITARIA.

-Resolución de 27 de junio de 2017, de la Mutualidad General Judicial, por la que se publica el Concierto con el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, por el que se fijan las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia. BOE 5-7-17

Mediante esta Resolución se publica el Concierto por el que se regularán las condiciones en que debe efectuarse la prestación farmacéutica con cargo a fondos públicos de MUGEJU a través de todas las Oficinas de Farmacia legalmente autorizadas en todo el territorio nacional. Este Concierto supone que la dispensación de los medicamentos, efectos y accesorios, fórmulas magistrales y preparados oficinales, vacunas individualizadas antialérgicas y bacterianas que estén incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y productos sin cupón precinto sometidos a visado, y que hayan sido prescritos en recetas oficiales de MUGEJU, se llevará a cabo a través de todas y cada una de las Oficinas de Farmacia, sin perjuicio de la dispensación que deba realizarse por los servicios de farmacia hospitalaria en los centros sanitarios concertados por MUGEJU a pacientes hospitalizados o, en el caso de medicamentos cuya dispensación esté restringida a esos servicios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

Asimismo el presente Concierto contempla las condiciones de facturación y pago de las recetas dispensadas, incluyendo la grabación de datos y digitalización de las imágenes de las recetas oficiales de MUGEJU en formato papel como elemento indispensable para el proceso de facturación.

El Concierto surtirá efectos desde el 1 de enero de 2018 y tendrá una duración de cuatro años a partir de su entrada en vigor. Podrá ser prorrogado expresamente por plazos de dos años, con un máximo de dos prórrogas, si no lo denuncia expresamente ninguna de las partes con tres meses de antelación a la fecha de su vencimiento, sea ésta la inicial o la de cualquiera de sus prórrogas.

6. EMPLEO

-Orden ESS/668/2017, de 13 de julio, por la que se designa al Servicio Público de Empleo Estatal como organismo competente en materia de gestión del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. BOE 15-7-17

La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, de acuerdo con la nueva redacción dada por la disposición final vigésima octava de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, atribuye a la unidad orgánica que se designe por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social determinadas funciones relativas al Sistema

Nacional de Garantía Juvenil, tales como la organización y gestión relativas al fichero, la resolución acerca de la inscripción en el mismo y otras relacionadas con la gestión de referido Sistema.

Considerando que el Servicio Público de Empleo Estatal es el organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de la Secretaría de Estado de Empleo, al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas de empleo, se considera la unidad más adecuada para la gestión del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. En virtud de ello, esta Orden designa al organismo autónomo Servicio Público de Empleo Estatal como organismo competente para la realización de las actuaciones y funciones del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y, en particular, a los que se refieren el apartado 3 del artículo 92, el apartado 2 del artículo 95, los apartados 2 y 6 del artículo 98, el primer párrafo del artículo 102, las letras i) y j) del apartado 1 del artículo 111, los párrafos tercero y quinto de la letra a) del artículo 112, el párrafo primero de la disposición adicional vigesimoctava y el apartado 4 de la disposición final segunda de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

7. FORMACIÓN PROFESIONAL

-Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral. BOE 5-7-17

Este RD tiene por objeto la regulación, para todo el territorio nacional, de las iniciativas y programas de formación profesional para el empleo, los requisitos y límites de las acciones formativas, sus destinatarios y la forma de acreditación de las competencias adquiridas por los trabajadores, así como los instrumentos del sistema integrado de información y el régimen de funcionamiento del sistema de formación profesional para el empleo.

Desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, que deriva previamente del RD-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, mediante la cual se ha llevado a cabo una reforma integral del sistema. Una de las piezas claves de la reforma de las políticas de activación para el empleo es la renovación del marco normativo actual, estableciendo un nuevo marco legal de las acciones y medidas de políticas activas de empleo adecuado al nuevo modelo que sustituya al actualmente vigente y con la implantación de un nuevo modelo de distribución de fondos orientado al cumplimiento de objetivos.

En este marco se inserta el Reglamento de Formación Profesional para el Empleo, que se instrumenta mediante esta norma. La Ley 30/2015, de 9 de septiembre, prevé de forma expresa el desarrollo reglamentario de determinados contenidos recogidos en la misma, además de su desarrollo con carácter general. No obstante, dicho desarrollo reglamentario no se agota en este real decreto, pues para determinados aspectos se considera más adecuada su regulación mediante las correspondientes órdenes ministeriales, a las que se remite para su desarrollo esta norma.

8. ORGANIZACIÓN

-Real Decreto 703/2017, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. BOE 8-7-17

Este RD da cumplimiento a lo establecido en la Disp. final segunda del RD 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales completando y concretando la estructura orgánica básica de los órganos superiores y directivos del Departamento hasta el nivel de subdirección general.

Se procede a la actualización de numerosas referencias normativas por las reformas en el ámbito de las competencias del Departamento realizadas desde 2012.

La Unidad Administradora del FSE deja de estar adscrita a la Dirección General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, para pasar a estarlo a la Secretaría de Estado de Empleo, por razones de eficacia y racionalización administrativa.

Por otra parte, se modifica el RD 424/2016, de 11 de noviembre, creando, dentro de la estructura del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, una Dirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral, con el objetivo de integrar en un solo órgano directivo de la extensa y compleja actividad estadística que gestiona el Ministerio y que en la actualidad se encuentra dispersa en diversas unidades y organismos del Departamento. Junto a ello, la nueva Dirección General realizará también tareas de análisis de la información estadística, y de otras fuentes de información disponibles, para la toma de decisiones en relación con las políticas en materia de empleo, Seguridad Social, inmigración y emigración.

Además, conforme al art. 66.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se mantienen, en los mismos términos que el RD 424/2016, de 11 de noviembre, las excepciones de la reserva funcional en el nombramiento de los titulares de las Direcciones Generales del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, de Migraciones y de Ordenación de la Seguridad Social.

Finalmente, se actualiza la denominación del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo que pasa a llamarse “Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, O.A., M.P.”

9. UNIÓN EUROPEA

-Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. DOUE L 169, 30-6-2017

Mediante esta Directiva se procede a la codificación de diversas Directivas de la Unión Europea: Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, referente a la escisión de sociedades anónimas; Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por

determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado; Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros; Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Todas ellas han sido modificadas en varias ocasiones y de forma sustancial, por lo que, en aras de claridad y de racionalidad, se procede a la codificación de las mismas.

Por lo que se refiere a los aspectos laborales y sociales, en la nueva Directiva codificada se establece expresamente que los derechos de los trabajadores distintos de los derechos de participación deben seguir sujetos a las disposiciones de los Estados miembros a que se refieren la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a los despidos colectivos; la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, relativa a la protección de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea y la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Igualmente, se prevé que si los trabajadores ejercen derechos de participación en una de las sociedades que se fusionan, con arreglo a los supuestos contemplados en la Directiva, y si la legislación nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevé el mismo nivel de participación que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan –también en los comités del órgano de control con poderes decisorios–, o no prevé la misma facultad para ejercer derechos a trabajadores de sociedades resultantes de la fusión transfronteriza, la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza así como su implicación en la definición de tales derechos debe regularse. Para ello, se deberán tomar como base los principios y procedimientos del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, relativo al estatuto de la sociedad anónima europea y de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, supeditados no obstante a las modificaciones que resulten necesarias al estar sujeta entonces la sociedad resultante a la legislación nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social. De conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/86/CE, los Estados miembros pueden velar por el inicio inmediato de las negociaciones con arreglo al artículo 133 de la presente Directiva con objeto de no retrasar innecesariamente las fusiones.

A fin de determinar el nivel de participación de los trabajadores aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, se debe tener en cuenta también la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios.

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (Dictamen de iniciativa) (2017/C 288/01) (DOUE 31-8-17)

En este Dictamen el CESE recomienda que la UE desempeñe un papel de liderazgo mundial en la adopción de marcos políticos uniformes y universales para la IA, de conformidad con los valores europeos y los derechos fundamentales.

El CESE señala en estos momentos once áreas donde la IA plantea desafíos sociales: ética; seguridad; privacidad; transparencia y rendición de cuentas; trabajo; educación y desarrollo de capacidades; (des)igualdad e inclusión; legislación y reglamentación; gobernanza y democracia; guerra; y superinteligencia. En relación con cada una de ellas, el CESE formula una serie de recomendaciones.

Con carácter general, defiende un enfoque de la IA basado en el control humano (human-in-command), con un marco de condiciones que regule el desarrollo responsable, seguro y útil de la IA de manera que las máquinas continúen siendo máquinas y los humanos conserven en todo momento el dominio sobre ellas. Pide que se elabore un código deontológico para el desarrollo, despliegue y utilización de la IA, de modo que durante todo su proceso de funcionamiento los sistemas de IA sean compatibles con los principios de la dignidad humana, la integridad, la libertad, la privacidad, la diversidad cultural y de género y los derechos humanos fundamentales.

El CESE aboga por el desarrollo de un sistema de normalización para la verificación, validación y control de los sistemas de IA, basado en un amplio espectro de normas en materia de seguridad, transparencia, inteligibilidad, rendición de cuentas y valores éticos. Aboga por una infraestructura de IA europea de fuente abierta (open source), que incluya entornos de aprendizaje respetuosos de la vida privada, entornos de ensayo en condiciones reales (real life) y conjuntos de datos de alta calidad para el desarrollo y la formación de sistemas de IA, y destaca la ventaja (competitiva) que puede obtener la UE en el mercado mundial mediante el desarrollo y la promoción de «sistemas de IA de responsabilidad europea», provistos de un sistema europeo de certificación y etiquetado de la IA.

Considera que la UE, los gobiernos nacionales y los interlocutores sociales deberían determinar conjuntamente cuáles son los sectores del mercado laboral que se verán influidos por la IA, en qué medida y en qué plazo, y buscar soluciones para mitigar las consecuencias para el empleo, la naturaleza del trabajo, los sistemas sociales y la (des)igualdad. Además debería invertirse en los sectores del mercado laboral en los que la IA tiene poca o ninguna influencia. Recomienda a todas las partes interesadas que realicen un esfuerzo colectivo para apostar por los sistemas complementarios de IA y su creación conjunta en el lugar de trabajo, como equipos persona-máquina donde la IA sirva para complementar y mejorar la actuación humana. Las partes interesadas también deben invertir en aprendizaje formal e informal,

enseñanza y formación a fin de que todos puedan trabajar con la IA, pero también para desarrollar capacidades que no pueda suplir la IA.

Considera que es necesario llevar a cabo una evaluación concreta de la legislación y la reglamentación de la UE en las seis áreas de interés definidas por la Unidad de Prospectiva Científica (STOA) que son susceptibles de revisión o adaptación. El CESE está en contra de la introducción de cualquier tipo de personalidad jurídica para los robots o la IA, puesto que socavaría los efectos correctores preventivos de la legislación en materia de responsabilidad, generaría un riesgo moral tanto en el desarrollo como en la utilización de la IA y daría lugar a un posible uso indebido.

Respecto a las repercusiones en el trabajo, el empleo, las condiciones laborales y los sistemas sociales, considera que es evidente que la IA influirá en la disponibilidad de empleo y en la naturaleza y el carácter de muchos puestos de trabajo, y por lo tanto también en los sistemas sociales.

Reconoce que la IA puede reportar grandes ventajas cuando se utiliza en trabajos peligrosos, pesados, extenuantes, sucios, desagradables, repetitivos o aburridos. Pero pone de manifiesto que los sistemas de IA también son capaces, y cada vez más, de realizar tareas rutinarias, procesar y analizar datos o desempeñar funciones que requieren un alto grado de planificación o predicción, trabajos que a menudo se encomiendan a trabajadores muy capacitados. Parece poco probable que la IA o un robot puedan asumir todas las tareas de una persona, sin embargo, casi todo el mundo tendrá que hacer frente a la automatización de algunas de sus funciones. El tiempo libre resultante podrá dedicarse a otras tareas, siempre que las administraciones y los interlocutores sociales atiendan a esa cuestión, de forma que es necesario tener en cuenta la incidencia que estas situaciones pueden tener en los profesionales y gestores, y promover su participación en el proceso, para que sean dueños y no víctimas de la situación.

Igualmente, reconoce que se crearán nuevos puestos de trabajo, aunque nadie puede prever cuáles serán, cuánto abundarán ni con qué celeridad aparecerán, pero manifiesta la preocupación de que la continuidad del desarrollo de la IA deje solo tareas pequeñas y mal remuneradas para un grupo creciente de trabajadores flexibles.

Además, considera que las consecuencias de la IA no afectarán solo a la cantidad de trabajo disponible, sino también a la naturaleza del trabajo existente. Los sistemas de IA ofrecen cada vez más opciones para supervisar y controlar a los empleados, lo que pone en tela de juicio su autonomía y privacidad. La organización y distribución del trabajo cada vez se hace más mediante algoritmos, sin intervención humana, lo que influye en la naturaleza y las condiciones del trabajo. El uso de los sistemas de IA conlleva un riesgo de empobrecimiento de las tareas y pérdida de habilidades importantes.

Considera que la inteligencia aumentada (complementariedad), donde persona y máquina trabajan juntas y se fortalecen mutuamente, es la aplicación más interesante de la IA porque se trata del humano con la máquina, no del humano en lugar de la máquina. Sin embargo, la participación en su creación es de gran importancia: hay que involucrar a los trabajadores en el desarrollo de esos sistemas de IA complementarios para garantizar que sean fáciles de usar y que el trabajador conserve suficiente autonomía y control (human-in-

command) y satisfacción en su trabajo. Apostar por la complementariedad entre el humano y la IA (inteligencia aumentada) requerirá una educación generalizada en el trabajo con los sistemas de IA y su manejo desde una edad temprana, a fin de que las personas conserven la autonomía y el control en su trabajo (control humano). En este sentido, es especialmente importante la educación sobre ética y privacidad, puesto que la IA repercute fuertemente en esos ámbitos.

Por todo ello, considera que estamos en un momento crucial para definir las condiciones en las que se enmarcarán el desarrollo presente y futuro de la IA y su utilización, y que las ventajas de la IA solo se pueden obtener de manera sostenible si se abordan adecuadamente los retos que conlleva. Para ello es preciso tomar decisiones políticas.

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

Sentencia del TJUE de 27 de abril de 2017. Asunto C-620/15. A-Rosa Flussschiff GmbH y Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (TJCE 2017\155)

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.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017. Asunto C-89/16. Szoja contra Sociálna poisťovňa (JUR 2017\184257)

Procedimiento prejudicial – Aplicación de los regímenes de seguridad social – Trabajadores migrantes – Persona que ejerce una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en dos Estados miembros diferentes – Determinación de la legislación

aplicable – Reglamento (CE) n.º 883/2004 – Artículo 13, apartado 3 – Reglamento (CE) n.º 987/2009 – Artículo 14, apartado 5 ter – Artículo 16 – Efectos de las decisiones de la Comisión administrativa para la coordinación de los sistemas de seguridad social – Inadmisibilidad.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 13, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, debe interpretarse en el sentido de que, para determinar la legislación nacional aplicable en virtud de esta disposición a una persona que, como el demandante en el litigio principal, ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros, es preciso tener en cuenta las exigencias formuladas en el artículo 14, apartado 5 ter, y en el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2017, nº433/2017 (RJ 2017\1223)

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA (LJCA/1998): Plazo: extemporaneidad: existencia: transcurso del plazo de 10 días: inadmisibilidad procedente.

SEGURIDAD SOCIAL: Régimen jurídico aplicable: Real Decreto 426/2003, que 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: infracción del principio de igualdad: inexistencia: nulidad improcedente.

Señala el Ministerio Fiscal que: “... si bien las discriminaciones por razón de edad solamente son admisibles cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, en este caso se dan. En efecto, explica que el Real Decreto 426/2003 (RCL 2003, 1034) no es una pieza aislada sino que forma parte del sistema de protección de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Regula una prestación específica –la renta agraria– únicamente para los trabajadores eventuales agrarios que no puedan ser beneficiarios del subsidio de desempleo previsto por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero (RCL 1997, 70 y 735), al no haberlo sido durante los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud y, además, residan en Andalucía y Extremadura.

Añade que la exigencia de las treinta y cinco jornadas reales cotizadas en los doce meses anteriores –las peonadas– no quiebra la igualdad porque tiene una justificación razonable y objetiva: el hecho de que el beneficiario de la renta agraria sea alguien que desarrolle faenas agrícolas con cierta habitualidad. Y el requisito se exige a todos por igual.

En cuanto al trato dado a los mayores de cuarenta y cinco años, la exigencia de una mayor permanencia de alta, dice el Ministerio Fiscal, dado el tipo de beneficiarios al que se dirige el Real Decreto 426/2003 (RCL 2003, 1034) , es razonable que no tenga en cuenta a quienes hayan estado cotizando en otro régimen de la Seguridad Social. Por otro lado, además de señalar que el recurrente no suscita la posibilidad de que haya discriminación injustificada respecto de los trabajadores de edad inferior a cuarenta y cinco años pues sólo se les exige estar en esa situación durante los doce meses anteriores a la solicitud, subraya que la sentencia de 15 de marzo de 2006 (recurso 84/2003) negó que fuera contraria al principio de igualdad”.

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, nº589/2017 (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

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017, nº509/2017 (RJ 2017\1281)

SEGURIDAD SOCIAL: 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.

Sentencia de 5 de abril de 2017, nº619/2017 (RJ 2017\1680)

SEGURIDAD SOCIAL: Cotizaciones: cuotas debidas: derivación de responsabilidad solidaria: grupo de empresas: carácter solidario de la responsabilidad de la mercantiles pertenecientes: previsión legal: existencia.

Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2017. Asunto C-690/15. Lobkowicz (TJCE 2017\88)

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.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017, nº151/2017 (RJ 2017\1644)

UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: desestimación por falta de contradicción y de contenido casacional; incapacidad permanente en grado de gran invalidez. VOTO PARTICULAR.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017, nº161/2017 (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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017, nº325/2017 (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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2017, nº443/2017 (RJ 2017\2759)

PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES: la omisión del trámite de audiencia a la empresa no conlleva la nulidad de actuaciones por no haber producido indefensión.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017, nº451/2017 (RJ 2017\2924)

DETERMINACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD: aplicación del capítulo 12 del Anexo 1 A del RD 1971/1999, relativo a las deficiencias del aparato visual en supuesto de pérdida total de la visión un ojo: si la pérdida total de un ojo ya conlleva un porcentaje de deficiencia de la visión inocular del 100%, no cabe aplicar por dos veces para el mismo ojo la tabla 1 con atribución en ambos casos de una deficiencia en la visión del 100%, en la primera ocasión por disminución de la agudeza visual y en la segunda por la del campo visual.

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

6.3. Jubilación**Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2017, nº181/2017 (RJ 2017\1020)**

Función Pública: Extinción de la relación funcional: jubilación: solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo hasta los setenta años: denegación: incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio del órgano que dictó el acto: inexistencia; aplicación del plan de ordenación de recursos humanos: procedencia: denegación procedente.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017, nº 962/2017 (RJ 2017\2964)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA: Función pública: jubilación forzosa: prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta alcanzar el 100% de la pensión de jubilación: silencio positivo: existencia: concesión procedente.

A propósito de la cuestión objeto de litigio, el TS recuerda la sentencia del Supremo de 8 de junio de 2016 en la cual se dice que:

«En efecto, la cuestión de la prolongación del servicio activo más allá de los sesenta y cinco años de edad en que se produce la jubilación forzosa por edad, no está cerrada por las normas estatales básicas. Según hemos recordado, el artículo 67.3 se remite a lo que dispongan las leyes de Función Pública de manera que los legisladores autonómicos pueden contemplar soluciones diferentes en punto a la continuación en el servicio activo de los funcionarios que superen los sesenta y cinco años y, de hecho, varias Comunidades Autónomas han legislado sobre diversos extremos relativos a la permanencia en el servicio activo más allá de los sesenta y cinco y hasta los setenta años de edad.

La opción seguida por la Sala de Barcelona, sustentada en el artículo 38 del Decreto Legislativo 1/1997 (LCAT 1997, 519) , se enmarca, por tanto, en el plano de la interpretación del Derecho propio de Cataluña. En consecuencia, es a ella a quien corresponde establecer la procedente sin que nos competa revisar su criterio de acuerdo con el que, respecto a los límites del recurso de casación cuando entra en cuestión el Derecho autonómico, sentó el Pleno de esta Sala en la sentencia de 30 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 1334) (casación 7638/2002)».

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017, nº449/2017 (RJ 2017\3012)

COMPATIBILIDAD DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO: para acceder a la llamada jubilación activa, compatibilizando pensión y trabajo, es preciso haber cumplido edad de jubilación y haber accedido a la pensión con un porcentaje de la base reguladora del 100%.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)**Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, nº205/2017**

Seguridad Social en el régimen agrario: 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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017, nº156/2017 (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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017, nº264/2017 (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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017, nº289/2017 (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.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017. Asunto C-354/16. Kleinstuber contra Mars GmbH (JUR 2017\184251)

Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 2000/78/CE – Artículos 1, 2 y 6 – Igualdad de trato – Prohibición de toda discriminación por razón de sexo – Jubilación de empresa – Directiva 97/81/CE – Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial – Cláusula 4, puntos 1 y 2 – Métodos para el cálculo de los derechos a pensión adquiridos – Normativa de un Estado miembro – Trato diferente de los trabajadores a tiempo parcial.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1. La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada, y el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, para calcular el importe de una pensión de jubilación de empresa, distingue entre los ingresos del trabajo que son inferiores a la base máxima de cotización del seguro obligatorio de jubilación y los ingresos del trabajo superiores a esa base máxima, y que no calcula los ingresos procedentes de un empleo a tiempo parcial obteniendo primero la cifra de los ingresos pagados por un empleo a tiempo completo correspondiente, determinando a continuación las cuotas respectivamente superior e inferior a la base máxima de cotización y trasladando finalmente esta proporción a los menores ingresos procedentes del empleo a tiempo parcial.
2. La cláusula 4, puntos 1 y 2, del citado Acuerdo y el artículo 4 de la Directiva 2006/54 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, a efectos de calcular el importe de una pensión de jubilación de empresa de una empleada que ha acumulado períodos de trabajo a tiempo completo y períodos de trabajo a tiempo parcial, determina una tasa de actividad uniforme para toda la duración de la relación laboral, siempre que este método de cálculo de la pensión de jubilación no infrinja la regla pro rata temporis. Corresponde al tribunal remitente comprobar si ello es así.
3. Los artículos 1, 2 y 6, apartado 1, de 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece una pensión de jubilación de empresa cuyo importe corresponde a la relación entre la antigüedad y la duración del período comprendido entre el inicio de la prestación de servicios en la empresa y la edad normal de jubilación determinada por el seguro de jubilación obligatorio, y que limita a un número máximo las anualidades de carrera que pueden incluirse en el cómputo.

6.5. Prestaciones familiares

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017, nº469/2017 (RJ 2017/2927)

PENSIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES: denegación a la hija de pensionista que no tiene 45 años en la fecha del fallecimiento del causante.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017, nº471/2017 (RJ 2017/3088)

PRESTACIÓN EN FAVOR FAMILIARES: la obligación civil de prestarse mutuos auxilios que pesa sobre los hermanos no debe equipararse a la de alimentos cuando se trata del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, por lo que la existencia de hermanos convivientes no impide que surja el derecho a la prestación en favor de familiares, con independencia de su nivel de rentas.

Acerca del deber de alimentos, la Sala entiende:

“En anteriores ocasiones hemos realizado diversas aproximaciones al tema. Por ejemplo, en SSTs 28 octubre 1995 (RJ 1995, 9837) (Rec. 618/1995), 12 marzo 1997 (RJ 1997, 3389) (Rec. 3459/96); 9 febrero 1998 (RJ 1998, 1647) (Rec. 886/1997); 16 marzo 1999 (RJ 1999, 3001) (Rec. 2052/1998); 27 marzo 2000 (RJ 2000, 3422) (Rec. 1823/99); 8 noviembre 2006 (RJ 2006, 8224) (Rec. 4915/2005) o 7 febrero 2008 (RJ 2008, 2779) (Rec. 1389/2007) viene a manifestarse lo siguiente:

Si bien la obligación de prestar alimentos configurada por el Código Civil tiene un carácter personal y particularizado, pues depende totalmente de las condiciones personales y económicas de los sujetos activo y pasivo de la misma, este acusado subjetivismo no puede tener plena vigencia en el ámbito de la Seguridad Social, que por imperativo de lo dispuesto en el art. 41 de la CE (RCL 1978, 2836) ha de dispensar asistencia y prestaciones sociales suficientes a todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad. Por ello, aunque el art. 21.1.1.e) citado se remita a la "legislación civil", al quedar inserta la protección solicitada en el ámbito de la Seguridad Social, ha de efectuarse una interpretación de la deuda de alimentos mucho más objetivada y genérica, en la que la protección dispensada se base en pautas generales aplicables a todos, dejando a un lado particularidades y subjetivismos.

Procede el abono de la prestación cuando los ingresos de la unidad familiar de la que forma parte el beneficiario no alcancen los límites cuantitativos establecidos en la normativa correspondiente a los fines del reconocimiento y abono del subsidio de desempleo por responsabilidades familiares, siempre que, claro está, no existan fuera de la unidad familiar otros parientes con obligación de prestar los alimentos.

En aplicación del criterio de que el módulo del salario mínimo interprofesional determina el mínimo vital de subsistencia, cabe afirmar que si el obligado a prestar alimentos, bien por tener ingresos inferiores al SMI o bien aun teniéndolos superiores no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al SMI, tales alimentos, a efectos de la prestación de Seguridad Social discutida, no serían suficientes para entender acreditado que la persona obligada a prestar alimentos tenga la posibilidad de prestarlos, ya que el alimentista, de carecer de otros ingresos, no alcanzaría con los posibles alimentos prestados por el pariente obligado el referido mínimo vital de subsistencia.

La STS 16 marzo 1999 (rec. 2052/1998), citada por la recurrida, incluye al hermano entre los sujetos con obligación de prestar alimentos, aunque la cuestión allí debatida no es el radio subjetivo de la obligación sino la concurrencia de los requisitos económicos para que surja.

De cuanto antecede puede concluirse que: a) No nos hemos pronunciado hasta la fecha de manera frontal sobre la cuestión examinada. b) La doctrina de la Sala desea objetivar los requisitos condicionantes del acceso a las prestaciones de Seguridad Social. c) Ha de procurarse que el eventual beneficiario de los alimentos no quede menos atendido que si percibiera la prestación de Seguridad Social excluida por ellos”.

Finalmente, la Sala se pronuncia en lo que respecta al alcance de la obligación alimenticia entre hermanos diciendo:

a) Las normas aplicables supeditan la concesión de la prestación solicitada a la inexistencia de parientes con obligación de prestar alimentos.

b) Los términos de la obligación alimenticia se remiten a la "legislación civil".

c) Si en la regulación remitida hubiera cuestiones interpretables de forma dudosa habría que optar por la tesis más beneficiosa para el surgimiento del derecho.

Son varios los criterios hermenéuticos que abocan a configurar el deber de ayuda entre hermanos como una obligación específica, de naturaleza alimentaria pero diversa de la de prestación de alimentos. Por lo tanto, las referidas pautas interpretativas conducen a pensar que a efectos de las instituciones civiles bien puede considerarse como un deber de prestación de alimentos, pero a la hora de impedir el nacimiento de la prestación en favor de familiares ya no sucede así. Revisemos seguidamente los fundamentos de esa anticipada conclusión.

1º) La ubicación topográfica de la regulación.- Los preceptos que disciplinan el alcance del deber en cuestión están integrados en el Título VI del Libro I del Código Civil. En buena lógica, que una figura aparezca incluida en fragmento regulador "De los alimentos entre parientes" inclina a pensar que estamos ante institución que posee esa misma ontología.

Sin embargo lo cierto es que la analogía o la proximidad también pueden explicar esa ubicación. La naturaleza del deber entre hermanos puede ser análoga a la del deber de prestarse alimentos entre ascendientes y descendientes pero, sin embargo, situarnos ante un instituto específico.

2º) El contenido o funcionalidad.- En el artículo 142 CC se enumera y describe el contenido de la obligación de prestar alimentos (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, etc.). Sin embargo, el artículo 143 CC precisa que entre los hermanos solo hay obligación de prestar "los auxilios necesarios para la vida".

Si el deber fraternal fuera realmente el de prestar alimentos habría de aplicarse el artículo 142 CC y si el artículo 143 establece otro contenido es porque se trata de algo diverso, aunque obviamente emparentado.

3º) Literalidad de la regulación.- El expuesto art. 143 CC distingue dos clases de alimentos: los que se prestan "en toda la extensión" del artículo 142 (abarcando las diversas modalidades allí enumeradas) y los que discurren entre hermanos (que solo alcanzan ciertas manifestaciones).

Los "auxilios necesarios para la vida" aparecen como una acepción o modalidad más restrictiva de alimentos. Las pautas interpretativas que hemos resaltado más arriba conducen a rechazar que estemos ante una institución que impida lucrar la prestación en favor de familiares. Chirría con la necesidad de proteger las situaciones de necesidad (art. 41 CE) el que se niegue esa prestación con el argumento de que ya se recibe por otro lado (por el del CC) y lo que obtenga el sujeto le inhabilite para acceder al nivel de suficiencia propio de las prestaciones contributivas.

4º) La jurisprudencia civil.- La STS-Civ 13 abril 1991 (RJ 1991, 2685) incluye a los hermanos entre los sujetos obligados a prestar alimentos para advertir que no es de recibo dejar al margen, y menos ignorar, el orden del artículo 144 CC , previsto para cuando concurren varios obligados. La STS 14 mayo 1971 también afirma la obligación de la hermana para prestar alimentos, si bien con las limitaciones del art. 143 Código Civil.

Además de que posee una óptica diversa, esta escasa jurisprudencia del orden civil insiste en cuanto venimos recalcando: el deber entre los hermanos en modo alguno posee el alcance que cuando estamos ante la auténtica obligación de prestar alimentos. La intensidad, amplitud, modalidad o duración del deber patrimonial no alteran la naturaleza jurídica del deber, por cierto existente con independencia de que los hermanos convivan, pero sí afectan de manera decisiva a su configuración legal.

Y aquí no se trata determinar la naturaleza de los deberes entre hermanos sino su equivalencia con la "obligación y posibilidades de prestarles alimentos" a que aluden los reglamentos de Seguridad Social.

5º) Interpretación teleológica.- Las vetustas normas de Seguridad Social que hemos de aplicar presuponen que no existe situación de verdadera necesidad cuando quien podría percibir una prestación en favor de familiares es titular del derecho a obtener alimentos de un allegado.

Aunque el CC establece entre los hermanos unos deberes de tipo alimenticio, su escaso alcance impide equiparar el supuesto al que acaece cuando existe un sujeto (prototípicamente, cónyuge o familiar en línea recta) obligado en toda la extensión del artículo 142 Código Civil. Carece de sentido, por tanto, que a partir de la concurrencia de ese dato se impida el nacimiento de la prestación.

6º) Confianza legítima.- Aunque en modo alguno ello resultaría decisivo, ha de advertirse que la conclusión a la que hemos ido llegando coincide con lo defendido por la propia Entidad Gestora, no en la Resolución denegatoria de 18 de julio de 2012 que está en el origen de este procedimiento sino en su portal informático (http://www.seg.social.es/Internet_/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Muerteysupervivencia/RegimenGeneral/Pensionenfavordefam28536/Beneficiarios/index.htm). Allí se expone que *los hermanos sólo se deben los "auxilios necesarios para la vida", por lo que quedan excluidos de la obligación de prestar alimentos.*"

6.6. Desempleo

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2017, nº218/2017 (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.

Sentencia del Tribunal Supremo 5 de abril de 2017, nº302/2017 (RJ 2017\2536)

Recurso de casación para la 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).

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017, nº304/2017 (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, rcud.1881/2014;12/5/2015, rcud.2683/2014 y 14/5/2015, rcud.1588/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017, nº305/2017 (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, RCUD. 3810/2015.

6.7. Prestaciones Sanitarias

Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 2017, nº 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.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 2017. Nº97/2017 (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017)

Conflicto positivo de competencia 6714-2012. Planteado por el Gobierno Vasco en relación con diversos preceptos del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Competencias sobre sanidad: adecuado ejercicio de las competencias estatales (STC 33/2017). Voto particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 2017. Nº 98/2017 (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017)

Recurso de inconstitucionalidad 433-2013. Interpuesto por el Gobierno de Canarias 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.

Competencias sobre sanidad: suficiente acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante (STC 139/2016), adecuado ejercicio de las competencias estatales. Votos particulares.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 2017. Nº 99/2017 (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017)

Conflicto positivo de competencia 766-2013. Planteado por el Gobierno Vasco en relación con diversos preceptos del Real Decreto 1506/2012, de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica.

Competencias sobre sanidad: constitucionalidad de los preceptos reglamentarios que afectan a la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2017. Asunto C-133/15. Chávez Vilchez (TJCE 2017/113)

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017, nº137/2017 (RJ 2017\1155)

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: procede en los procesos en materia sobre complementos por mínimos, aunque el importe en cómputo anual sea inferior al límite del recurso, en la medida en que se trata del reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2017, nº 988/2017 (RJ 2017\2796)

RECURSO DE CASACIÓN (LJCA/1998): Infracción de las normas reguladoras de las sentencias: incongruencia "extra petita": incongruencia omisiva: inexistencia: casación improcedente. COLEGIOS PROFESIONALES: Mutualidades: Asociación Mutualista de la Ingeniería Civil: reconocimiento de capacidad para actuar como mutualidad de previsión social alternativa al RETA: denegación: procedencia: vulneración DA 15ª Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: inexistencia. IGUALDAD ANTE LA LEY: Término válido de comparación: necesidad de: inexistencia: vulneración inexistente.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017, nº348/2017 (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).

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.

LÓPEZ Y LÓPEZ, I.: *Práctica de salarios y cotizaciones*, CEF, 2017, 630 páginas.

VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, 1088 páginas

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.

BARCELÓN COBEDO, S., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.): *Las enfermedades profesionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 552 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *La protección por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social: Régimen general y regímenes especiales de la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2017, 239 páginas.

BUENAGA CEBALLOS, O.: *El derecho a la seguridad social. Fundamentos éticos y principios configuradores*, Granada, Comares, 2017, 371 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.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dir.), DURÁN BERNARDINO, M. (coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017, 662 páginas.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A.: *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*, Navarra, Aranzadi, 2017, 373 páginas.

LOMAS HERNÁNDEZ, V. (Coord.): *Régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud*, Navarra, Aranzadi, 2017, 679 páginas.

LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, 261 páginas.

ROMERO RÓDENAS, M. J.: *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, 2ª ed. revisada, Albacete, Bomarzo, 2017, 164 páginas.

TORTUERO PLAZA, J.L., MORENO ROMERO, F. (Dir.): *La incapacidad temporal en España y Brasil*, Granada, Comares, 2017, 219 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

CAMÓS VICTORIA, I., GARCÍA DE CORTÁZAR, C., SUÁREZ CORUJO, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa*, Murcia, Laborum, 2017, 203 páginas.

4. RECENSIONES

Libro: “Manual de Seguridad Social” de los profesores José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y Rosa Quesada Segura. Décimotercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, páginas: 642.

Comentado por: BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

El derecho a la Seguridad Social desde su nacimiento en la década de los años sesenta del siglo pasado, se ha alzado como un elemento básico del ordenamiento jurídico y a un mismo tiempo, como cimiento indispensable del sistema legal español. Hasta tal punto es así, que nuestra Carta Magna ha atribuido a la Seguridad Social la primordial tarea de la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica, social y políticamente relevantes (art. 41 CE). Para lo cual, la Seguridad Social ha sido dotada de un conjunto de prestaciones, temporales o indefinidas, ya sea en dinero o en especie, que tratan de hacer frente a aquellas situaciones.

Es así como la concepción universal respecto al tema ha llevado a cada nación a organizarse con el objeto de configurar variados modelos al servicio de este objetivo. Siendo obligación del Estado asegurar que todas las personas que habitan su territorio estén protegidas contra riesgos tales como: accidentes, enfermedades, desempleo, embarazo, jubilación...etcétera. Se habla por tanto, de una institución sumamente compleja y lamentablemente caótica, que exige una permanente actualización, tanto para asumir los sucesivos cambios legales como para integrar en ellos las nuevas tendencias hermenéuticas de nuestros tribunales.

El excelente “Manual de Seguridad Social”, publicado en 2017 por la editorial Tecnos, pretende ofrecer las herramientas conceptuales necesarias para la comprensión de esta realidad social, así como una descripción básica de la función, organización y mecánica funcional del Sistema de la Seguridad Social española. Como autores de esta obra se presenta un prestigioso y selecto equipo de iuslaboralistas provenientes de diversas universidades andaluzas, donde ya cuentan con una acreditada y reconocida experiencia profesional, como son los Catedráticos de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social: José Luis Monereo Pérez (Universidad de Granada), Cristóbal Molina Navarrete (Universidad de Jaén) y Rosa Quesada Segura (Universidad de Málaga). Y es que, junto al enorme bagaje de conocimientos teóricos atesorados por tan insignes especialistas a lo largo de varias décadas de estudio, se le suma una importante experiencia práctica. Se perfila de este modo una extraordinaria monografía en materia de derecho laboral, que se añade al amplio y variado conjunto de estudios bibliográficos que, acerca de la rama social del derecho, han elaborado sus autores. En este sentido llaman la atención los siguientes

compendios: “Manual de Derecho del Trabajo”, “Manual de Derecho Sindical”, “Manual de Derecho de la Dependencia”, “Manual de Política y Derecho del Empleo”... etcétera.

Por estas razones, este ejemplar reúne todas las condiciones para convertirse en un gran referente teórico-práctico de imprescindible consulta, necesario para cualquier biblioteca jurídica que se precie. Las trece ediciones de este libro acreditan sobradamente su aptitud para la iniciación del lector en el cambiante mundo del Derecho de la Seguridad Social, sin dejar de proporcionar ayuda al profesional más implicado en esta importante materia del ordenamiento jurídico. Se incorpora a esta última reimpresión la notable experiencia adquirida en las anteriores ediciones, sin romper ni su estilo, ni su estructura, pero dando cuenta sistemática de todas las reformas introducidas en el sistema. Todo ello sin olvidar los innumerables desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, incluido el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo valor no es preciso recalcar. En particular, se presta especial atención al proceso de reforma legislativa, en curso de desarrollo y revisión, del “Pacto de Toledo”, así como a las nuevas normas legales y reglamentarias aparecidas en el Boletín Oficial del Estado hasta septiembre de 2017.

Con un criterio que prima la claridad y la eficacia expositiva, y que sostiene con tesón una precisión meridiana a lo largo de toda la obra, el libro analiza de una forma evolutiva, la totalidad del sistema de Seguridad Social desde una doble perspectiva: histórica y dogmática. En efecto, el Derecho de la Seguridad Social es una rama del ordenamiento sumamente mutable y dinámica, de tal forma que se hace necesario incorporar al examen de la normativa vigente una perspectiva histórica. No obstante, se precisa también de un conocimiento de las reglas vigentes, razón por la cual, acto seguido se aborda el estudio de las instituciones concretas del Derecho a la Seguridad Social: ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Seguridad Social, gestión, financiación, dinámica de las prestaciones (incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, protección social familiar, desempleo, sanidad y protección social complementaria), sistema de dependencia, peculiaridades de los regímenes especiales de la Seguridad Social (REA, RETM, RETA, RESSEH, RESSE, Régimen Especial de la Minería del Carbón y Regímenes Especiales de Funcionarios) y garantías procesales (jurisdicción, competencias y modalidades procesales).

Libro: "La incapacidad temporal en España y Brasil". Autores: José Luis Tortuero Plaza y Francisca Moreno Romero (Dirs), Granada, Comares, 2017, 219 páginas.

Comentado por: BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Actualmente, en el mundo de las relaciones laborales y en conexión con el sistema de Seguridad Social, nos encontramos con cuestiones que traspasan fronteras y que presentan similares interrogantes. Por ello, es muy útil conocer ordenamientos jurídicos que tradicionalmente han estado vinculados al nuestro para poder trasladar posibles soluciones a nuestro sistema jurídico. Los ordenamientos Español y Brasileño han conocido experiencias muy semejantes en aspectos relacionados con el sistema de Seguridad Social y, más en concreto, con la prestación por incapacidad temporal (IT). Ambos son países que gozan de un sistema parecido de Seguridad Social, por lo que los problemas que se plantean son

similares. Así pues, resulta interesante, analizar cuáles han sido y están siendo las soluciones que el sistema brasileño ha llevado a cabo para solventar cada uno de las cuestiones que han suscitado la mencionada prestación, hablamos de problemas tales como: 1) el control de la IT; 2) la gestión; 3) la relación entre la IT y el contrato de trabajo; 4) el eterno problema del fraude, en este sentido, recordemos que predomina la idea de que *“bajo cada trabajador enfermo hay un simulador o defraudador”*; 5) la relación de esta prestación con otras que forman parte del Sistema de Seguridad Social (ejemplo: la relación IT/ Desempleo, y es que muchas veces se utiliza la vía de la IT indebidamente, y más concretamente, concatenando abusivamente ambas prestaciones)...etcétera.

La IT constituye así, una prestación del actual sistema de Seguridad Social, que se caracteriza por tres notas que la hacen difícil de comprensión y aplicación y son: su gran complejidad, regulación caótica e ineficaz aplicación. De este modo, comprobamos que debido a todo esto, se ha llevado a cabo incluso antes de nacimiento del actual sistema de Seguridad Social una multiplicidad de reformas legislativas, que han tratado de dar solución a estos problemas ya suscitados. Se ha creado por lo tanto, una necesidad de actuar con urgencia (de ahí las reformas en tan poco tiempo), que ha tenido como efecto secundario, cierta sensación de provisionalidad permanente para un tratamiento global de la materia. Es cierto que tal sensación no es privativa de Brasil y España, sino que se extiende también a países que conforman la Unión Europea.

Por tanto, en relación concreta al objeto de estudio de “La incapacidad temporal en España y Brasil” hace que sea muy importante el conocimiento e investigación de la aproximación jurídica brasileña a aspectos centrales del Derecho del Trabajo en relación con el Derecho de la Seguridad Social como los ya mencionados. Todo ello para confrontar perspectivas jurídicas de dos países que actualmente gozan de un sistema muy similar de Seguridad Social.

La encargada de sacar a la luz esta interesante obra colectiva de rabiosa actualidad ha sido la editorial Comares. Nos encontramos ante un manuscrito publicado con número 105 y que se enmarca en la Colección Trabajo y Seguridad Social que dirige el profesor José Luis Monereo Pérez. Se trata de una novedad bibliográfica muy atractiva, pues no sólo aborda desde una visión multidisciplinar y transversal toda la problemática de la prestación por incapacidad temporal en España y Brasil, sino lo que es mejor, lo hace teniendo en cuenta la incidencia que sobre esta materia ha desplegado la actual crisis económica mundial. Una monografía de esta talla no podía dejar de contar con profesionales de reconocido prestigio, como lo son sus directores: José Luis Tortuero Plaza y Francisca Moreno Romero. Ambos conocidos no sólo por su excelente tarea docente en la Universidad Complutense de Madrid, sino también por su faceta investigadora en el campo de la Seguridad Social y, más en particular, de la prestación por incapacidad temporal. Como autores, se presenta un selecto conjunto de profesionales españoles y latinoamericanos provenientes de las diferentes ramas jurídico-sociales y cuya puesta en común permite al lector adquirir un inestimable conocimiento acerca de la temática expuesta, fundamentado en un agudo enfoque heterogéneo. Y es que la controvertida cuestión del subsidio por IT se comprende mejor cuando se confronta desde diferentes perspectivas de análisis.

En definitiva, nos encontramos ante una extraordinaria obra de carácter científico, que cubre perfecta y detalladamente la maraña político-social, así como conceptual que encierra

la prestación por Incapacidad temporal en España y Brasil, al hilo de la devastadora crisis económica vigente. No sólo eso, sino que el hecho de que este estudio sea producto del trabajo de un impresionante equipo interdisciplinar, que combina soberbiamente diferentes campos del saber jurídico y social, termina haciendo de este ejemplar un instrumento muy valioso para la adquisición de amplios conocimientos en la materia. Lo que a su vez, le facilita al lector la emisión de un fundado juicio crítico.

Economía y
Sociología de
la Seguridad
Social y del
Estado Social

LABORUM

Crisis económica, modelos de Estados del bienestar europeos y desigualdad

Economic Crisis, European Welfare State Models and Inequality

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT

PROFESOR TITULAR DE ECONOMÍA APLICADA
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

JUAN FRANCISCO ALBERT MORENO

DOCTORANDO EN ECONOMÍA SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

El objetivo del trabajo es analizar la relación entre los modelos de Estados de bienestar europeos y la desigualdad. El trabajo adopta, como punto de partida, el trabajo de SAPIR (2006). SAPIR considera que hay cuatro modelos de Estados de bienestar en la Unión Europea: 1) el *modelo nórdico* (Dinamarca, Finlandia, Suecia y Países Bajos) con un alto nivel de protección social, alta carga fiscal, políticas laborales activas y alta compresión salarial; 2) el *modelo continental* (Austria, Bélgica, Francia, Alemania y Luxemburgo) con un alto nivel de protección social contributiva (pensiones y prestación de desempleo) y un mercado de trabajo rígido; 3) el *modelo mediterráneo* (Grecia, Italia, Portugal y España) caracterizado por un gasto social bajo centrado en pensiones y, también, un mercado de trabajo rígido y 4) el *modelo anglosajón* (Reino Unido e Irlanda) con bajos niveles de protección social (principalmente asistencial), un mercado de trabajo muy flexible, sindicatos débiles y alta dispersión salarial.

En el presente trabajo hemos analizado dos modelos de Estados del bienestar adicionales: a) el *modelo de la Europa Central y del Este* y b) el *modelo báltico*.

Palabras clave

Estado del bienestar; desigualdad; distribución personal de la renta; índice de Gini; índice de redistribución

Abstract

The objective of this study is to analyse the relationship between European Welfare State models and inequality. This work takes the work of SAPIR (2006) as its starting point. SAPIR considers the existence of four European welfare state models in the European Union: 1) the Nordic model (Denmark, Finland, Sweden and the Netherlands) featuring the highest levels of social protection, high tax burden, active labour policies and highly compressed wages; 2) the Continental model (Austria, Belgium, France, Germany and Luxembourg) with a high level of social contributory protection (pensions and non-employment benefits) and a rigid labour market; 3) the Mediterranean model (Greece, Italy, Portugal and Spain) that concentrates its social spending on pensions and it also has a rigid labour market; and finally 4) the Anglo-Saxon model (United Kingdom and Ireland) with low levels of social protection (mainly healthcare), and extremely flexible labour market, weak labour unions and high wage dispersion. In this work, we have analysed two additional welfare state models: a) Central and Eastern European model and b) Baltic model.

Keywords

Welfare State; inequality; personal income distribution; Gini index; redistribution coefficient

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es analizar la relación entre los modelos de Estados de bienestar europeos y la evolución de la desigualdad, especialmente, en el periodo de la reciente crisis económica. El artículo adopta como punto de partida el estudio de SAPIR (2006) en el cual se proponían cuatro modelos de Estados de bienestar en la Unión Europea: 1) el *modelo*

nórdico (Dinamarca, Finlandia, Suecia y Países Bajos); 2) el *modelo continental* (Austria, Bélgica, Francia, Alemania y Luxemburgo); 3) el *modelo mediterráneo* (Grecia, Italia, Portugal y España) y 4) el *modelo anglosajón* (Reino Unido e Irlanda). No obstante, hemos considerado pertinente añadir dos nuevos modelos o regímenes de Estados del bienestar: el modelo de *Europa Central y del Este* (Bulgaria, República Checa, Hungría, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Croacia y Eslovenia) y el *modelo báltico* (Estonia, Lituania y Letonia). La inclusión de estos dos modelos está justificada por la publicación de numerosos trabajos que reclaman la existencia de nuevos regímenes de bienestar –no coincidentes con las tipologías tradicionales– constituidos por países exsoviéticos (DEACON, 2000; MANNING y SHAW, 1998; FENGER, 2007; SOTIROPOULOS, NEAMTU y STOYANOVA, 2003; AIDUKAITE, 2009 y 2010).

La estructura del trabajo es la siguiente. El epígrafe 2 analiza la relación entre los modelos de Estado del bienestar europeos y la desigualdad. Para ello se muestra la evolución de la desigualdad en los seis modelos o regímenes de bienestar desde el comienzo de la crisis económica del 2007-08 hasta la actualidad. El apartado 3 incide en esta misma idea mostrando la relación entre el modelo de Estado del bienestar y su capacidad redistributiva. Finalmente, se resumirán las principales conclusiones (apartado 4).

2. LOS REGÍMENES DE BIENESTAR EUROPEOS Y LA EVOLUCIÓN DE LA DESIGUALDAD

El Cuadro 1 muestra los datos de la evolución de la desigualdad entre 2007 y 2015 (último año que existen datos disponibles) en los diferentes países europeos. Dicho periodo recoge los años centrales de la crisis económica. Lo que muestra el Cuadro 1 es que el modelo de Estado del bienestar explica bien los niveles iniciales de la desigualdad de los países en cada uno de los regímenes o modelos de bienestar, pero es insuficiente para explicar la evolución o la tendencia que ha seguido la desigualdad a partir de la crisis económica. A continuación, analizaremos con un poco más de detalle la evolución de la desigualdad en estos seis modelos de bienestar durante el periodo de crisis económica.

Cuadro 1

	2007	2015	Evolución 2007-2015	Relación País/UE 2007	Relación País/UE 2015
Módulo nórdico					
Dinamarca	25,2	27,4	8,7%	82,4%	88,4%
Finlandia	26,2	25,2	-3,8%	85,6%	81,3%
Suecia	23,4	25,2	7,7%	76,5%	81,3%
Países Bajos	27,6	26,7	-3,3%	90,2%	86,2%
Módulo continental					
Austria	26,2	27,2	3,8%	85,6%	87,7
Bélgica	26,3	26,2	-0,4%	85,9%	84,5%
Francia	26,6	29,2	9,8%	86,9%	94,2%
Alemania	30,4	30,1	-1%	99,3%	97,1%
Luxemburgo	27,4	28,5	4%	89,5%	92%
Módulo mediterráneo					
Grecia	34,3	34,2	-0,3%	112,1%	110,3%
España	31,9	34,6	8,5%	104,2%	111,6%
Italia	32,2	32,4	1,25%	105,2%	104,5%
Portugal	36,8	34	-7,6%	120,3%	109,7%

Módulo anglosajón					
Reino Unido	32,6	32,4	-0,6%	106,5%	104,5%
Irlanda	31,3	29,8	-4,8	102,3%	96,1
Módulo báltico					
Estonia	33,4	34,8	4,2%	109,2%	112,2
Letonia	35,4	35,4	0%	115,7%	114,2%
Lituania	33,8	37,9	12,1%	110,5%	122,3%
Europa central y este					
Bulgaria	35,3	37	4,8%	115,4%	119,4%
República Checa	25,3	25	-1,2%	82,7%	80,6%
Hungría	25,6	28,2	10,2%	83,7%	90,7%
Polonia	32,2	30,6	-5%	105,2%	98,7%
Rumania	37,8	37,4	-2,3%	123,5%	120,7%
Eslovaquia	24,5	23,7	-3,3%	80,1%	76,4%
Croacia	29	30,4	4,8%	94,8%	98,1%
Eslovenia	23,2	24,5	5,6%	75,8%	79%

Fuente: EUROSTAT

2.1. La evolución de la desigualdad en el modelo nórdico

El modelo nórdico o escandinavo se caracteriza por la provisión de bienes públicos o beneficios para todos los ciudadanos. Es decir, por la institucionalización de unos programas de bienestar que reconocen el derecho a un mínimo de seguridad y bienestar social a cada ciudadano y por la cobertura de una amplia gama de situaciones vitales (con independencia de las cotizaciones previas).

Dos principios guían la provisión pública de los servicios públicos de bienestar y las transferencias monetarias: el principio de ciudadanía y la universalidad. El modelo está caracterizado, pues, por programas públicos que afectan la distribución del poder de compra (provisión de bienes y servicios públicos universales y seguros sociales para la fuerza de trabajo) y por programas que afectan la tasa de participación de la fuerza de trabajo y la distribución de la renta y los salarios.

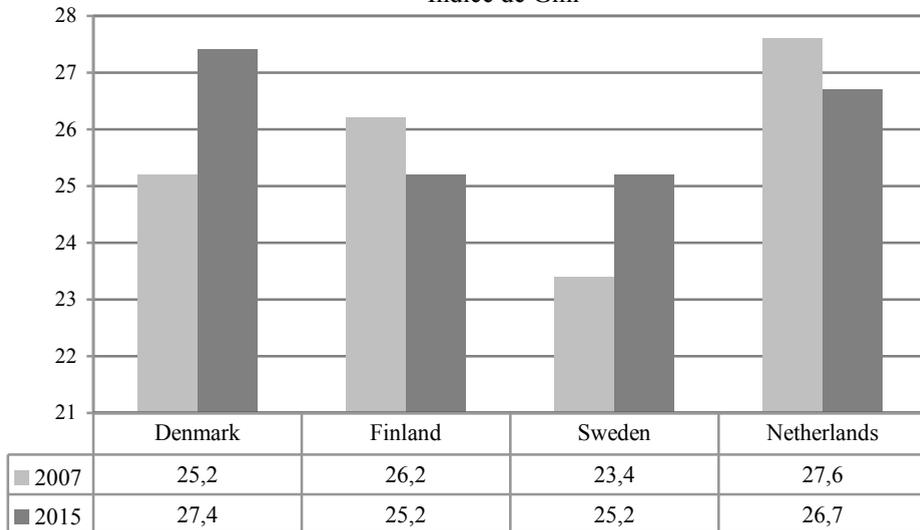
El modelo nórdico muestra buenos indicadores en cuanto a la extensión y universalización del Estado de bienestar: altos niveles de gasto público social, elevada y equitativa carga fiscal y altos niveles de “desmercantilización”. Por otro lado, tradicionalmente, los países nórdicos se fundamentan en un régimen laboral caracterizado por una alta tasa de afiliación sindical, una negociación colectiva centralizada y alta compresión salarial. También existe un cierto compromiso institucionalizado con la consecución del pleno empleo (que se alcanza por medio de políticas activas de reinserción laboral y empleo público y con políticas de rentas y pactos sociales que institucionalizan la cooperación entre los sindicatos y el gobierno).

Los Gráficos 1 y 2 muestran la evolución de la desigualdad en los cuatro países que constituyen el modelo nórdico. De la información obtenida concluimos que la política social tiene un importante impacto corrector sobre la desigualdad. Los países que pertenecen a este modelo tienen niveles muy bajos de desigualdad. Sin embargo, y como podemos comprobar en los Gráficos, la pertenencia a un mismo modelo no explica la evolución de la desigualdad en cada uno de los países en el periodo de la reciente crisis económica. Mientras que la

desigualdad, entre 2007-2015, ha aumentado en Suecia y Dinamarca, se ha reducido en los otros dos países (Finlandia y Países Bajos).

Gráfico 1

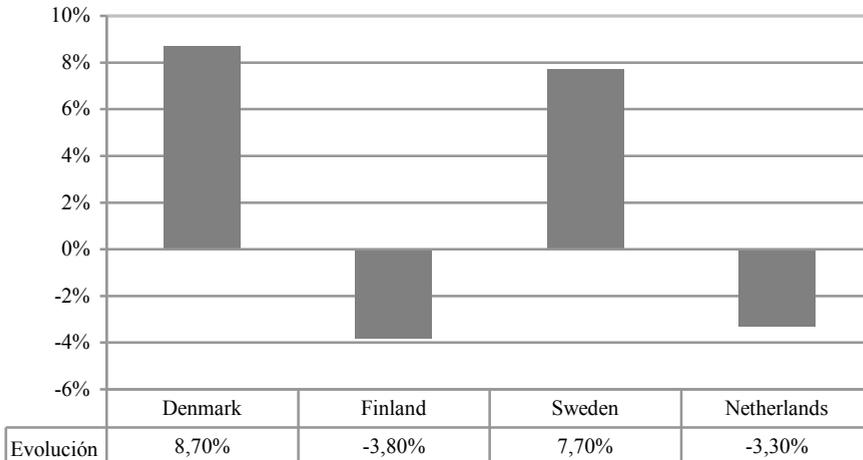
Índice de Gini



Fuente: EUROSTAT

Gráfico 2

Evolución de Gini: Evolución 2007-2015



Fuente: EUROSTAT

2.2. La evolución de la desigualdad en el modelo continental

Este modelo¹ se apoya en un sistema contributivo de Seguridad Social, basado en transferencias contributivas (conectadas con los niveles salariales) y subsidios al consumo privado. El mérito y la productividad laboral son la base para la satisfacción de las necesidades sociales. El mercado laboral y su regulación es el mecanismo principal de la asignación inicial de los recursos.

Estos países se caracterizan por un alto grado de corporativismo y por el partenariado institucional. Está basado en prestaciones sociales orientadas a compensar la existencia de desempleo y otras situaciones de inactividad (como la jubilación), es decir, el aseguramiento para el mantenimiento de rentas ante determinadas situaciones de riesgo y necesidad. Por tanto, suele alcanzar niveles altos de protección social contributiva, altos niveles de gasto público social, pero con niveles medios de desmercantilización y con un fuerte predominio de las transferencias monetarias.

Este régimen de bienestar no provee cobertura a todo el mundo, sino a aquellos que han realizado las contribuciones o cotizaciones necesarias en el pasado. Los beneficios, prestaciones y servicios guardan una relación con las contribuciones realizadas. La cobertura no está en función de criterios de necesidad. Por esta razón, algunas personas pueden beneficiarse sin estar en una situación extrema de necesidad y otras, que sí lo estén, queden al margen del sistema público de cobertura social.

Este modelo no está diseñado para provocar un importante efecto redistributivo entre diferentes grupos sociales, sino para redistribuir la renta y el ahorro a lo largo del ciclo vital de los individuos y familias, cubriendo las situaciones de necesidad ante situaciones de riesgos (accidentes, enfermedad, desempleo...) o cuando se ha entrado en un periodo permanente de inactividad laboral (jubilación). Por tanto, el impacto de la política social suele ser moderado en términos de reducción de la desigualdad.

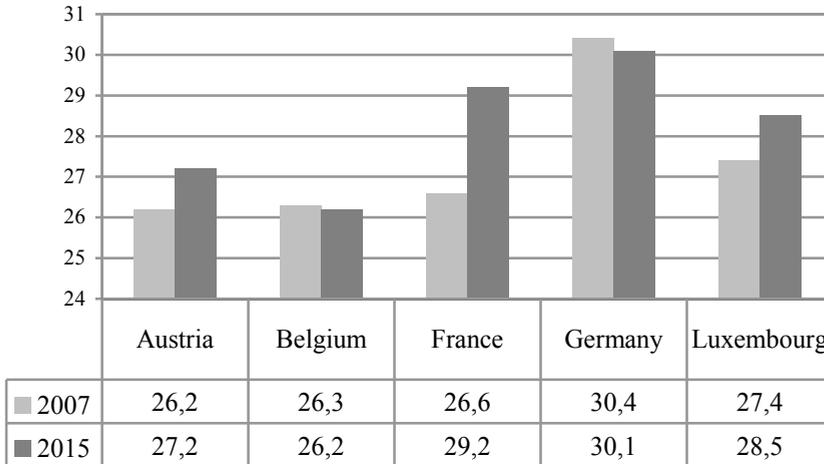
Estos países se caracterizan por un régimen laboral con una tasa sindical media, una negociación centralizada y una alta densidad regulativa. El mercado de trabajo muestra una mayor rigidez y las políticas que inciden en el mismo están basadas en las prestaciones y subsidios por desempleo y no tanto en políticas activas de reinserción laboral. No hay un compromiso público activo por la consecución del pleno empleo.

A partir de la información mostrada por los Gráficos 3 y 4 podemos concluir que, excepto en Alemania y Bélgica, en el resto de países que conforman este modelo (Austria, Francia y Luxemburgo) la desigualdad ha aumentado en el periodo de la actual crisis económica.

¹ También denominado de muchas maneras: “corporativo”, “ocupacional”, “basado en el logro personal o el resultado laboral”, “modelo de Seguridad Social”, “asegurador”, “intermedio”, “corporativo”, etc.

Gráfico 3

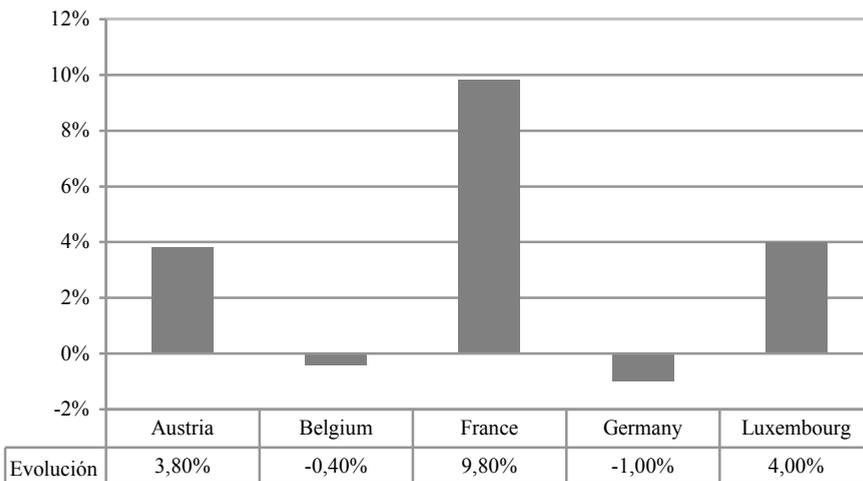
Índice de Gini



Fuente: EUROSTAT

Gráfico 4

Evolución de Gini: Evolución 2007-2015



Fuente: EUROSTAT

2.3. La evolución de la desigualdad en el modelo anglosajón

En este régimen del bienestar –que correspondería a los países de mayor tradición política liberal– el principio-guía es el “*residualismo estatal*”. El Estado juega un papel mínimo y subsidiario en la satisfacción de las necesidades. Las instituciones públicas de bienestar intervienen cuando los mecanismos “naturales” o tradicionales de satisfacción de las necesidades o las estructuras “normales” de oferta de bienestar (es decir, la familia, las organizaciones caritativas de carácter voluntario y el mercado, básicamente) fallan o son

insuficientes. Además, la forma de intervención estatal se realiza mediante la garantía de un nivel de subsistencia mínimo en la prestación de determinados servicios. Es lo que números autores han llamado “*modelo residual*”.

Este modelo se caracteriza por bajos niveles de protección social (principalmente asistencial), bajos niveles de gasto público social, bajos niveles de “*desmercantilización*” y predominio de las transferencias monetarias. Las ayudas sociales públicas se dirigen a la población en edad de trabajar y van condicionadas a la empleabilidad. Estaría caracterizado por programas de asistencia social “*means tested*”, en los cuales son valorados previamente los recursos financieros del beneficiario para establecer el derecho a percibir una transferencia social o servicio social.

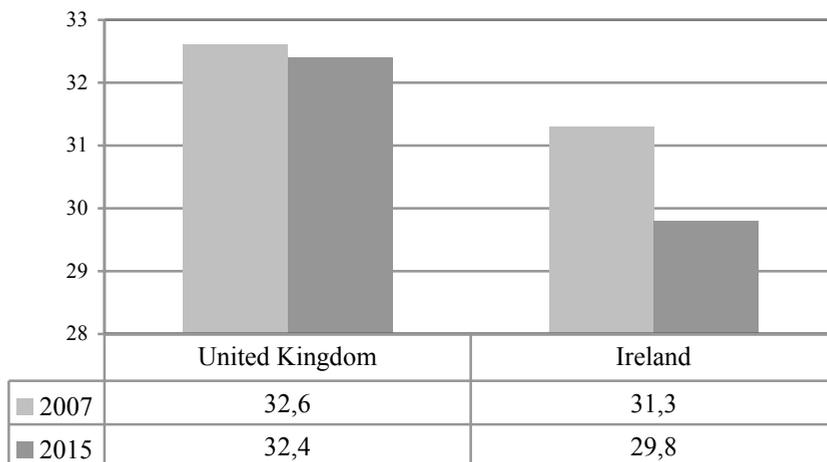
Los efectos de esta política social suelen ser una elevada desigualdad y una progresiva acentuación de la polarización social. No obstante, consiguen reducir la pobreza debido a las prestaciones basadas en la comprobación de medios económicos de los perceptores (“*means test*”).

Por otro lado, el mercado de trabajo se caracteriza por ser muy flexible, una tasa sindical media o baja (sindicatos débiles), una negociación colectiva fragmentada, una escasa regulación del mercado de trabajo y alta dispersión salarial. Los países encuadrados en este modelo no adoptan políticas activas de pleno empleo y, por tanto, sus economías suelen mantener unas tasas de desempleo relativamente altas.

A partir de la información suministrada por los Gráficos 5 y 6, comprobamos la dispar evolución de la desigualdad en este modelo. Mientras que en el caso de Gran Bretaña, la desigualdad parece haber disminuido ligeramente, en Irlanda los datos muestran una importante reducción de la misma. Sorprende el caso de Irlanda, que ha sufrido una grave crisis económica y los severos efectos de una política económica de ajuste dirigida por la Comisión Europea.

Gráfico 5

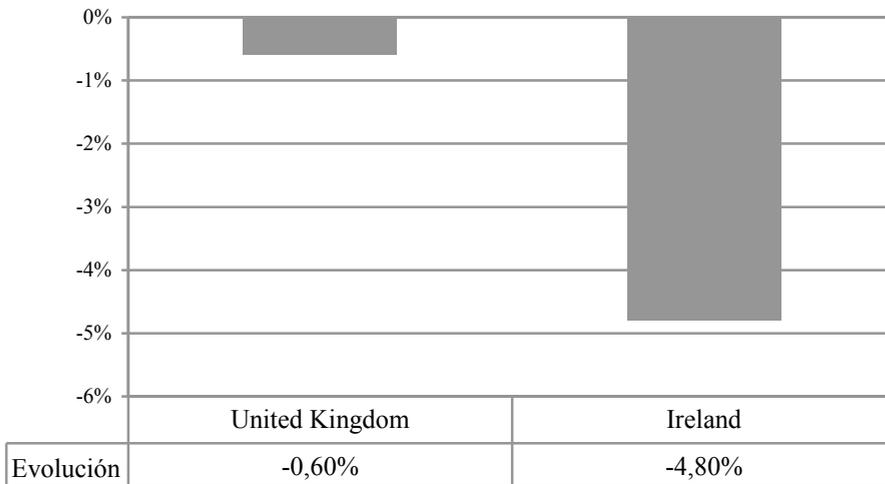
Índice de Gini



Fuente: EUROSTAT

Gráfico 6

Evolución de Gini: Evolución 2007-2015



Fuente: EUROSTAT

2.4. La evolución de la desigualdad en el modelo mediterráneo

El modelo mediterráneo agrupa aquellos países que han desarrollado tardíamente su Estado del bienestar, normalmente, después de largos periodos de gobiernos autoritarios y que están ubicados en el Sur de Europa (España, Italia, Grecia y Portugal). Estos países también comparten unos rasgos esenciales comunes. En cuanto al tipo de intervención estatal, son países que se caracterizan por niveles de gasto público social bajos y con un acceso muy condicionado a las prestaciones. Además, el gasto público está muy centrado en pensiones y en prestaciones de la Seguridad Social de baja intensidad.

El régimen de transferencias suele ser contributivo conectado al nivel salarial. Los niveles de gasto público y de “desmercantilización” suelen ser bajos y los efectos de la política social son la reproducción del status y una elevada desigualdad. Comparten con los países del modelo corporativo-continental un importante peso de los programas de aseguramiento de rentas, aunque con una menor cuantía, cobertura e intensidad protectora de las prestaciones sociales.

En definitiva, tienen un régimen de bienestar público rudimentario y semi-institucionalizado. En ausencia del Estado, son otras instituciones características de la sociedad civil la que tienen un peso mayor. Especialmente, el modelo de familia juega un papel fundamental como fuente proveedora de bienestar.

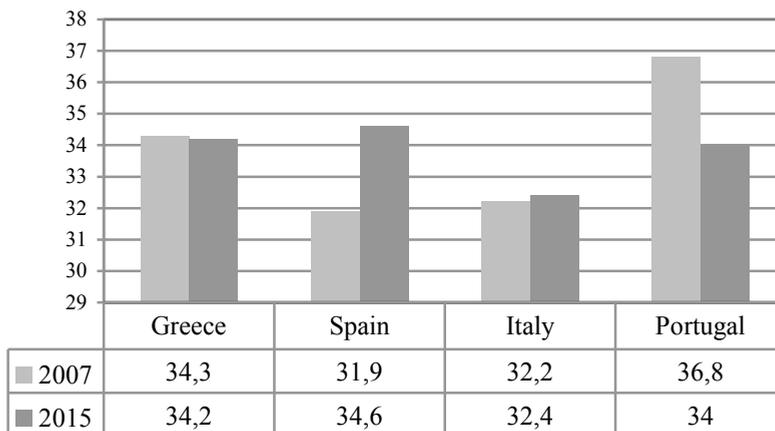
En lo que respecta al mercado de trabajo, el *modelo mediterráneo* se fundamenta en una tasa sindical baja, una alta densidad regulativa y una negociación colectiva centralizada (aunque ha ido evolucionando, progresivamente, a mayores grados de descentralización). El mercado de trabajo se comporta con ciertas rigideces (sobre todo, si lo comparamos con otros

modelos de bienestar) y con altos niveles de precarización de la fuerza laboral. Adicionalmente, y en general, los gobiernos muestran un bajo compromiso por el pleno empleo.

A partir de los Gráficos 7 y 8, llama la atención también la divergente evolución de la desigualdad entre los países que constituyen este régimen de bienestar. Según los datos de Eurostat, mientras que la desigualdad disminuye en Grecia levemente y de forma más intensa en Portugal, aumenta ligeramente en Italia y fuertemente en España (8,5%). Se convierte, así, España en uno de los países europeos donde más ha crecido la desigualdad en el periodo de la crisis económica.

Gráfico 7

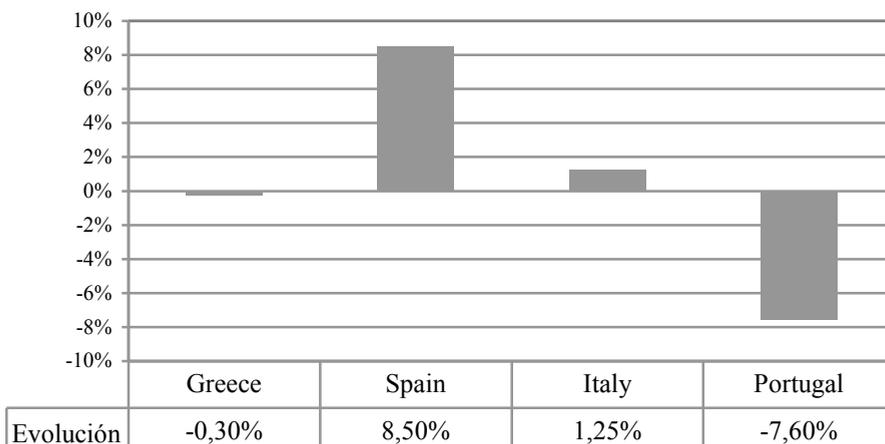
Índice de Gini



Fuente: EUROSTAT

Gráfico 8

Evolución de Gini: Evolución 2007-2015



Fuente: EUROSTAT

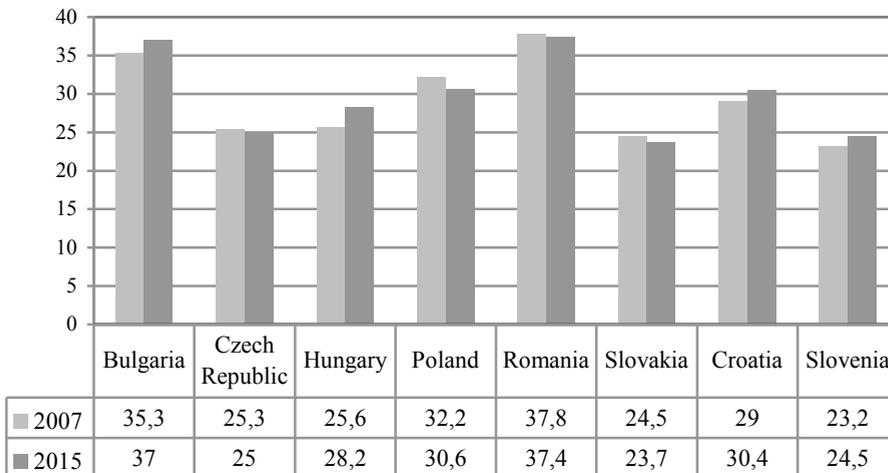
2.5. La evolución de la desigualdad en el modelo de la Europa Central y del Este

Tras la caída de la URSS, los países soviéticos mantuvieron unos regímenes de Estados del bienestar relativamente amplios. A pesar de las significativas diferencias culturales, sociales y económicas, los países comprendidos en este modelo comparten algunos rasgos estructurales que limitan la creación de Estados de bienestar fuertes y consolidados. En primer lugar, se caracterizan por una presión fiscal más baja que impide aumentar de manera creciente y sostenida el gasto público social. En segundo lugar, la economía sumergida es importante en estos países.

Por otro lado, la mayoría de países de la Europa Central y del Este acometieron reformas estructurales del sistema de pensiones y adoptaron, durante la primera década del presente siglo, sistemas mixtos de pensiones con un pilar obligatorio de capitalización privada². De ahí que podamos definir su modelo de Estado del bienestar como un modelo mixto entre políticas “*residualistas de bienestar*”, programas de mantenimiento de rentas y un cierto estatismo.

La evolución de la desigualdad es muy dispar en estos países. Ello se debe, en parte, a que no tienen un modelo homogéneo de Estado del bienestar. Los Gráficos 9 y 10 confirman que, mientras en República Checa, Eslovaquia, Polonia y Rumanía la desigualdad muestra una tendencia decreciente, en Bulgaria, Hungría, Croacia y Eslovenia la tendencia es la contraria.

Gráfico 9
Índice de Gini

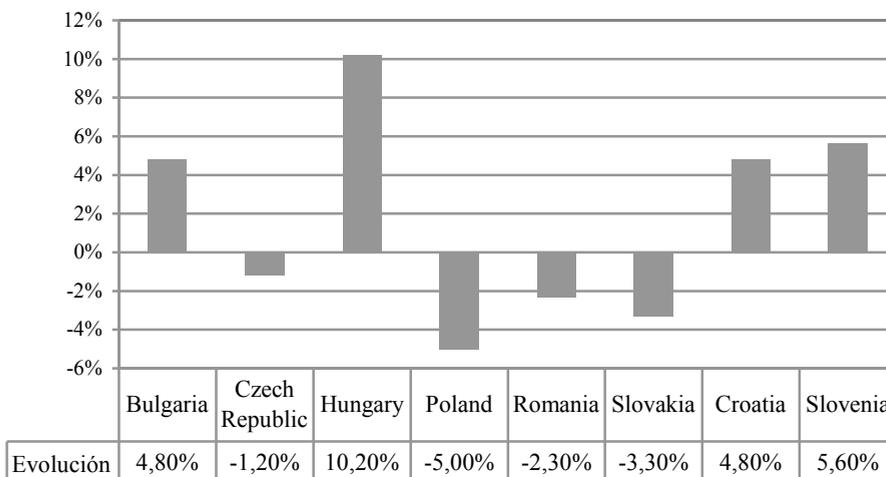


Fuente: EUROSTAT

² Existe una extensa literatura que analizan las reformas de la Seguridad Social en esos países. Véanse, entre otros, los trabajos de PALACIOS, RUTKOWSKI y YU, 1999; RUTKOWSKI, 1998; AUGUSTINOVICS, 1999; MÜLLER, RYLL y WAGENER, 1999; MÜLLER, 1999, 2001, 2002 y 2003; BECKER y MARCHENKO, 2009; CHIAPPE, 2001; FULTZ, 2002 y 2004; FULTZ y RUCK, 2001; FULTZ y STANOVNIK, 2004; SCHMÄHL y HORSTMANN, 2002; OECD, 2003.

Gráfico 10

Evolución de Gini: Evolución 2007-2015



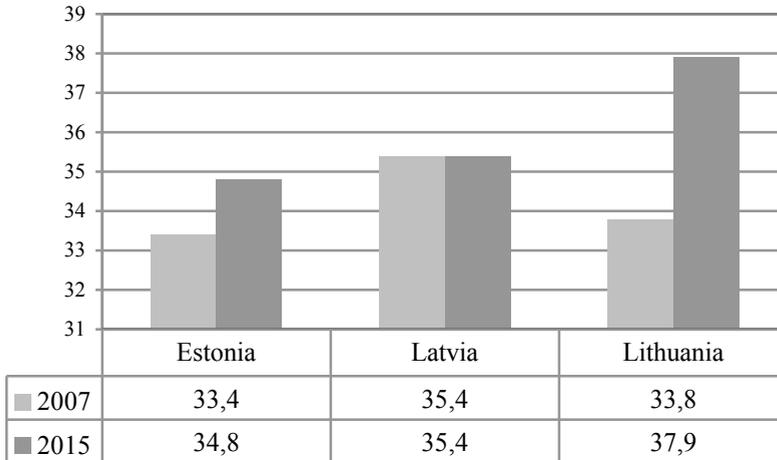
Fuente: EUROSTAT

2.6. La evolución de la desigualdad en el modelo báltico

Estos países comparten una serie de características peculiares que se desprenden del régimen post-comunista. Tienen una serie de prestaciones universales con amplitud en los beneficios sociales, sin embargo, existe una escasa conciencia fiscal acerca de la necesidad de recaudar los impuestos necesarios para financiar las prestaciones y servicios públicos. Podríamos decir que el modelo báltico de bienestar es un híbrido entre el sistema liberal anglosajón y el sistema continental europeo (AIDUKAITE, 2010). No obstante, la satisfacción de las necesidades sociales depende, en gran parte, del mercado y de los propios agentes privados. Por otro lado, acometieron reformas estructurales del sistema de pensiones con modelos mixtos públicos y de capitalización privada (CASTELLO, 1998; CASEY, 2004; OECD, 2004).

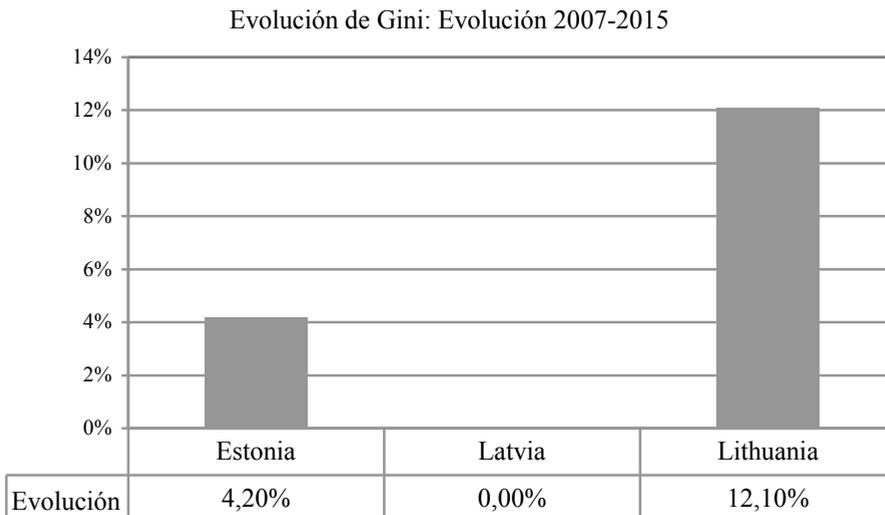
Los Gráficos 11 y 12 muestran que, durante el periodo analizado, la desigualdad ha crecido en dos de los países de este modelo (Estonia y Lituania), mientras que ha permanecido invariable en Letonia.

Gráfico 11
Índice de Gini



Fuente: EUROSTAT

Gráfico 12



Fuente: EUROSTAT

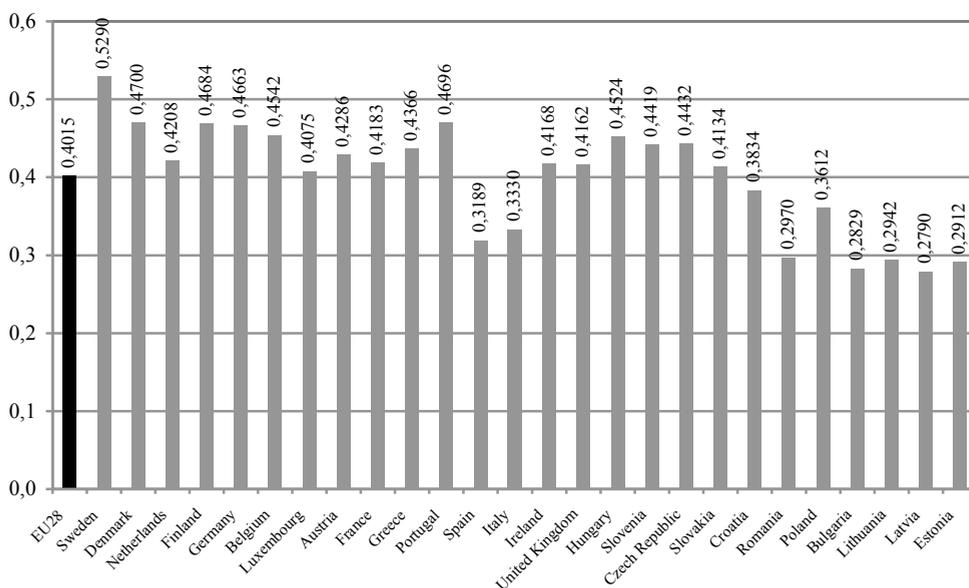
3. LOS REGÍMENES DE ESTADO DEL BIENESTAR Y LA REDISTRIBUCIÓN

Los factores institucionales y políticos tienen una importancia fundamental para entender los vínculos entre las crisis económicas y la desigualdad. El modelo de Estado del bienestar y la estructura institucional del mismo es determinante para explicar por qué en unos países la desigualdad ha crecido más que en otros. La crisis económica ha tenido

repercusiones muy dispares en la distribución de la renta según los países, lo cual pone de manifiesto que las políticas públicas nacionales y las instituciones de cada país tienen una influencia determinante (AYALA, 2013; SMEEDING y THOMPSON, 2010; JENKINS, BRANDOLINI, MICKLEWRIGHT y NOLAN, 2012; DE BEER, 2012). Esto es lo que parece demostrar el Gráfico 13. En él se representan los diferentes índices de redistribución de los diferentes países que constituyen el objeto de nuestro estudio ³. Podemos comprobar que el modelo de Estado del bienestar explica bien el diferente grado de redistribución que alcanzan los países en función del régimen de bienestar en el que están encuadrados. Así, los modelos nórdico, anglosajón y continental son los que alcanzan mayores niveles de redistribución de sus políticas sociales, mientras menos redistributivos se muestran los países mediterráneos, los países bálticos y algunos países de la Europa Central y del Este.

Gráfico 13

Índice de retribución 2015



Fuente: EUROSTAT

Respecto al caso español, y según bastantes estudiosos, las políticas redistributivas fueron menos intensivas –con el consiguiente menor efecto redistributivo del gasto público social–, incluso en el largo periodo de crecimiento económico entre 1995 y 2007. AYALA y

³ Dicho índice se calcula como la ratio (Gini bruto –Gini neto/Gini bruto). El índice Gini bruto muestra la desigualdad antes de la intervención pública a través de impuestos y transferencias, mientras que el índice Gini neto, la desigualdad después de la intervención pública.

MARTÍNEZ (2005) demostraron que la intensidad protectora del sistema de bienestar empezó a registrar una clara tendencia a la baja ya durante los años noventa ⁴.

4. CONCLUSIONES

El objetivo del trabajo es analizar la relación entre los modelos de Estados de bienestar europeos y la evolución de la desigualdad, especialmente, en el periodo de crisis económica. Podemos sintetizar las principales conclusiones del estudio de la siguiente forma:

El modelo de Estado del bienestar sigue explicando los niveles de desigualdad entre los diferentes países. Es decir, los países con un Estado del bienestar nórdico o escandinavo tienen niveles de desigualdad más bajos que, por ejemplo, los países del modelo anglosajón o mediterráneo.

Sin embargo, a partir de la crisis económica actual, constatamos que la mera pertenencia a un modelo de Estado del bienestar no explica la diferente evolución que ha tenido la desigualdad en cada uno de los países europeos. Es decir, la desigualdad no se ha movido en la misma dirección en todos los países de un mismo modelo, lo cual, parece indicar que, además del modelo de Estado de bienestar al que pertenece cada país, juegan otros factores (económicos, políticos y/o sociales) que explican los cambios de la desigualdad.

Las políticas de austeridad y consolidación fiscal han acentuado la desigualdad en la mayoría de los países europeos. Es decir, las políticas de ajuste fiscal, además de deprimir la demanda interna, han contribuido (o están contribuyendo) a hacer más regresiva la distribución de la renta y la riqueza, especialmente, en aquellos países que la han aplicado con mayor intensidad. El caso español es paradigmático en ese sentido, ya que es uno de los países europeos donde más ha crecido la desigualdad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AIDUKAITE, J.: “Old Welfare State Theories and New Welfare Regimes in Eastern Europe” *Communist and Post-Communist Studies* 42, 2009, págs: 23-39.
- AIDUKAITE, J.: “Welfare Reforms in Central and Eastern Europe: a New Type of Welfare Regime?” *Ekonomika* 89 (4), 2010, págs: 7-24.
- AYALA, L.: “Política social y desigualdad: cuestiones para la agenda política” *Cuadernos de Información Económica* 178, 2004, págs.: 51-56.
- AYALA, L.: “Crisis económica y distribución de la renta: una perspectiva comparada” *Papeles de Economía Española* 135, 2013, págs.: 2-19.
- AYALA, L. Y MARTÍNEZ, R.: “Las políticas contra la pobreza: factores de cambio y efectos sobre la igualdad” en RUIZ-HUERTA, J. (Ed.): *Políticas públicas y distribución de la renta*. Fundación BBVA, 2005, Madrid.

⁴ Véase también los trabajos de AYALA (2004) y AYALA y SASTRE (2007). En este último se demuestra que las prestaciones sociales monetarias han mostrado en los últimos quince años una menor capacidad de corrección de las desigualdades en las rentas primarias que en las etapas anteriores.

- AYALA, L. Y SASTRE, M.: “Políticas redistributivas y desigualdad” *Información Comercial Española* 837, 2007, págs: 117-138.
- AUGUSZTINOVICS, M.: “Pension Systems and Reforms in the Transition Economies” *Economic Survey of Europe*, 1999, págs: 89-112.
- BECKER, CH. Y MARCHENKO, G. A.: *Social Security Reform in Transition Economies. Lessons from Kazakhstan*. Palgrave, 2009.
- CASEY, B. H.: “Pension Reform in the Baltic States: Convergence with “Europe” or with “the World”” *International Social Security Review* 57(1), 2004, págs: 19-45.
- CASTELLO, M.: *Pension Reform in the Baltics, Russia, and Others Countries of the Former Soviet Union (BRO)*. IMF, European II Department WP/98/11, 1998, Washington, DC.
- CHIAPPE, R.: “Pension Reform in Bulgaria” en OCDE (ED.): *OECD Private Pensions Conference 2000. Private Pensions Series* Nº 3, OCDE, 2001, París.
- DE BEER, P.: “Salarios y desigualdad de ingresos en la UE durante la crisis” *Revista Internacional del Trabajo* 131 (4), 2012, págs.: 343-364.
- DEACON, B.: “Eastern European Welfare States: the Impact of the Politics of Globalization” *Journal of European Social Policy*, 10, 2000 págs: 146-161.
- FENGER, H.J.M.: “Welfare Regimes in Central and Eastern Europe: Incorporating Post-Communist Countries in a Welfare Regime Typology” *Contemporary Issues and Ideas in Social Sciences*, 3, 2007.
- FULTZ, E. (ED.): *Pension Reform in Central and Eastern Europe. Volume 1: Restructuring with Privatization: Case Studies of Hungary and Poland*. Budapest: ILO-CEET, 2002.
- FULTZ, E.: “Pension Reform in the EU Accession Countries: Challenges, Achievements and Pitfalls” *International Social Security Review* 57 (2), 2004, págs. 3-24.
- FULTZ, E. Y RUCK, M.: “Reforma de las pensiones en Europa Central y Oriental” *Revista Internacional del Trabajo* 120 (1), 2001, págs.: 21-48.
- FULTZ, E. Y STANOVNIK, T.: *The Collection of Pension Contributions: Trends, Issues, and Problems in Central and Eastern Europe*. ILO, 2004, Budapest.
- JENKINS, S.P., BRANDOLINI, A., MICKLENRIGHT, J. Y NOLAN, B.: *The Great Recession and the Distribution of Household Income*, Oxford University Press, 2012.
- MANNING, N. Y SHAW, I.: “The Transferability of Welfare Models” *Social Policy and Administration*, 32, 1998.
- MÜLLER, K.: *The Political Economy of Pension Reform in Central-Eastern Europe*. Edgard Elgar, Cheltenham and Northampton MA, 1999.
- MÜLLER, K.: “La economía política de la reforma de los sistemas de pensiones en Europa Oriental” *Revista Internacional de Seguridad Social* Vol. 54 (2-3), 2001, págs.: 69-96.

- MÜLLER, K.: "From the State to the Market? Pension Reform Phats in Central-Eastern Europe and the Former Soviet Union" *Social Policy and Administration* Vol. 36 (2), 2002, págs.: 156-175.
- MÜLLER, K.: *Privatising Old-Age Security: Latin America and Eastern Europe Compared*. Edward Elgar, Cheltenham/Northampton MA, 2003.
- MÜLLER, K., RYLL, A. Y WAGENER, H.-J. (EDS): *Transformation of Social Security: Pensions in Central-Eastern Europe*. Physica, Heidelberg, 1999.
- OECD (ED.): *Reforming Public Pensions. Sharing the Experiences of Transition and OECD Countries*. OECD, París, 2003.
- OECD (ED.): *Pension Reform in the Baltic Countries*, OECD, París, 2004.
- PALACIOS, R., RUTKOWSKI, M. Y YU, X.: *Pension Reforms in Transition Economies*. Washington DC. Mimeo, 1999.
- RUTKOWSKI, M.: "A New Generation of Pension Reforms Conquers the East –A Taxonomy in Transition Economies" *Transition* Vol. 9 (4), 1998, págs: 16-19.
- SAPIR, A.: "Globalisation and the Reform of European Social Models" *Journal of Common Market Studies* Vol.44(2), 2006, pág.: 369-390.
- SCHMÄHL, W. Y HORSTMANN, S. (EDS.): *Transformation of Pension Systems in Central and Eastern Europe*. Edward Elgar, Cheltenham and Northampton MA, 2002.
- SMEEDING, T.M. Y THOMPSON, J.: "Inequality in the Distribution of Income from Labor and Income from Capital over the Recession" Paper prepared for the 31st General Conference of the International Association for Research in Income and Wealth. St. Gallen, Switzerland, August 22-28, 2010.
- SOTIROPOULOS, D., NEAMUTU, I. Y STOYANOVA, M.: "The Trajectory of Post-Communist Welfare State Development: The Cases of Bulgaria and Romania" *Social Policy and Administration*, 37, 2003, págs.: 656-673.

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España

Carlos González Posada (1890-1948): The theory of social insurance and its institutionalization in Spain

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

*“Mucho de lo que es bello debe ser desechado
Para que nos igualemos a una más alta
Impresión de nosotros mismos. Las polillas ascienden sobre
las llamas [...] Podríamos habernos elevado sobre la tierra, observando su brillo
En alto, envuelta en su toga de relucientes hojas.
Pero ella, por supuesto, sólo fue una efigie
De indiferencia, un milagro
No hecho para nosotros, como las hojas no son parte
Del invierno, porque es el fin”*

JOHN ASHBERY¹

1. ELEMENTOS DE BIOGRAFÍA INTELECTUAL

Carlos González Posada (Oviedo, 1 de junio de 1890-25 de febrero de 1948), uno de los grandes artífices de la Seguridad Social en España a partir de la experiencia de los seguros sociales, partía de las ideas del republicanismo social (que a su vez había presidido el pensamiento de su padre Adolfo González Posada. Era hijo de Lucía Díaz Pedregal y Adolfo González Posada y Biesca (1860-1944), catedrático de Derecho en la Universidad de Oviedo y más tarde de Derecho Político en la Universidad Central, y el discípulo más eminente de Francisco Giner de los Ríos. Adolfo G. Posada, su padre, fue uno de los más grandes iuspublicistas europeos entre los dos siglos². En este ambiente dominado por el krausismo republicano y social crece y se educa Carlos González Posada. De ahí que perfeccionara su formación en estancias en París como pensionista de la Junta de Ampliación de Estudios (1913-1914) y en el contacto habitual y familiar con las figuras más eminentes del krausismo español.

Carlos G. Posada ingresaría en 1919 como funcionario del Instituto Nacional de Previsión (creado en 1908), desempeñando el cargo de Viceasesor Social. Desde el INP llevaría a cabo una gran actividad en el desarrollo y ejecución de los seguros sociales en España. En su

¹ ASHBERY, J.: “Ilustración”, en *Pirografía*, trad. Martín Rodríguez-Gaona, Madrid, Visor Libros, 2003, pág. 41.

² MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 33, *passim*.

condición de experto y consejero técnico del INP formó parte de las delegaciones españolas asistieron a las Conferencias Internacionales del Trabajo de Ginebra de los años 1930, 1932 y 1934. Igualmente, en esa misma condición asistió a diversos Congresos internacionales dedicados a los problemas sociales, como los de Praga (1924), Viena (1926), París (1931), Bruselas (1935), etcétera. Todo lo cual le permitió conocer a fondo las distintas experiencias europeas en materia social, las legislaciones sociales y las propuestas de reformas y progresión de los seguros sociales en toda Europa. Su compromiso social se reflejó en su pertenencia a la Sociedad para el Progreso Social (que fue la sección española de la Asociación Internacional para el Progreso Social), donde llegaría a asumir el cargo de Secretario General. De allí se realizarían informes y resúmenes de las reuniones de la Asociación Internacional³. A partir de 1920 compatibiliza las actividades del INP con su condición de Letrado de la Secretaría del Congreso de los Diputados (tras la pertinente oposición toma posesión de su cargo el 17 de junio de 1920 en su calidad de jefe de negociado de tercera clase). Con la implantación de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930), Carlos G. Posada no sería apartado ni renunciaría tampoco a los cargos desempeñados en el INP y en el Congreso de los Diputados (Su padre Adolfo Posada, tras la disolución autoritaria del Instituto de Reformas Sociales y del Parlamento y el Senado, sí renunció a todos sus cargos oficiales, centrándose en las tareas universitarias e investigadoras). Sin embargo, acoge con agrado el advenimiento de la Segunda República y es nombrado por Julián Besteiro –a la sazón Presidente de las Cortes Constituyentes (1931-1933)– secretario personal, hombre de confianza y con una más que acreditada gran formación y experiencia parlamentaria.

Carlos G. Posada pertenecería a ese núcleo de asesores de alto nivel (Inocencio Jiménez Vicente los llamaba la “acción cerebral del Instituto”)⁴ del Instituto Nacional de Previsión (INP).

Con la desestabilización de la Segunda República, la Revolución de Asturias (1934), y un orden internacional marcado por el auge y ascenso al poder los totalitarismos de distinto signo, se produce en el interior de Carlos G. Posada un cierto desencanto y una inclinación hacia posiciones más conservadoras en el campo político e ideológico de quien siempre había sido un moderado defensor del liberalismo político y social. Se camina hacia la Guerra Civil, tras el fracaso del golpe de Estado militar del general Franco. En plena Guerra Civil, Carlos G. Posada continuó trabajando en el INP y en el Congreso de los Diputados, pero progresivamente se va minando su lealtad hacia la República y su adhesión al “bando nacional”. Carlos G. Posada y su familia llegan a San Juan de Luz el 16 de febrero de 1937, donde permanecerá cerca de un año y no regresa pese a su adhesión explícita al “movimiento nacional” porque la trayectoria liberal de su familia y de él mismo y su papel institucional durante la Segunda República (recuérdese que

³ Así, GONZÁLEZ POSADA, C.: *Garantía contra el riesgo de paro involuntario: (seguro y asistencia)*, Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1934, en el marco de la Sociedad para el Progreso Social; y antes GONZÁLEZ POSADA, C. y otros: *La III Asamblea de la Asociación Internacional del Progreso Social, Zurich, septiembre de 1929*, Madrid, Sociedad para el Progreso Social, 1930.

⁴ JIMÉNEZ VICENTE, I.: “Organización del Instituto”, en la revista *Anales del Instituto*, núm. 122, abril de 1935 (II), pág. 365. Se trataba de una Comisión de Informes con funciones de aseguramiento y dictamen. Esta Comisión estaba presidida por Inocencio Jiménez Vicente, y entre 1931 y 1936 solían asistir habitualmente Carlos González Posada –viceasesor social–, José María López Valencia (Viceasesor Actuarial), Luis Jordana de Pozas, Severino Aznar, Rafael García Ormaechea y Mendoza, Álvaro López Nuñez, Ángel Ruiz de la Fuente (que actuaba como Secretario; y después de su fallecimiento, desde el 3 de junio de 1936, asumiría dicho cargo Julio González Sánchez), Álvarez Ude, Ramón Cavanna (Jefe de Contabilidad), Arturo Forcat Ribera (asesor financiero), Luis de Azcárate y Florez (subdirector de la Sección de Paro y Accidentes), Juan Pagés (Jefe de la Sección Técnico-administrativa), Manuel Ródenas (Inspector general de Retiro obrero obligatorio)...

fue secretario personal del Presidente de las Cortes Constituyentes, Julián Besteiro). El 2 de enero de 1938, Carlos G. Posada cruza la frontera y llega a la autodenominada “España nacional”. Pero entonces es sometido a investigación y a un largo proceso de depuración política; también comprueba la represión franquista, primero en la retaguardia del “bando nacional”, y después con el triunfo del régimen de la Dictadura de Franco. Su adhesión inicial a la España franquista también se quebró rápidamente con la postguerra, su sometimiento a un proceso de depuración y su falta de sintonía con un nuevo orden autoritario. No había perdido su compromiso social (como se refleja en publicaciones próximas a su fallecimiento sobre los seguros sociales), pero sí triunfó en él el desencanto respecto al régimen de Franco y la pérdida de una ilusión por una sociedad que equilibrara la justicia social y un orden político garante de la seguridad y la paz. Todo ello se reflejaría en su *Diario de la Revolución y de la Guerra*, publicado póstumamente⁵. Muere de cáncer el 25 de febrero de 1948, a la edad de cincuenta y siete años.

Hay que tener en cuenta la relevancia del reformismo social krausista –en el que tuvo un papel determinante su padre, Adolfo Posada– que postulaba la transformación de la filosofía política y del Derecho liberal hacia la filosofía política y el Derecho Social en la lógica del Estado Democrático-social⁶. La preocupación por la cuestión social y los seguros sociales estaba ya presente en el ámbito que contextualizaba su desarrollo vital (el mismo Adolfo Posada había sido una de los artífices del impulso de los seguros sociales desde el Instituto de Reformas Sociales y el Instituto Nacional de Previsión⁷; aunque el gran fundador de nuestros seguros sociales y del origen de la Seguridad Social en España sería sin duda José Maluquer y Salvador)⁸. El reformismo social krausista era de carácter republicano y se enmarcaba en todo un proyecto político de transformada del orden liberal desde el mismo interior del sistema establecido para convertirlo en orden constitucionalmente democrático-social. Ese republicanismo social era profesado también originariamente Carlos G. Posada. De ahí su vinculado con el Partido Reformista de Melquíades Álvarez, de orientación republicana, liberal-social pero no socialista.

Pero Carlos G. Posada fue un hombre que sufrió el drama de su época, lo cual produjo un cierto desplazamiento de su pensamiento siempre presidido por el desencanto y la desilusión. Esto lo ha expresado bastante bien su nieto Carlos Oppé, cuando expresó que esa evolución ideológica de Carlos González Posada: “Él y su familia pasaron de abrazar el sueño republicano a, progresivamente, desencantarse con el devenir del régimen de 1931. El viraje definitivo... se produjo cuando en octubre de 1934, un primo suyo fue secuestrado por sus trabajadores en una mina de Asturias. Con el estallido de la guerra, aunque pasase con su familia a la zona franquista, repudió cualquier radicalismo como miembro de aquella “tercera España” que no encontró su sitio en ningún lugar. En la posguerra, Carlos González Posada aceptó la rigidez del régimen de Franco como un mal menor, valorando el orden y la paz tras los amargos tragos

⁵ Véase DEL ARCO TORRES, M.Á.: “Estudios preliminar” a la obra de GONZÁLEZ POSADA, C.: *Diario de la Revolución y de la Guerra*, Granada, Ed. Comares, 2011, págs. XLVIII y sigs.

⁶ Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, capítulo (II. “Crisis del Estado de Derecho Liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal”), págs. 133 y sigs.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 321 y sigs. (“El Instituto de Reformas Sociales y la intervención activa de Adolfo Posada en la elaboración de proyectos de legislación social”).

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

pasados. Pero nunca apoyó al dictador. Si este *Diario (Diario de la Revolución y de la Guerra)* puede servir de testimonio para las generaciones del presente y del futuro, mostrando que hubo hombres comprometidos con ideas, temerosos del radicalismo y la polarización, entonces puede que la obra más íntima de Carlos González Posada haya merecido la pena⁹. En efecto, durante la II República su ideario se va haciendo más conservador (sin ser reaccionario y sin perder su sensibilidad y compromiso con las clases más desfavorecidas). Y con la Guerra Civil, surgida tras el fracaso del golpe de Estado militar franquista, apostará por la causa del autocalificado “alzamiento nacional” frente a la República. Terminada la Guerra con el triunfo del autodenominado bando “nacional” la situación no sería nada fácil para Carlos G. Posada, pues siempre se le reprocharía su vinculación con el republicanismo liberal, su liberalismo democrático-social, el haber sido Secretario de Julián Besteiro (sin llegar a profesor nunca la ideología socialista)¹⁰ y haber permanecido varios meses en Francia sin regresar a la España de la Dictadura franquista. Por ello mismo tuvo que pasar por dos expedientes de depuración. Adolfo Posada, su padre, fallece el 10 de julio de 1944, a la edad de 84 años, pero sin duda acelerada su muerte ante una experiencia vivida trágica en exilio interior¹¹. Carlos G. Posada lo tuvo siempre como ejemplo y guía y su pérdida fue irreparable para él, visitaba frecuentemente su tumba y acometería la publicación de algunos de sus textos inéditos¹². Con una trayectoria de estas características resultará extraño ver a Carlos G. Posada comprometido con el régimen de Franco, teniendo en cuenta que en este marco político la previsión social representó un mecanismo de legitimación de la Dictadura, y que, en este sentido, fue utilizada como instrumento de control e integración social de la población. Un mecanismo, pues, de legitimación que se tradujo, de modo harto significativo, en un innegable impulso instrumental de los seguros sociales hasta los comienzos de la Seguridad Social moderna con el persistente

⁹ OPPÉ, C.: *Prólogo* (octubre de 2010) al libro de GONZÁLEZ POSADA, C.: *Diario de la Revolución y de la Guerra*, Estudio preliminar, transcripción y edición de Miguel Ángel del Arco Blanco, Granada, Ed. Comares, 2011, pág. XIII.

¹⁰ En su *Diario* dice el día 14 de febrero de 1939: “La prensa trae un extracto del Decreto sobre responsabilidades políticas. En relación con mi caso sólo veo un motivo de sanción: haber prolongado más de dos meses mi estancia en el extranjero. Será el fundamento para que no se me abonen atrasos de mi sueldo ¡Eso, por lo menos! Se crean unos tribunales para el examen de expedientes, compuestos por magistrados, militares y falangistas. En el fondo domina ese mismo espíritu partidista que se padecía en la zona roja. Allí la actuación política corría a cargo del Frente Popular, aquí, de Falange. Dominará, pues, la pasión. Y sucumbirá la justicia, o saldrá perjudicada por lo menos. ¿Tendré que hacerme de Falange por las mismas razones que en Madrid me hicieron de la UGT? ¡Qué lejos todo esto del espíritu de Pío XII!...”. Cfr. GONZÁLEZ POSADA, C.: *Diario de la Revolución y de la Guerra*, Estudio preliminar, transcripción y edición de Miguel Ángel del Arco Blanco, Granada, Ed. Comares, 2011, pág.268.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 31 y sigs.

¹² Véase DEL ARCO BLANCO, M.Á.: “Estudio preliminar” al libro póstumo de GONZÁLEZ POSADA, C.: *Diario de la revolución y de la guerra*, Granada, Ed. Comares, 2011, págs. LV y sigs., que añade que durante el curso de los dos expedientes de depuración Carlos G. Posada se vio obligado a retractarse de su afiliación al PSOE y a UGT y el cultivo de su amistad (que ya venía de familia) con Fernando de los Ríos, haber pertenecido a la Institución Libre de Enseñanza, haber sido becado por la Junta de Ampliación de Estudios y ser persona de confianza y Secretario de Julián Besteiro. Su pertenencia al PSOE y a UGT la justificaría en sus alegaciones como una “presión” “hecha con amenazas” y negarse “era exponerse a ser declarado desafecto al régimen” y ser perseguido, encarcelado o asesinado. Para finalmente el juez instructor consideró probados los cargos imputados de su “significación izquierdista”. Se proponía el traslado forzoso fuera de Madrid, la prohibición de ocupar cargos públicos, postergación e inhabilitación por cinco años. La resolución sería remita al INP, y fue aceptada tan sólo en parte, ya que se permitió a Carlos G. Posada permanecer en Madrid junto a su familia. De este modo comenzaba una larga postguerra de relegación para él y su familia (Ibid., LXIV).

protagonismo del INP (Hito al respecto fue la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 193/1963, de 28 de diciembre).

La etapa más positiva y fructífera de su quehacer en el campo del reformismo social lo fue en el periodo anterior advenimiento de la Guerra Civil española, tras el fracaso del golpe de Estado franquista. En ese período fructífero publicaría ensayos relevantes sobre los seguros sociales (como, por ejemplo, “El estado actual de los seguros sociales en España”, en *Conferencia de Seguros Sociales*, Madrid, Imprenta Sobrinos de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, 1917) y sobre todo una obra que puede considerarse clásica sobre la materia: González Posada, C.: *Seguros sociales* (1926)¹³; una obra muy influyente y que tendría varias ediciones, con actualizaciones, revisiones y ampliaciones¹⁴. Esta obra constituyó un intento de sistematización u ordenación de la compleja, varia y rica materia de los seguros sociales. Quizás podría hablarse de un hito por lo que se refiere a un intento de sistematización de los seguros sociales en un contexto internacional y nacional (todavía muy modesto en esa época, 1926). Pero en ella se exponía también una exposición jurídico-crítica de doctrinas, legislaciones positivas y de los proyectos de establecimiento o reforma de los seguros sociales en los diversos países hasta la fecha de su publicación (1926). Y ello sin perjuicio de la construcción de una teoría general de los seguros sociales, acometida ante todo en el Capítulo I.

2. LA CONCEPCIÓN DE LOS SEGUROS SOCIALES EN CARLOS GONZÁLEZ POSADA

Carlos G. Posada vincula el origen de los seguros sociales con la cuestión social contemporánea: “La institución de los seguros sociales obligatorios es una de tantas consecuencias de la aparición del proletariado formado en torno a la gran industria”. La situación de inseguridad social, con sus consecuencias de miseria intolerable, generó un profundo malestar y ambiente de protesta, que la opinión pública y los Gobierno estimaron era preciso corregir. Han sido diversos los recursos empleados con tal objeto y, entre ellos, el más moderno y uno de los que parecen ofrecer mejores resultados hasta ahora, es el de los seguros sociales. Mas para llegar a implantarlo, fue preciso recorrer un largo y duro camino¹⁵. Para Carlos G. Posada los seguros sociales son instituciones encaminadas a garantizar “un ingreso metálico a los trabajadores económicamente débiles en los períodos en que se ven imposibilitados para trabajar y, por tanto, para ganar, o en que han aumentado sus gastos sin haber variado sus ingresos”¹⁶.

¹³ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Seguros sociales (Enfermedad, invalidez, vejez, muerte)*, Obra premiada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el Concurso Libre del “Premio Cortina”, Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús, 1926. (El autor aparece en una pluralidad de atributos: Abogado de Ilustre Colegio de Madrid; Oficial Letrado del Instituto Nacional de Previsión; Jefe de Negociado en la Secretaría del Congreso de los Diputados).

¹⁴ Hasta la última edición, GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., s/f. (1949).

¹⁵ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f. (1949), págs. 3-4, con apoyo en VUOLI, R.: *De l'origine des assurances sociales (Le assicurazioni sociale)*, Suplément de 1935, pág. 432.

¹⁶ GONZÁLEZ POSADA, C.: “Seguridad Social y seguros sociales”, en *Revista de Estudios Políticos. Suplemento de Política Social*, núm. 6 (1948), pág. 22.

Para Carlos G. Posada los seguros sociales son ante todo un “derecho de los trabajadores” (*Seguros sociales* (1926), Introducción, pág. 5.). Carlos G. Posada apuesta por el seguro obligatorio¹⁷, inicialmente, al menos, respecto a los seguros que cubren riesgos esenciales¹⁸. Nuestro autor consideró muy positiva la iniciativa de crear una Unión Internacional del Seguro, realizada por José Maluquer y Salvador, por entonces Consejero Delegado del Instituto Nacional de Previsión (1905, y reiterada y perfeccionada en 1915). Aunque con carácter más limitado¹⁹, la Unión internacional sería precisamente la Organización Internacional del Trabajo. Después de la Primera Guerra Mundial se opera un cambio cualitativo, pues la institución de los seguros sociales se generaliza: “La guerra vino a dar realidad a muchas reclamaciones proletarias. Una de las más universalmente aceptadas desde entonces, por los gobiernos y por los capitalistas, es la de los seguros, que con tanta dificultad y resistencia se iba introduciendo pocos años antes” (*Seguros sociales* (1926), Introducción, pág. 16).

La institución de los seguros sociales está llamada a cumplir una importante función de justicia social y de paz social en el mundo contemporáneo, a saber: “la institución de los seguros sociales sigue siendo la piedra angular en la total construcción que supone la legislación obrera de un país; es el eje, por lo mismo que con una buena organización de seguros sociales sabe *alejar el peligro de la miseria en los económicamente débiles*. Pero no ocupa entre las aspiraciones la importancia que algunos le dan, porque éstas no se conforman con que desaparezca ya ese peligro constante de la miseria total, *sino que aspiran a más, aspiran a un mínimo de bienestar y de tranquilidad que no suelen proporcionar todavía los seguros sociales*” (*Seguros sociales* (1926), Introducción, pág. 17).

El seguro social no es sólo una técnica, es también una institución político social pero al servicio de ciertos principios y valores democráticos. Según Carlos G. Posada, “el empuje democrático creciente y una más clara noción del deber colectivo de solidaridad han impuesto esta preocupación por la organización de los seguros obreros”²⁰. El *deber de solidaridad impone al Estado* mantener un sistema de seguros que proteja la vida, como corresponde a una sociedad organizada. Pero además existen razones de orden público y paz social, pues, de nuevo con Paul Pic, debe crear ese sistema “por un legítimo egoísmo, a fin de que no se desarrolle un *malestar*

¹⁷ En ediciones posteriores de la obra figura ya en el mismo título: GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f. (1949).

¹⁸ Así se recogía ya en el *Manifiesto* de las tres grandes asociaciones internacionales de política social, publicado en español por la *Sección española de la Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores*, Madrid, 1915. Desde 1925, y por iniciativa surgida en el Congreso de Política Social de Praga, la Asociación citada, el Comité Permanente de Seguros y la Asociación de lucha contra el paro, se fundió en un solo organismo llamado *Asociación Internacional para el progreso de la legislación del trabajo*.

¹⁹ Maluquer pretendía originariamente antes de crearse la OIT crear una Unión internacional con el objetivo más amplio de abarcar a todos los seguros, no limitadamente a los seguros sociales. Una vez constituida la OIT su idea era completarla creando una Unión Internacional de las Instituciones técnicas de seguros sociales de función pública, que juntamente con la OIT vinieran a desempeñar la misma función que el INP, dependiente del Ministerio de Trabajo español. Así MALUQUER Y SALVADOR, J.: *Curso inicial de seguro obrero*, Igualada, 1924-25, reeditado por Ed. Orbis, *Curso inicial de seguro obrero. Los orígenes del Estado de Bienestar en España*, Barcelona, 1986. Véase ampliamente en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007, espec., págs. 166 y sigs.; *Ibid.*, “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo”, en ROJAS RIVERO, G. (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2013.

²⁰ *Seguros sociales* (1926), cit., pág. 19, con apoyo explícito en la obra clásica de PIC, P.: *Les Assurances Sociales en France et a l' Etranger*, París, 1913.

social cuyas consecuencias es la primera en padecer” (Ibid., 19-20). La acción tutela del Estado, que se exterioriza en el proceso de protección legal de los trabajadores, tiene a abarcar más aspectos de la vida del trabajador que los manifestados en su actuación dentro la fábrica con una inequívoca vocación expansiva²¹. En su intervención tutelar el Estado no partía de cero, pues “antes que el poder público se decidiera a intervenir en materia de previsión social y obrera, fue la iniciativa privada la que comenzó a actuar y la que señaló el camino que más tarde tuvo que seguir. Las revoluciones liberales garantizaron la igualdad ante la ley. Ahora bien –apunta Carlos G. Posada– “esta emancipación política coincide con la gran transformación económica que supone el maquinismo y la gran industria. La libertad del trabajador no se perjudica con esto. Sigue siendo libre desde el punto de vista político, más no del económico. La fuerza económica está en el industrial, en el gran propietario, en el capitalista... Y a nombre de la libertad surge el abuso, llegando la explotación a alcanzar tales proporciones que necesariamente *reacciona la sociedad contra tal concepción individualista del Estado* y para defenderse de sus consecuencias comienza reconociendo el derecho de asociación que la revolución había negado”. Es de este modo, que “inicia con ello el Estado la *política de intervención*, y va procurando evitar y corregir los abusos de que es objeto el asalariado”. Entre esas consecuencias está la imposibilidad de ahorrar: el proletariado no gana lo suficiente para ahorrar (Ibid., 20-21). No es, pues, un problema de imprevisión social, sino de imposibilidad de llevarla a cabo ésta desde la iniciativa individual de los trabajadores económicamente débiles.

Por ello hace suya la reflexión de Rubinow cuando afirma que recomendar el ahorro a los trabajadores constituye una inmoralidad. Y lo mismo cabría decir de reproche “moralizante” de una supuesta imprevisión subjetiva de las clases trabajadoras ante la realidad de una imposibilidad para ahorrar dadas las circunstancias imperantes de salarios y condiciones de vida de miseria de tales clases subalternas. La sociedad busca entonces otros recursos, otros medios con que combatir los peligros de la falta de capacidad para ganar” con fines de previsión social²². La vía del ahorro colectivo fue explorada (asociándose, formando mutualidades, sociedades de socorros, practicando en unas las normas del seguro, en otras simplemente las del ahorro. Pero muy “pronto se vio que toda esta acción era insuficiente y que la intervención del Estado necesitaba ser más eficaz también en este aspecto de la vida del asalariado. Y surge la idea del seguro social, *que es el nombre que se ha dado a una “política que la sociedad organizada realiza para proporcionar a una parte de su población aquella protección que los demás habitantes necesitan menos, o que si la necesitan, pueden obtenerla mediante el seguro privado”* (Rubinow)” (*Seguros sociales* (1926), págs. 22-23). El intervencionismo público en materia de previsión social se produce en distintas fases pero al final se impone la responsabilidad directa del Estado en la organización del sistema de seguros sociales en aras de la solidaridad social: es el mismo Estado quien organiza el seguro social y lo declara obligatorio, y crea así un nuevo servicio público”. Así la obligatoriedad se vincula los fines y a la eficacia de la previsión y tiende ya a configurarse, en la perspectiva institucional iuspublicista, como la materialización de un servicio público. Con todo, el seguro social no desplaza al seguro libre

²¹ Constatación lógicamente más palpable en ulteriores ediciones, GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f. (¿1949?), págs. 21 y sigs, y en particular pág. 27, asumiendo la vocación expansiva de la Recomendación votada en Filadelfia por la Conferencia Internacional del Trabajo.

²² *Seguros sociales* (1926), 21-22; con cita de RUBINOW: *Social Insurance*, New York, 1913.

sino que lo completa y mejora, dejándole siempre un espacio de regulación más allá de la cobertura dispensada por aquél (Ibid., 23).

Sin embargo, aun utilizando las técnicas del seguro privado, el seguro social adquiere una propia singularidad, una propia especificidad respecto a su fisonomía, función jurídica, estructura y posición jurídica del sujeto socialmente asegurado (vale decir, protegido): “el asegurado no es un contratante que se presente. Y con el cual se discuten las cláusulas del contrato y del cual puedan adquirirse noticias y antecedentes que permitan calcular el riesgo. Sólo existe el conjunto de los asegurados”. Por otra parte, “jurídicamente, entre el seguro social y la asistencia, hay la diferencia que siempre existe entre un derecho y una limosna. La asistencia tiene su fundamento en la caridad; es un deber del Estado proteger al que carece de todo, al que está en la miseria...”. Sus insuficiencia “han impulsado a los gobierno hacia el seguro social. Cuando menos el seguro social supone en el asegurado un derecho. Se le exige un sacrificio, el pago de una prima, y en compensación a ese sacrificio, si le afecta un riesgo determinado, tiene derecho a recibir un auxilio”. Aunque, matiza, que “esta distinción entre asistencia y seguro social en la práctica no es tan fácil de hacer”. El seguro social confiere el derecho a exigir, incluso ante los tribunales. Lo que caracteriza al seguro social frente a los seguros privados es un tipo específico de intervención del poder público, es decir, “aparece desde el momento en que el poder público interviene reconociéndose a sí propio una participación en la responsabilidad del riesgo”. Y tal seguro social se perfecciona “cuando la ley reúne en grupos a los asegurados y les *obliga* a someterse a las prescripciones del mismo seguro; en el momento actual la forma más generalizada del seguro social es la que añade a la obligación de asegurar la de soportar los asegurados parte de los gastos. Se llama seguro social porque afecta a grandes masas populares y porque para su iniciación y funcionamiento es indispensable la acción de los Gobierno”. En su opinión los seguros privados “siguen actuando y cumpliendo y cumpliendo su misión al lado del nuevo servicio público que vino en parte a completar y encauzar la labor que aquéllas realizaban” (Ibid., 24-30).

En la dialéctica seguro voluntario y seguro obligatorio ha tendido a dominar finalmente éste último; bien es cierto que se señala que entre estas dos fórmulas ha habido una solución intermedia: la del régimen de libertad subsidiada. En efecto, constata ya en 1929 que: “Lo corriente hoy en los países es poseer una organización de seguro social obligatorio para lo más necesario en materia de prestaciones y socorros, y al dado de esta organización coercitiva otra suplementaria o complementaria de carácter libre. La existencia del sistema obligatorio no se discute ya hoy. Ha triunfado... por exigirlo una necesidad social... el seguro obligatorio debe proporcionar al asegurado y a su familia lo indispensable o, como hoy se dice, su “standard of life” (Ibid., 36-37)²³.

La lógica solidarista que ya explicita desde el inicio de su obra se realza que la referencia a pensadores inscritos en esta corriente de pensamiento como Ch. Gide²⁴. Se abundará más adelante sobre la presencia fundante de la idea solidarista en la formación de los seguros sociales.

²³ De nuevo, en toda su construcción se utilizar la mejor doctrina de la época, incluidas las propuestas de los Congreso Internacionales de Seguros Sociales y las revistas más prestigiosas, como por ejemplo, la “*Revue Internationale du Travail*”.

²⁴ GIDE, CH.: *Les institutions de progrès social*, París, 1921, citado por Carlos González Posada, en op.cit., págs. 39, 40, 43.

Respecto al ámbito objetivo de la acción protectora que confieren los seguros sociales, indica que comprenden, en una dirección expansiva, la enfermedad, vejez, muerte, accidente profesional y paro forzoso, protección a la familia, etcétera. En cuanto al ámbito de los seguros sociales (a quiénes debe proteger), observa que los beneficiarios alcanzan potencialmente a todos los miembros de la sociedad. Consta al respecto: “La tendencia *extensiva*, hoy dominante en casi todos los países que practican y se preocupan del seguro social, es favorable a un criterio de amplitud. *El ideal*, diríamos, sería asegurar a todos contra todos los riesgos. Tanto más beneficioso será el seguro social cuando mayor sea el número de personas que comprenda. Ahora bien, la realidad no permite rebasar esa extensión más allá de cierto límite”. Pero siendo así el límite de aplicación debe señalarse con amplitud (Ibid., 47).

Una cuestión central es la relativa a la de los recursos económicos en el seguro social. Pienso que, “en realidad, el seguro social, como todas las leyes sociales, como todos los servicios del Estado, quien en definitiva los paga es la colectividad, la cual por otra parte recoge los beneficios generales del bienestar que la institución proporciona”. Pero la imputación tiene que ser subjetivamente más precisa: “Tres son los elementos generales designados para procurar los recursos financieros del seguro social obligatorio: los patronos, los obreros, el Estado (la colectividad (Ibid., 60-62)²⁵. El fundamento de la intervención financiera del Estado es nítido: “Es la que caracteriza al seguro social. Sin ella habrá seguro, también será social, pero no en el sentido estricto actual en que se le toma como base para singularizar una manifestación tutelar e intervencionista del Estado. El Estado ha tenido que hacer obligatorio el seguro social porque si no quedaba sin auxilio la gran masa de asalariados al sobrevenir algún riesgo de la vida del trabajo; el Estado ha tenido que contribuir con recursos económicos a la formación de ese auxilio porque los asalariados no se bastaban con sus propios medios para constituir los fondos necesarios del seguro. El Estado debe contribuir con su esfuerzo a todo lo que suponga mejora en las condiciones de vida de sus súbditos” (Ibid., 62-63). Pero en ello concurre una finalidad redistributiva: “El Estado contribuyendo al seguro social reparte las cargas del mismo sobre todos los contribuyentes y facilita la formación de aquéllos. De esta manera el Estado *afirma la idea de solidaridad*”. La obligación del Estado es un deber político y jurídico que sirve a una “obligación moral”, de contribuir al seguro social, que después de todo supone un beneficio para la comunidad (Ibid., 63-64)²⁶.

Por otra parte, en lo que se refiere a la organización técnica del seguro, los sistemas que se discuten son dos: el de reparto y el de la capitalización (Ibid., 73 ss.). Pero tanto el sistema de la capitalización como el del reparto, tienen sus ventajas y sus inconvenientes. En un sistema general de seguros es preciso utilizar ambos (Ibid., 75).

Dada la misma concepción y financiación de los seguros sociales es evidente el carácter preferentemente público de los organismos encargados del seguro social. “El Estado moderno

²⁵ De “aportación tripartita” se habla ya en GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f.(1949), pág. 31. Son tres las fuentes que proporcionan las cotizaciones para los seguros sociales: trabajadores, patronos y Poder público.

²⁶ Para la relevancia de la idea en la construcción de los seguros sociales y de los sistemas modernos de Seguridad Social, puede consultarse ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007, especialmente, capítulo II., págs. 21 y sigs. (“Ideologías jurídicas y seguros sociales”) y 143 y sigs. (“El significado político-jurídico de la solidaridad social en el contexto del reformismo europeo y español”).

inclinase más a formar instituciones oficiales encargadas del servicio, a las que reconoce una cierta libertad de movimientos, una autonomía; el seguro social, como otros muchos servicios que el Estado moderno desempeña, se presta a este régimen autónomo y descentralizado, en el cual el poder público interviene y dirige, pero a la vez llama en su auxilio a otros elementos, como los mismos interesados en el seguro, para que con él colaboren y participen en la responsabilidad” (Ibid., 79-80).

Aunque, en parte relacionado con lo anterior pero sobre pasándolo, aprecia la existencia en todos los países de tradición en seguros sociales de *unificar, de coordinar su gestión y funcionamiento*. Y es que en la historia los seguros sociales no han aparecido en realidad como partes de un todo orgánico; no se han implantado considerándoles como etapas diversas de aplicación de una institución social única: la del seguro social. Al contrario, más bien se los ha introducido como medidas absolutamente heterogéneas. De ahí la imperiosa necesidad de la “unificación de los seguros sociales”, aunque en la discusión alrededor del tema de la unificación de los seguros sociales hay dos posiciones extremas y algunas intermedias, eclécticas. Ahora bien, constata que en su época, “En la práctica, en la legislación, la tendencia coordinadora es un hecho. Los países que, después de la guerra, han creado un sistema de seguros sociales, no se han inspirado en la corriente de absoluta y radical independencia para cada riesgo. Tampoco han admitido la teoría del riesgo único, salvo Rusia, en la que la ley habla del seguro social. Pero las leyes de Checoslovaquia, Yugoslavia, los proyectos francés, austriaco, cubano, austriaco, etc., se inspiran en esa tendencia coordinadora. En Alemania, el problema fundamental en las reformas de la legislación de los seguros sociales, gira en torno a la necesidad de una íntima coordinación entre sus diversas ramas”. Carlos G. Posada, retoma toda esta problemática en el análisis concreto de cada país en diversos apartados de su obra principal. (Ibid., 81-83).

La tercera edición de su libro ya se dedica especialmente a España, lo cual se refleja en el mismo título, *Los Seguros Sociales obligatorios en España*, pero ya con la relevante aportación de Salvador Bernal Martín²⁷. En ella se dedica ya un Capítulo X a la problemática de la “Unificación de los seguros sociales” (429-458). Se deja constancia del hecho de que de la unificación de los seguros sociales se trata en una Orden del Ministerio de Trabajo de 10 de mayo de 1932, encargando al INP que prepara un proyecto de régimen de seguro de enfermedad y otro de invalidez y muerte. Pero al mismo tiempo, se decía que el Instituto hiciera el estudio técnico necesario para la unificación de los seguros sociales de invalidez, vejez, maternidad, enfermedad y muerte y la coordinación de éstos con los seguros de accidentes de trabajo en la industria y en la agricultura. Se autorizaba además al Instituto para que constituyera una amplia ponencia que se dedicara al estudio de la unificación de los seguros. Fruto de su labor en el encargo recibido fue un proyecto unificador²⁸.

En la época en que se produce el fallecimiento de Carlos G. Posada el debate de la unificación de los seguros sociales (ya preexistente y planteados en toda su complejidad y en

²⁷ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f.(1949).

²⁸ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f.(1949), págs. 68-69, y ampliamente en el Capítulo X de la segunda parte de la misma obra.

todos sus aspectos fundamentales) se había intensificado y estaba vinculado no sólo con las exigencias de técnicas de racionalización sino también al mismo proceso de construcción de los sistemas de Seguridad Social acometido en los países avanzados a partir de la segunda postguerra mundial²⁹ y que desde luego iban mucho más allá de las exigencias de coordinación y racionalización del “sistema” de seguros sociales.

Por entonces las cosas habían cambiado mucho en el abundante desarrollo de los seguros sociales no sólo en nuestro país, sino también en Europa. Carlos G. Posada se muestra favorable a la tendencia unificadora o de fusión. Sin embargo, la labor no es tan fácil como muchos supondrán. Dificultad que se deduce de las observaciones que formula del siguiente modo. En primer término, porque puede decirse que estamos ante una unidad variada (existen y existirán gran variedad de sistemas para la aplicación de los seguros sociales); en segundo lugar, porque el problema es de orden administrativo y por ello complejo, y, en último extremo, porque del resultado del ensayo ha de depender la fijación de los definitivos jalones sobre la cuestión. Pero superado estos obstáculos, el sistema unificado requiere de tres jalones importantes: “A) Refundición de funciones del Instituto y de los Montepíos y Mutualidades laborales, dejando a estos como meros gestores voluntarios, pero controlados, de un régimen de mejoras y aspectos ajenos a los Seguros sociales con fusión del Régimen de Subsidios Familiares y el de plus de cargas, también familiares. B) Ensayo de una verdadera gestión unificada de los Seguros prescindiendo de sus Cajas y estableciendo la única del Seguro y extendiendo el campo de éste a la reparación del riesgo de paro. C) Hecho así se tendrá el *Seguro total*, fusionado por una coordinación sucesiva o periódica, a la par que progresiva, en cuya alta inspiración tengan intervención más decidida los que a su sostenimiento contribuyen”³⁰.

Debe subrayarse, nuevamente, la importancia del Derecho comparado como elemento no de erudición, sino como elemento productivo al servicio de la orientación de las políticas del Derecho y técnicas jurídicas de la previsión social. Destáquese aquí todo el Capítulo II, dedicado al estudio de la “Legislación extranjera sobre seguros sociales” (*Seguros sociales*, 1929, pp. 84-187); y utilizando las obras más importantes y de referencia en la materia de cada país. Y sólo a

²⁹ Véase MARTÍ BUFILL: *Presente y futuro del seguro social*, Madrid, 1947; *Ibid.*, “La unificación del campo de aplicación de los seguros sociales”, en *Revista Española de Seguridad Social*, núms. 7-8 (1948); PERPIÑA RODRÍGUEZ, A.: “De los seguros sociales al derecho de previsión social”, en *Revista de Trabajo*, noviembre-diciembre, 1946; GASCÓN Y MARÍN, J.: *Los planes de seguridad social. De la Beneficencia al Seguro*, Madrid, Publicaciones del INP-Tipografía Clásica Española, 1944. Y la recepción e impacto del Plan Beveridge en nuestro país ya resultaba significativa, TAPIA, BLAS D.: “El Plan Beveridge de seguro social unificado”, *Boletín de Información del I.N.P.*, núm. 1 (1943); *Ibid.*, Los subsidios familiares en el Plan Beveridge de seguro social unificado”, en *Boletín de Información del I.N.P.*”, núm. 5 (1943); BEVERIDGE, W.: “Plan británico de seguros sociales”, traducción de la primera parte del Informe Beveridge, en *Boletín de Información del I.N.P.*, núm. 1 (1943); “Plan gubernamental inglés sobre seguridad social y plan de la Junta de Planificación de los recursos nacionales de Estados Unidos”, Madrid, Suplemento extraordinario de “Previsión Social”, 1944; LARAÑA Y LEGUINA, M.: “El problema del auxilio a la ancianidad en el plan Beveridge de seguros sociales”, en *Moneda y Crédito*, núms. 6 (1943); AZNAR GERNER, S.: “El plan francés de seguridad social”, en *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 5 (1947). Y abunda la recepción de la doctrina extranjera sobre los planes de seguridad social: ECKLER, S.: *Los planes de seguridad social y el paro*, Madrid, Suplemento núm. 3 de “Previsión Social”, 1944; *Seguridad Social (Proyecto Wagner-Murray, Estados Unidos)*, Madrid, Suplemento núm. 5 de *Previsión Social*, 1944; PAVOLI, A.: “La seguridad social”, en *Previsión Social*, septiembre de 1945. Estudios que se citan en la tercera edición de GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España* (1949).

³⁰ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f.(1949), págs. 454-455).

partir de este previo análisis aborda el estudio de “los seguros sociales en España” (Capítulo III)³¹.

En el análisis de los seguros sociales en España llevado a cabo por Carlos G. Posada se toma como punto de referencia todo el material normativo y la bibliografía ya considerable sobre la materia (José Maluquer y Salvador; Álvaro López Nuñez; Severino Aznar, Luis Jordana de Pozas, Inocencio Jiménez...; y contando con los trabajos del Instituto de Reformas Sociales, primero y después del Instituto Nacional de Previsión). En INP (creado por la Ley de 27 de febrero de 1908) es el órgano que en España se ha creado para la gestión de los seguros sociales. La institución autónoma encargada de regir todos los servicios intervencionistas en materia de seguros sociales, y difundir e inculcar la previsión popular (Ibid., 196 ss.)³².

En posteriores ediciones de su libro clásico constataría la evolución de los seguros sociales hacia la Seguridad Social. Para él y Bernal Martín “la seguridad social es la actividad del Estado encaminada a ofrecer a los individuos una garantía contra la miseria. Que, para lograrlo, uno de los instrumentos de que se vale son los seguros sociales, a los que, por lo menos, corresponde la misión de garantizar un ingreso en metálico a los trabajadores económicamente débiles en los períodos en que se ven imposibilitados para trabajar y, por tanto, para ganar, o en que han aumentado sus gastos sin haber variado los ingresos. Finalmente, que la consideración de los seguros sociales, no como régimen aislado, sino como instrumento de la seguridad al lado de la asistencia, la colocación, la organización sanitaria, etc., han influido en la orientación de su organización...”³³. En todo caso, la Seguridad Social busca la garantía de ingresos mínimos y se trataría de conseguir ese objetivo principal mediante un sistema fundamental de seguro social obligatorio, pero auxiliado por la asistencia nacional y el seguro voluntario. Integran, pues, la Seguridad Social tres clases de instituciones cuya acción a su vez se completa con otras tres, a saber: un sistema de subsidios familiares, otro de servicios sanitarios y otro de lucha contra el paro. Es con la base del Plan Beveridge que el Gobierno inglés presentó ante el Parlamento su Plan de Seguridad Social. En todo caso, la plasmación legislativa de la idea de Seguridad Social hay que encontrarla en la Ley de 1935 de los Estados Unidos, en esta Ley surgida antes de la guerra mundial es donde por primera vez se emplea tal expresión en un texto legal para indicar una acción conjunta de seguro y asistencia en favor de las personas y no sólo de los trabajadores y sus familias³⁴.

³¹ La experiencia compara al servicio de las necesidades de política del Derecho de la reforma social siempre fueron extraordinariamente importantes, como puede comprobarse en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, cit., págs. 401 y sigs. (“La recepción del Derecho comparado y extranjero y su utilización “productiva” al servicio de la realización de la política de reforma social en España”).

³² Más ampliamente, abundando en la gestión de los seguros sociales encomendada al INP, GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f. (1949), págs. 81 y sigs.

³³ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f.(1949), págs. 15-16, con referencia GONZÁLEZ POSADA, C.: *El régimen de los Seguros Social. Doctrina. Legislación*, Madrid, 1929, págs. 11-12, y BERNAL MARTÍN, S.: *El Seguro obligatorio de Enfermedad*, Madrid, Suárez, 1949.

³⁴ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f. (1949), págs. 69 y sigs.

En cuanto a las características definitorias de los seguros sociales evolucionados, en la lógica contributiva, se aprecian básicamente los cinco siguientes: 1º) su aspecto asistencial; tienen un marcado carácter asistencial, entre otras razones porque no persiguen un fin lucrativo, no seleccionando los riesgos, no se aplican más que a económicamente débiles. 2º) Su condición técnica. Los seguros sociales funcionan de acuerdo con la técnica del seguro. Técnica sobre la que ejerce un influjo que a veces la deforma, la preocupación por lo social que en estos seguros domina. 3º) Su carácter obligatorio, tanto por lo que hace a los que deben afiliarse al mismo para lograr los beneficios, como a los que tienen que procurar los recursos económicos. 4º) Su organización por el Estado, casi siempre en forma de *servicio estatal de carácter autónomo* con intervención en la administración de los representantes de los interesados en los seguros. Y 5º) el reconocimiento del derecho a percibir unas prestaciones que el Estado garantiza, siempre que se producen determinados acontecimientos (riesgos)³⁵.

3. LA IDEA DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

Ante la situación intolerable de las clases trabajadoras y la emergencia del conflicto social abierto se había ido forjando un “clima” de opinión favorable a la intervención pública reguladora en la cuestión social. En el reformismo social convergían, sin confundirse, distintas corrientes de pensamiento que apoyaban la creación de una legislación social protectora y la rectificación de los postulados más extremos de la ideología liberal. Carlos G. Posada –como su padre, Adolfo Posada– se inclinaba por un reformismo social positivo, que apostaba por la integración y la participación de la clase obrera, frente a la visión conservadora que veía en la cuestión social exclusivamente un problema de orden público. Ese movimiento en la cultura jurídica suponía un replanteamiento en todos los ámbitos de los supuestos del liberalismo clásico. Es así que “los Posada” (Padre e hijo), desde su formación krausopositivista e institucionista, hicieron un uso pragmático de toda una serie de aportaciones e ideas extraídas de las corrientes más diversas. Se apartaban de las posiciones “defensivas” del intervencionismo conservador, y defendieron una intervención positiva del Estado social desde el principio de integración y participación de los individuos y grupos en la sociedad democrática. No son, desde luego, ingenuos, por lo que se coincidirán con la reflexión de Azcarate en el sentido de que la reforma social en profundidad suponía un antídoto frente a la tentación revolucionaria de aquéllos que se situaban en los márgenes de la sociedad³⁶, siendo sí que la reforma no supondría una transformación profunda de las estructuras económicas y jurídicas de la sociedad.

Dicha absorción original de ideas y “mentalidades” foráneas que abogaban por el Estado intervencionista fue facilitada por el profundo conocimiento de las doctrinas jurídicas –y de las reformas jurídicosociales, en particular– de la Europa de su tiempo (En esto sigue el modo de pensar de su padre Adolfo Posada). Su conocimiento más que solvente de diversos idiomas, lo que unido a su labor como traductor de las obras por él estimadas más valiosas para su asimilación en España no hizo sino facilitar la tarea. Carlos G. Posada forma parte de ese conjunto plural de la doctrina del reformismo jurídico-social (krausismo liberal-social,

³⁵ GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f.(1949), págs. 15-17.

³⁶ En este sentido véase AZCÁRATE, G. DE.: *El problema social y las leyes del trabajo*, Madrid, 1892; ID.: *Alcance y significado de las llamadas leyes obreras*, Madrid, Imprenta Sucesores de Rivadeneyra, 1893.

socialismo reformista, catolicismo social, regeneracionismo y conservadores) que influyó en la realización de políticas de intervención pública, junto con la movilización política de los trabajadores y el "miedo" a la multitud organizada (a la "masa ignorante"³⁷ en un mundo de conflictos y de movilización social emergente), y en un peligro de desorden no sólo actual, sino posiblemente mayor, sin límite en su crecimiento. Carlos G. Posada –siguiendo a su padre Adolfo Posada– trataba de articular una alternativa al orden existente: una tercera vía entre los extremos. La influencia de las ideas reformistas, y de los reformadores en nuestro país, no puede desconocerse, pero tampoco aislarse del medio social en que se inserta, el propio intelectual está históricamente situado e interactúa con su entorno³⁸. Máxime, si como es el caso, el autor asumió conscientemente la tarea de introducir en el "mercado intelectual" aquellas obras extranjeras que, en su opinión, que "deberían de leerse" porque podían contribuir a afianzar las ideas de reforma social y política que el país necesitaba. Todo bajo el prisma de que ellas permitirían elaborar un sistema de ideas que servirían como orientación para la vida. En este sentido el conocimiento objetivo de la realidad social y política (asumiendo un papel esencial la sociología) permitiría introducir las reformas necesarias y aportar la predicibilidad del acontecer social, lo que permitiría precisamente programar ese conjunto de reformas graduales y anticiparse, en su caso, al surgimiento de situaciones no previstas.

Singularmente relevante para el desarrollo de los seguros sociales fue la dirección –o cabría decir mejor, direcciones– de pensamiento del solidarismo iussocial. Una corriente bastante heterogénea que se abrió paso, sobre todo, a partir de Francia, y que incluso tiene sus conexiones originarias en la idea de la "fraternidad" que formara el conocido tríptico de la revolución francesa, reflejado en su Declaración de Derechos. El solidarismo en gran medida abrió el camino hacia la construcción de los sistemas de Estado social contemporáneos. Ese influjo, como ahora se demostrará, prendió en "los Posada", como en muchos de los reformadores sociales de su tiempo. Él pretendía, como republicano de orientación social, situarse en una posición intermedia entre el individualismo doctrinario y el socialismo. Afirma con Duguit³⁹ (como también, antes, con Foillée y Laveleye) que "la sociedad no subsiste, no se

³⁷ Ello se refleja en las respuestas de Altamira, Buylla, Posada y Sela en ORTÍ, A.(ed.): *Oligarquía y caciquismo, vol. II, Informes y Testimonios*, Madrid, 1975, págs.342 y 90 a 92. Una exposición de conjunto sobre el ambiente intelectual y sus respuestas a los grandes dilemas del período en JULIÁ, S.: "Regenerarse o morir: el discurso de los intelectuales", en *Regeneración y Reforma. España a comienzos del siglo XX*, Madrid-Bilbao, Ministerio de Educación-Fundación BBVA, 2002, págs.33 y sigs. Existía una "protesta global contra la política, en la que sería preciso ver sobre todo una secuela de ese horror a la masa y a los políticos que la representan. Es demasiado cómodo atribuir esa actitud a una especie de reacción contra la fórmula viciada de Parlamento entonces imperante. En realidad, en el decenio 1890-1900 era lugar común considerar que Europa había entrado en un irresistible declive arrastrada por la multitud y por quienes se habían encaramado a sus lomos para hacerse con el Estado. En este clima moral, no fue difícil establecer una rápida ecuación entre masa y perversidad de la democracia. Si la masa era número y si el número decidía la formación de los gobiernos, entonces los gobiernos estaban por definición afectados del mismo daño que la masa. Una y otra vez, los autores de fin de siglo vuelven a la idea de la democracia como dañada en su raíz por el hecho de basarse en el sufragio universal" (Ibid., págs.35-36).

³⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999; GUILLÉN, A.: El origen del Estado de Bienestar en España (1876-1923): *El papel de las ideas en la elaboración de políticas públicas*, Madrid, Estudios Working Papers, 1990.

³⁹ Es significativo que Adolfo Posada tradujese sólo con un año de diferencia la obra de DUGUIT, L.: *Le droit social, le droit individual et la transformation de l'État*, París, 1908; DUGUIT, L.: *La transformación del Estado*, trad. y estudio sobre "La nueva orientación del Derecho político" de Adolfo Posada, Madrid, Francisco Beltrán, s/f. (1909). Obra recogida en la nueva edición crítica de la Editorial Comares: DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit" (pp. XI-XXXIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez y J. Calvo (...)

mantiene, sino merced a la solidaridad que une a los individuos que la componen" y que "el Derecho constituye una condición, a la vez que un resultado, de la solidaridad social, y puede además definirse como Derecho la norma (objetiva) que responda las exigencias de la solidaridad social. La solidaridad de que habla Duguit es condición, sin duda, y debe ser el constante resultado de la vida social, pues sin ella no hay verdadera sociedad humana. Mediante el "luminoso concepto de la solidaridad" se logra –dice– que la sociedad constituya una conciencia propia, capaz, como la del hombre (individuo), de vivir su mundo moral. La solidaridad que para el caso sirve será, pues, la que surja de los movimientos íntimos, convergentes, de los hombres que forna el ser social⁴⁰. Interesa realzar que para León Duguit la solidaridad es el verdadero fundamento del Derecho⁴¹.

La configuración más tecnicizada de la idea de solidaridad se producirá, no obstante, a través de la investigación del sociólogo Emile Durkheim cuando en 1893 publicó su obra *La división del trabajo social*⁴², donde deslinda el campo de la solidaridad y se centra en la solidaridad debida a la división del trabajo u orgánica, solidaridad orgánica que es la que tiende a ser preponderante⁴³. Se ve ya en su visión una vía intermedia –que luego desplegará ampliamente el reformismo social y político– entre el individualismo liberal y el socialismo (aunque muchos fueron los socialistas reformadores que en la práctica quedaron prisioneros del ideario solidarista. También una visión práctica y reformista: no concebía una sociología que no acabara en una práctica política y social, por tanto, la sociología debía inspirar reformas racionales, aportando a la nación un programa, un principio de orden y una doctrina moral⁴⁴. En

González, Ed. Comares, 2007, edición que incluye también la traducción de Carlos G. Posada del libro de DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*.

⁴⁰ POSADA, A.: *La crisis del Estado y el Derecho Político*, Madrid, C.Bermejo, 1934, págs.64 y sigs. Adviértase, sin embargo, que según Posada, la solidaridad social, que, al pronto, parece la causa determinante del orden jurídico –idea de Duguit–, más bien es la consecuencia del imperio efectivo del orden elaborado por la acción concurrente y coincidente de las autodeterminaciones individuales y sociales; la solidaridad, genéticamente, es una conquista del derecho, y actúa, a su vez, por reacción como estimulante jurídico. Por ello puede afirmar, en coherencia discursiva, que la solidaridad más que en la norma, está en el movimiento de las voluntades rectamente orientadas. Cfr. POSADA, A.: *Tratado de Derecho Político*, edición íntegra en un sólo volumen y Est.prel., a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, pág. 38.

⁴¹ Duguit continúa la línea marcada por Alfred Fouillée, desde el organicismo social y que le condujo a afirmar que la solidaridad jurídica la fraternidad. Véase FOUILLÉE, A.: *La ciencia social contemporánea* (1885), trad., Prólogo y Notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1894, Libro V. Como se ha dicho existe una línea de continuidad entre los organicistas de finales del siglo diecinueve con los solidaristas del primer tercio del siglo veinte.

⁴² DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social* (1893), trad. de Carlos G. Posada, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993. Él se detiene en la solidaridad que tiene su fuente en la división social del trabajo, diferenciándola respecto de las demás especies de solidaridad; y subraya también la necesidad de estudiar la solidaridad a través del sistema de reglas jurídicas (Ibid., págs.84 y sigs.).

⁴³ DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social* (1893), trad. de Carlos G. Posada, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, cap.III.

⁴⁴ Ya es significativa su coincidencia, en numerosos aspectos, con la "ciencia positiva moral" puesta en práctica por los "economistas sociales", los "socialistas de cátedra", especialmente Wagner y Schmoller. En ello apreciaba su crítica de los economistas de la Escuela de Manchester por no tener en cuenta el contexto social y referirse única a los individuos como si estuvieran socialmente aislados. Sin embargo, les criticaba por tener demasiada fe en las posibilidades de la legislación y ciertas inclinaciones autoritarias, y su tendencia a simplificar los fenómenos sociales al no tener en cuenta las causas oscuras, los sentimientos y motivos inconscientes, desligados de los efectos que producen, que se ocultan tras los procesos sociales. Sin embargo, valoraba en Schäffle la corrección de esta desviación al reconocer el carácter orgánico del Derecho y la moral. Para la posición originaria de Durkheim, el cual más adelante renegaría de toda influencia del "socialismo de cátedra", véase LUKES, S.: *Émile Durkheim. Su vida y su obra. Estudio histórico-crítico*, Madrid, CIS-Siglo (...)

la conferencia de Durkheim pronunciada ante el Congreso Internacional de Educación Social, que tuvo lugar en París, bajo los auspicios del gobierno, como parte de la Exposición Universal de 1900. En dicho congreso –donde también participó León Bourgeois⁴⁵– se concluyó con una resolución que establecía el significado y las implicaciones de la noción de "solidarité": "la idea de justicia como pago de una "deuda social" por parte de los privilegiados a los no privilegiados, que suponía una interdependencia y unas obligaciones casi contractuales entre todos los ciudadanos e implicaba un programa de enseñanza pública, seguridad social y legislación en materia de trabajo y bienestar. Es una "solidaridad orgánica" la que le hace defender la intervención del Estado, la legislación social y las asociaciones voluntarias, tratando de encontrar un camino intermedio entre el individualismo liberal y el socialismo revolucionario, entre el individualismo y el colectivismo⁴⁶. La solidaridad marcó la ideología oficial de la Tercera República francesa. Se entendía que la solidaridad era capaz de proporcionar una fórmula para acabar con los más flagrantes abusos sociales, manteniendo intactas las bases de la sociedad capitalista actual en lo concerniente a la propiedad privada, la libertad de empresa y el régimen del trabajo asalariado. Ello proporcionaba un asidero para la doctrina reformista, para liberales sociales, colectivistas, corporativismo católico, sindicalismo anarquista, etc., pero en la práctica inmediata constituyó un soporte ideológico para una amplia y plural corriente de reforma legislativa de carácter social. Antes de que se creara el sistema de seguros sociales en Francia, León Bourgeois lo había propugnado⁴⁷. Su ideario fue asumido por el Partido Radical francés e influyó en otros partidos de izquierda, aportando una doctrina reformista y conciliatoria

XXI, 1984, págs.89-90. Véase DURKHEIM, E.: "La science positive de la morale en Allemagne", en *Revue Philosophique*, XXIV, págs.33 a 58, 113 a 142, 275 a 284; ID.: "Le programme économique de M.Schaeffle", en *Revue d'Economie Politique*, II, págs.3 a 7.

⁴⁵ León Bourgeois se había ocupado específicamente de cuestiones sociales, véase BOURGEOIS, L.: *La politique de la prévoyance sociale*, París, E. Fasquelle, 1914; ID.: *La solidarité*, 1897-1912. Es también el caso de SECRÉTAN, H.: *L'assurance contre les accidents*, París, 1906. Obras que, es de significar, se recogen como referencia de bibliografía recomendable en MARTÍN-GRANIZO, L. y GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL, M.: *Derecho social*, 1ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1932, págs.302-303. En realidad, la escuela solidarista (llamada en su tiempo "escuela nueva"), fue fundada por León Bourgeois en 1889, incorporando la idea de fraternidad republicana en una sociedad interdependiente. Deben establecerse mecanismos de que atenúen la desigualdad social y permite el pleno reconocimiento y disfrute de los derechos de ciudadanía. Con todo, en base a la solidaridad de las distintas clases sociales, y su confluencia en el Estado social; un Estado social que debe de promover la cooperación social y suprimir los obstáculos que impidan la igualdad social.

La proximidad entre la corriente del solidarismo jurídico de Bourgeois con la tendencia del socialismo jurídico (más allá de sus innegables diferencias), puede apreciarse –con expresa indicación– en COSENTINI, F.: *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, Est.prel., de Gumersindo de Azcárate e Introducción de Giuseppe Salvioli, versión castellana por Alberto Aguilera y Arjona, Madrid, Francisco Beltrán, 1921, págs.215 y sigs. Bien es cierto que se Cosentini se muestra crítico, cuando señala que "el solidarismo no podrá ser más que un paliativo, no un ideal; corresponde a una pereza del espíritu, a un quietismo político a quien las encuestas sociales asustan por la audacia de sus consecuencias y la perspectiva de las revueltas que presienten. Por eso es por lo que los partidos conservadores han acogido esta doctrina; pues de este modo, la justicia social se cumple sin ocasionar perjuicios a las situaciones adquiridas" (Ibid., pág. 220).

⁴⁶ Cfr. LUKES, S.: *Émile Durkheim. Su vida y su obra. Estudio histórico-crítico*, Madrid, CIS-Siglo XXI, 1984, págs.348 y sigs.; HAYWARD, J.E.S.: "Solidarity: the social history of an idea in nineteenth century France", *International Review of Social History*, IV, 1959, págs.261 a 284.

⁴⁷ Véase HAYWARD, J.E.S.: "The official social philosophy of the French Third Republic: León Bourgeois and solidarism", *International Review of Social History*, IV, 1961, págs.19 a 48. También, CASTEL, R.: *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Barcelona, Paidós, 1997, pág. 319.

que defendía los valores de la igualdad y la justicia social, pero sin abogar por una transformación completa del orden existente del capitalismo⁴⁸.

El movimiento solidarista francés se declaraba pacifista y su ideario conciliador era refractario a la lucha de clases y partidario del reformismo legislativo. Ello se reflejó en la filosofía social de Alfred Fouillée, cuya doctrina ejerció una notable influencia en el reformismo social del propio Adolfo Posada⁴⁹ (y a través de él, en Carlos G. Posada), en su idea de construir un nuevo orden social construido desde los cimientos del antiguo ya obsoleto. El reformismo social-intervencionista de "los Posada" suponía el establecimiento de nuevas reglas de juego predispuestas y garantizadas en su cumplimiento por el Estado. Estas nuevas reglas suponían el reconocimiento como jugador activo –y no meramente pasivo– de la clase trabajadora y de sus interlocutores colectivos, de manera que se transitara de una situación de exclusión (situada en los márgenes periféricos de la sociedad) a una situación de inclusión o integración en la dinámica política y social del sistema establecido, tan sólo corregido y adaptado a ese propósito. La clase trabajadora –y sus interlocutores– quedó entonces "ubicada" en lugar, pero "compensada" con la garantía de plenos derechos de ciudadanía. Con todo, las consecuencias disgregadoras y desestabilizadoras del orden existente que conlleva la emergencia de la cuestión social quedaron "neutralizadas" en gran medida, sin hacerlas desaparecer completamente. La toma de conciencia desde el orden liberal (a lo que contribuyó en no poco la crítica de la élite política y de las fuerzas de la cultura) del riesgo de fractura del sistema social condujo a la solución reformista no tanto como mal menor, como sobre todo como convicción de una reordenación del sistema necesaria para la supervivencia y dinamicidad del propia sistema del capitalismo desarrollado, el cual debía ser –por muchos motivos– *organizado*⁵⁰. Con ello quedó configurado el nuevo estatuto social de la clase trabajadora en la sociedad capitalista.

Con el avance técnico obtenido por Durkheim el solidarismo como doctrina propiamente dicha fue objeto de elaboración por pensadores como Charles Gide⁵¹ y Léon Bourgeois⁵², y pasó

⁴⁸ Aunque Bourgeois se declaraba "socialista liberal". Véase BOURGEOIS, L.: *La politique de la prévoyance sociale*, vol. I, París, 1914, pág.34.

⁴⁹ Véase FOUILLÉE, A.: *La ciencia social contemporánea*, trad. Prólogo y notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1894. Para el estudio de su pensamiento, HAYWARD, J.E.S.: "Solidarity, and the reformist sociology of Alfred Fouillée", *American Journal of Economics and Sociology*, núm.22 (1963), págs.205 a 222 y 305 a 312.

⁵⁰ Véase RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, edición y Est.prel., "La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la economía", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

⁵¹ Quien se ocupó de la materia social, véase GIDE, CH. y otros: *La droit de grève*, París, 1909, y su recepción como obra de referencia doctrinal en MARTÍN-GRANIZO, L. y GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL, M.: *Derecho social*, 1ª ed., Madrid, Ed.Reus, 1932, pág.307. Es relevante señalar la importancia otorgada al pensamiento de Gide en las obras de "construcción" del Derecho social, véase BRY, G.: *Cours Élémentaire de Législation Industrielle*, 5ª édition, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912, *passim*, y especialmente sobre su encuadramiento en la "escuela cooperativa", que intenta dirigir la acción del Estado hacia el fomento y desarrollo, por la cooperación, de la libertad individual en un interés general y común (Ibid., págs. 44 a 46). Charles Gide, desde el solidarismo construyó su propuesta a través del fomento del cooperativismo; la extensión de éste conduciría hacia la supresión progresiva del régimen "externo" del trabajo asalariado. A través de la cooperación organizada el trabajador es elevado a la condición de productor autónomo, eliminando la figura del empresario capitalista.

⁵² Pertenece a la llamada "escuela solidarista", que preconiza la unión por la vida en los grupos voluntarios y libres, en la cooperación sustitutiva del asalariado; y preconizan la "acción armónica entre los hombres" y "atracción mutua". Véase BRY, G.: *Cours Élémentaire de Législation Industrielle*, 5ª édition, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912, págs.46-47, que la califica de "vaga", residiendo en ello el factor explicativo (...)

a ser un elemento nuclear de la primera filosofía social del reformismo estatal, adquiriendo la virtualidad de aproximar, desde las diferencias específicas, al reformismo republicano (republicanismo social⁵³) y los socialistas moderados o reformistas. Influyendo también decisivamente en el ideario del catolicismo social que había adquirido un fuerte impulso con la Encíclica *Rerum Novarum*, y que encontró una base teórica para reafirmar la razonabilidad de su proyecto⁵⁴. Con todo, la solidaridad deja de plantearse como un problema simplemente "privado" u objeto de una cobertura pública de asistencia arbitraria y exclusivamente de "orden disciplinario". Ahora se postula como un "deber" jurídico y ético del Estado intervencionista y un "derecho" del sujeto en situación de necesidad, para el cual se predica un derecho a la existencia o subsistencia a cargo del poder público.

Este hecho es tanto más significativo cuando se repara que León Duguit no sólo recibió la influencia de Durkheim, sino que llegó a considerarse sus discípulo, aplicando con propia originalidad sus teorías en el ámbito del Derecho, aunque Duguit no aceptó el realismo social de Durkheim, y realzó más bien que el contenido de la conciencia colectiva era esencialmente social⁵⁵. Su reconocimiento al maestro se refleja también en la consideración de que en cuanto a los elementos constitutivos de la cohesión social, me parece que han sido determinados por mi eminente colega y amigo Durkheim. No insistiré en esto. Esos elementos residen en lo que se llama la solidaridad social. Pero esa palabra ha dado lugar a muchos abusos y confusiones. Los políticos se han apoderados de ella y han cambiado su verdadero sentido. Por eso prefiero usar interdependencia social⁵⁶. La solidaridad o interdependencia social es para él un hecho de orden real susceptible de demostración directa: es el hecho de la estructura social misma. Aquella está constituida por dos elementos que se encuentran siempre en grados diversos, con formas variables, entremezclados unos con otros, pero que presentan siempre caracteres esenciales idénticos, en todos los tiempos y en todos los pueblos. Esos dos elementos son: las semejanzas de las necesidades de los hombres que pertenecen a un mismo grupo social; y en segundo lugar, la diversidad de las necesidades y de las aptitudes de los hombres que pertenecen a ese mismo

de su gran extensión y gran número de discípulos. Pero en su flexibilidad permitió superar la excesiva rigidez y operatividad práctica de otras doctrinas sociales.

⁵³ No se olvide que el republicanismo progresista estaba especialmente próximo al socialismo reformista. En sus inicios "el republicanismo segregó, a veces en duras condiciones de clandestinidad, una marcada orientación populista, que frecuentemente se nutria de los mismos o parecidos elementos ideológicos que los grupos socialistas... Por otra parte, la organización misma que el partido democrático —o republicano— se dio estaba perfectamente capacitada para integrar a amplios grupos de procedencia social muy diversa". Cfr. MALUQUER DE MOTES BERNET, J.: *Los orígenes del movimiento obrero español 1834-1874*, en *Historia de España*, t. XXXIV. *La Era Isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)*, fundada por R. Menéndez Pidal y dirigida por J.M. Jover Zamora, Madrid, España-Calpe, 1981, págs.801-802.

⁵⁴ Respecto a la propia "invención" doctrinal y político-jurídica de la solidaridad social y su instalación como ideología jurídico-social durante la III República francesa, véase DONZELOT, J.: *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, 1ª ed., 1984, París, 1994.

⁵⁵ Véase HAYWARD, J.E.S.: "Solidarist syndicalism: Durkheim and Duguit", *Sociological Review*, nº.8, (1960), págs.17 a 36 y 185 a 202, en particular pág.191; y el mismo DUGUIT, L.: "Un séminaire de sociologie", en *Revue Internationale de l'Enseignement*, núm.1 (1893), págs.201 a 208.

⁵⁶ DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, trad. Carlos G. Posada, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pág.181. Nueva edición crítica en Editorial Comares: *Las transformaciones del Derecho privado*, trad. Carlos G. Posada, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit" (pp. XI-XXXIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Ed. Comares, 2007.

grupo⁵⁷. Según él los vínculos solidarios son objetivos, "los hombres de una misma sociedad están unidos unos con otros, primero porque tienen necesidades comunes, cuya satisfacción no puede asegurar más que por la vida común: tal es la solidaridad o interdependencia por semejanzas. Por otra parte, los hombres están unidos unos a otros porque tienen necesidades diferentes, y al mismo tiempo aptitudes diferentes, y pueden, por tanto, ayudarse en mutuos servicios y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas. En esto consiste la solidaridad o la interdependencia social por la división del trabajo"⁵⁸. Con base a ello hace notar que "la solidaridad por la división del trabajo", es "el elemento fundamental de la cohesión social en nuestras modernas naciones civilizadas. La civilización en sí misma se caracteriza además por la multiplicidad de las necesidades y de los medios de satisfacerlas en un tiempo muy breve. Esto implica, por consiguiente, una gran división del trabajo social y también una gran división de las funciones, y de ahí además una gran desigualdad entre los hombres modernos". Por ello señala que "la división del trabajo social: he aquí el gran hecho moderno, he ahí el eje central, en cierto modo, sobre el cual evoluciona el Derecho"⁵⁹, y que se construye sobre la idea de función, que ha de suponer una transformación en el sistema individualista y metafísico de la Declaración de Derechos y del Código civil y de la mayoría de las legislaciones modernas⁶⁰. La nueva concepción de la libertad-función fundamenta todas las leyes que imponen al individuo obligaciones positivas. Él postula su aplicación en las "leyes modernas relativas al trabajo y a la previsión"⁶¹. El enfoque del "sindicalismo administrativo" y reto renovador en el pensamiento de Posada se haría notar manifiestamente en el Estudio sobre *La nueva orientación del Estado*, anexo a la obra de León Duguit, *La transformación del Estado*. En este punto, como en el de la organización pública de la solidaridad el modo de pensar de León Duguit estriba en el intento de elevar las funciones llamadas privadas a la dignidad de funciones públicas. De ahí su defensa de la publicación de los sindicatos dentro de la estructura interna del Estado.

Posteriormente, el solidarismo, de contorno siempre difusos (precisamente por ser utilizada como una palabra "fetiché" por distintas –y menudo contrapuestas en distintos planos– corrientes de pensamiento jurídico⁶²), iría transformando su "modus operandi" siendo acogido a

⁵⁷ DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, trad. Carlos G. Posada, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pág.181.

⁵⁸ DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, trad. Carlos G. Posada, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pág.182, con referencia a Émile Durkheim, *La división du travail social (1893)*, 2^o Ed., F. Alcan, 1903, París, y el propio DUGUIT, L.: *L'État, le Droit y la loi positive*, 1901, págs.23 y sigs., con influencia de Durkheim.

⁵⁹ DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, trad. Carlos G. Posada, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pág.182.

⁶⁰ DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, trad. Carlos G. Posada, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pág.183.

⁶¹ DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, trad. Carlos G. Posada, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, págs.191 y sigs. La idea de la solidaridad informa su concepción del derecho de asociación y su concepción de los "contratos colectivos de trabajo" (Ibid., pág. 81 y sigs.).

⁶² Puede verse para un intento de tecnificación de esta corriente de pensamiento jurídico, GURVITCH, G.: *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*, Paris, Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana de la edición de 1932, Scientia Verlag Aalen, 1972), págs.567 y sigs., el cual la circunscribe al movimiento filosófico francés entre los dos siglos (señaladamente, Charles Secrétan, Louis Bourgeois, Alfred Fouillée), que pretendía hacer penetrar la fraternidad en la Justicia, rectificar o incluso modificar la Justicia por el principio de solidaridad, alargando la noción habitual de Derecho, y establecer jurídicamente la "deuda social" con pretensiones de reorganizar el Derecho sobre base colectiva. De esta manera las doctrinas posteriores de la escuela francesa del objetivismo jurídico (con Duguit a la cabeza) pueden ser consideradas como una respuesta eficaz a las cuestiones que los partidarios del principio (...)

principios de siglo veinte sobre todo por la doctrina del socialismo democrático. Su influencia persistió, penetrando en el esquema integrador de la política jurídico-social de la primera postguerra mundial⁶³, y a partir de ahí se constituyó en uno de los principios político-jurídicos inspiradores de la legislación sociolaboral, y muy especialmente de la Seguridad Social contemporánea⁶⁴. Por lo demás, varios de los autores adscritos a dicha corriente de pensamiento tuvieron una evolución aún más marcada hacia el reformismo socializante, como es el caso del "segundo" Fouillée, con la decidida defensa de una democracia política y social e industrial, pero significativamente desde una visión armnicista (entre trabajadores y empresarios), convirtiendo a las empresas en "asociaciones de colaboración"⁶⁵, en "órdenes integrativos"; superando su configuración como "asociaciones de dominación". Es de significar por lo que se refiere a la formación interior del pensamiento de "los Posada" que ellos siempre estuvieron influenciados por el solidarismo francés, el cual, significativamente, presentaba una gran influencia de Krause⁶⁶, vinculándose estrechamente a su "idea social".

de la solidaridad habían formulado, sin resolverlas. Véase RICHARD, G.: *Le question sociale et mouvement philophique au XIX^o siècle*, 1914, págs. 244 y sigs., cit., por GURVITCH, op.cit., pág. 569. Se dispone de traducción al castellano de la obra clásica de GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social*, traducción y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

⁶³ No es determinante, pero sí un hecho significativo, la reedición avanzado el primer tercio del siglo veinte de obras de los solidaristas como BOURGEOIS, L.: *Solidarité*, 9ª ed., 1922, y FOUILLÉE, A.: *La démocratie politique et sociale en France*, 2ª ed., 1923; ID.: *La sociologie et le socialisme réformiste*, 3ª ed., 1926. Para influencia de esta dirección de pensamiento como corriente intermedia entre Proudhon y Duguit, véase GURVITCH, G.: *L' idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, París, Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana de la edición de 1932, Scientia Verlag Aalen, 1972), págs. 567 y sigs., y su influencia en la "escuela francesa del objetivismo jurídico" (Duguit, Saleilles, Hauriou, que son los grandes teóricos del derecho social en Francia), págs. 591 a 710 (escuela francesa del "objetivismo jurídico" a la cual, como puede comprobarse, dedica una especial atención por su contribución a la sedimentación de la "idea del Derecho social"). Gurvitch era un profundo conocedor de la cultura jurídica francés residió durante larga tiempo en Francia.

⁶⁴ Los famosos "Informes Beveridge" se construyeron sobre la base de ese principio solidarista que progresivamente se iría instalando en los textos constitucionales de la segunda postguerra mundial. Véase, en términos generales, EWALD, F.: *Histoire de l'État-providence*, 1ª ed., 1986, París, 1996. En esa dirección beveridgeana se había señalado que la Seguridad Social es la garantía otorgada a cada hombre de que en cualquier circunstancia podrá asegurar en condiciones satisfactorias su propia subsistencia y la de las personas que están a su cargo. Aparece así la Seguridad Social como mecanismo socializado de liberación de las necesidades humanas. Cfr. LAROQUE, P.: "De l'assurance à la Sécurité sociale", en *Revue internationale du travail*, LVII, núm.6 (1948), pág. 567.

⁶⁵ Nótese que Gierke había diferenciado las asociaciones de colaboración y las asociaciones de dominación. Sobre esta distinción y su significación técnica y político-jurídica, véase GURVITCH, G.: *L' idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, París, Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana de la edición de 1932, Scientia Verlag Aalen, 1972), págs.552 a 563. Traducción castellana, *La idea del Derecho social*, edición, traducción y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005.

⁶⁶ Véase GURVITCH, G.: *L' idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, París, Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana de la edición de 1932, Scientia Verlag Aalen, 1972), pág. 570 (Secrétan), y 581 (Fouillée).

4. OBRAS Y TRADUCCIONES DE CARLOS GONZÁLEZ POSADA

4.1. Obras de Carlos González Posada (Selección)

- GONZÁLEZ POSADA, C.: “El estado actual de los seguros sociales en España”, en *Conferencia de Seguros Sociales*, Madrid, Imprenta Sobrinos de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, 1917.
- GONZÁLEZ POSADA, C.: *Seguros sociales (Enfermedad, invalidez, vejez, muerte)*, Obra premiada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el Concurso Libre del “Premio Cortina”, Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús, 1926. (El autor aparece en una pluralidad de atributos: Abogado de Ilustre Colegio de Madrid; Oficial Letrado del Instituto Nacional de Previsión; Jefe de Negociado en la Secretaría del Congreso de los Diputados).
- GONZÁLEZ POSADA, C.: *El régimen de los seguros sociales. Doctrina-Legislación*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1929 (Se trata de un nuevo libro, pero que, en el fondo, responde a una ampliación y actualización de su obra publicada en 1926).
- GONZÁLEZ POSADA, C. y otros: *La III Asamblea de la Asociación Internacional del Progreso Social, Zurich, septiembre de 1929*, Madrid, Sociedad para el Progreso Social, 1930.
- GONZÁLEZ POSADA, C.: *El Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte ante la XVI Conferencia Internacional del Trabajo*, Madrid, Publicaciones del I.N.P.-Imprenta de los Sobrinos de la Sucesora M. Minuesa de los Ríos, 1932, nº. 332,
- GONZÁLEZ POSADA, C.: “La conservación de los derechos del emigrante en los seguros de invalidez, vejez y muerte, ante la XVIII Conferencia Internacional del Trabajo”, en la revista «*Anales del INP*», nº 114, agosto 1934.
- GONZÁLEZ POSADA, C.: *Garantía contra el riesgo de paro involuntario: (seguro y asistencia)*, Sociedad para el Progreso Social-Grupo Nacional Español de la Asociación Internacional del mismo nombre, Publicación núm. 41, Madrid, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1934.
- GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los Seguros Sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.
- GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín (Abogado del Ilustre Colegio de Madrid), s/f.(¿1949?).
- GONZÁLEZ POSADA, C.: “Los seguros en Estados Unidos”, Madrid, *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 6 (1947).
- GONZÁLEZ POSADA, C.: “Unificación de los seguros sociales”, en *Información Jurídica*, núm. 46 (1948).
- GONZÁLEZ POSADA, C.: “Seguridad Social y seguros sociales”, en *Revista de Estudios Políticos. Suplemento de Política Social*, núm. 6 (1948).

4.2. Traducciones realizadas por Carlos González Posada (Selección)

- CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho*, trad. Carlos González Posada, Madrid, Edersa, 1941. Nueva edición revisada, Ed. Comares: *Teoría general del Derecho*, trad. Carlos G. Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti” (pp. VI-LXX), Granada, Ed. Comares, 2003.
- DE REYNOLD, G.: *¿De dónde viene Alemania?*, Madrid, trad. Carlos González Posada, Ed. Pegaso, 1946.
- DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social* (1893), trad. de Carlos G. Posada, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1928. Ulteriores ediciones, DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social* (1893), trad. de Carlos G. Posada, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993
- DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, Blass y Cía, 1913; DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho privado*, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, trad. Carlos G. Posada, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975. Nueva edición crítica en Editorial Comares: *Las transformaciones del Derecho privado*, trad. Carlos G. Posada, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, revisión, edición crítica y estudio preliminar, “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit” (pp. XI-XXXIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Ed. Comares, 2007.
- MAZZARELLA, G.: *Los tipos sociales y el Derecho*, trad. Carlos G. Posada, Madrid, Antonio García Izquierdo, 1913.
- VALLAUX, C.: *Geografía social: el suelo y el Estado*, trad. Carlos G. Posada, Madrid, Antonio García Izquierdo, 1914.

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 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 10 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. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital <http://revista.laborum.es>, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar 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.).

En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.