

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1<sup>er</sup> Trimestre 2018

nº 14

**Sumario:**

Dirección: José Luis Monereo Pérez

## Editorial

- ✦ El Pacto de Estado en materia de violencia de género. Notas de urgencia a las medidas laborales y de protección social allí recogidas

*José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta*

## Estudios Doctrinales

- ✦ La prescripción y dispensación de medicamentos en la doctrina del Tribunal Constitucional: algo más que una cuestión competencial

*Juan José Fernández Domínguez y Guillermo Domínguez Fernández*

- ✦ Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?

*Miguel Ángel Gómez Salado*

- ✦ La coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo

*Sara Guindo Morales*

- ✦ Las mutuas y la prestación por cese de actividad de los autónomos adheridos

*Carlos José Martínez Mateo*

- ✦ La dimensión de género de la (des)protección por desempleo

*Borja Suárez Corujo y Adriana Hurtado Jarandilla*

## Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C 531/15)

*Belén Alonso-Olea García*

- ✦ La calificación del despido durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal: STSJ de Cataluña de 12 junio de 2017

*Aurelia Carrillo Lopez*

- ✦ La aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación en el sector ferroviario. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 junio de 2017 (Rec. 157/2016)

*María José Caballero Pérez*

- ✦ La privación de la licencia para conducir taxi como presupuesto para la calificación de Incapacidad Permanente ¿es posible?

*Djamil Tony Kahale Carrillo*

- ✦ La carencia de rentas como requisito de acceso al subsidio por desempleo. Comentario a la STS 3704/2017

*Salvador Perán Quesada*

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

- ✦ El Régimen Jurídico de la Incapacidad Permanente en el Derecho Portugués de la Seguridad Social

*Mário Silveiro de Barros*

## Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

*María Nieves Moreno Vida*

## Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

*Belén Del Mar López Insua*

## Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- ✦ Un análisis sobre el dialogo social en la perspectiva regional

*Laura Pérez Ortiz, Carlos J. Fernández Rodríguez, Rafael Ibáñez Rojo, Antonio Ferrer Saís, Luis Enrique Alonso y Santos M.*

*Ruesga Benito*

## Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ García Ormaechea, R. (1876-1938): "Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social"

*José Luis Monereo Pérez*



# Revista de Derecho de la Seguridad Social

# Laborum

1<sup>er</sup> Trimestre 2018

Nº 14

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: [www.laborum.es](http://www.laborum.es)

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

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:



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



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



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



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

Reservados todos los derechos.

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

## **DIRECCIÓN:**

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

## **COORDINACIÓN:**

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

## **CONSEJO DE REDACCIÓN:**

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

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

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, *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, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*  
Carolina San Martín Mazzuconi, *Profesora Titular –acreditada a Catedrática– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*  
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*  
Andrés Trillo García, *Ltrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*  
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*  
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Fernando Valdés Dal-Ré, *Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

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

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

#### **EDITOR:**

Francisco Ortiz Castillo

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

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

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

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

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

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

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



**Orientación y enfoque metodológico**

---

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

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

Los contenidos incluyen:

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

**Destinatarios**

---

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

# Índice

## EDITORIAL

13

### **EL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. NOTAS DE URGENCIA A LAS MEDIDAS LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL ALLÍ RECOGIDAS.....15**

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

*GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA*

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL PACTO DE ESTADO..... 15
2. BREVES CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO..... 25
3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL DE CONJUNTO..... 32

## ESTUDIOS DOCTRINALES

37

### **LA PRESCRIPCIÓN Y DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ALGO MÁS QUE UNA CUESTIÓN COMPETENCIAL.....39**

*JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ*

*GUILLERMO DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ*

1. INTRODUCCIÓN..... 39
2. BREVE SEMBLANZA SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA..... 40
3. ALGUNAS CUESTIONES MÁS ALLÁ DE LA VIGENTE DOCTRINA CONSTITUCIONAL..... 51

### **DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD TEMPORAL DURADERA Y DISCRIMINACIÓN: ¿ES NULO EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL? .....69**

*MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO*

1. INTRODUCCIÓN..... 70
2. LA INCAPACIDAD TEMPORAL: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL..... 71
3. EL DESPIDO DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU CALIFICACIÓN..... 73
4. A MODO DE CONCLUSIÓN..... 89

### **LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO.....91**

*SARA GUINDO MORALES*

1. INTRODUCCIÓN..... 91
2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004..... 97
3. COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO..... 99
4. CONCLUSIONES..... 109

## **LAS MUTUAS Y LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS AUTÓNOMOS ADHERIDOS .....111**

*CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO*

1. INTRODUCCIÓN .....	111
2. LAS MUTUAS Y LAS MEDIDAS PALIATIVAS AL DESEMPLEO .....	112
3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD.....	113
4. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN.....	115
5. INCUMPLIMIENTO DE NORMATIVA EN LA GESTIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS.....	117
6. COLABORACIÓN ENTRE LA MUTUA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO CORRESPONDIENTES.....	126
7. FALTAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE COOPERACIÓN.....	128
8. CONCLUSIONES .....	130

## **LA DIMENSIÓN DE GÉNERO DE LA (DES)PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....133**

*BORJA SUÁREZ CORUJO*

*ADRIANA HURTADO JARANDILLA*

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	133
2. EJES EXPLICATIVOS DE LA PEOR POSICIÓN DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....	134
3. LA DESPROTECCIÓN DE LAS DESEMPLEADAS: PRESENTE Y (NEGRAS) PERSPECTIVAS .....	141

## **ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL .....143**

### **LA PROTECCIÓN DE LA LACTANCIA NATURAL: LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE UNA EVALUACIÓN DEL RIESGO INCORRECTAMENTE PRACTICADA. COMENTARIO DE LA STJUE DE 19 DE OCTUBRE, OTERO RAMOS (C-531/15).....145**

*BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA*

1. LOS ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL .....	146
2. LOS ASPECTOS PROCESALES Y MATERIALES DE LA SENTENCIA .....	149

### **LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DURANTE EL PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR INCAPACIDAD TEMPORAL: STSJ DE CATALUÑA DE 12 JUNIO DE 2017.....159**

*AURELIA CARRILLO LOPEZ*

1. INTRODUCCION .....	159
2. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO .....	162
3. ANALISIS JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL .....	163
4. CONCLUSIÓN.....	167

### **LA APLICACIÓN DE COEFICIENTES REDUCTORES DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN EN EL SECTOR FERROVIARIO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 JUNIO DE 2017 (REC. 157/2016).....169**

*MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ*

1. DATOS RELEVANTES DEL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO .....	169
--	-----

2. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN EN EL SECTOR FERROVIARIO .....	171
3. LA DICOTOMÍA JURISPRUDENCIAL ENTRE EL CARÁCTER ABIERTO O CERRADO DE LA LISTA DE CATEGORÍAS PROFESIONALES DEL SECTOR FERROVIARIO DETERMINANTES DE LA APLICACIÓN DE COEFICIENTES REDUCTORES DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN.....	177
4. LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR LA STS DE 21 JUNIO DE 2017 EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL ART. 3.1 DEL RD 2621/1986, DE 24 DICIEMBRE .....	180
5. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	181

## **LA PRIVACIÓN DE LA LICENCIA PARA CONDUCIR TAXI COMO PRESUPUESTO PARA LA CALIFICACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ¿ES POSIBLE?.....183**

*DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO*

1. INCAPACIDAD PERMANENTE .....	183
2. LOS HECHOS .....	184
3. LA SENTENCIA RECURRIDA.....	186
4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....	186
5. CONCLUSIONES.....	192

## **LA CARENCIA DE RENTAS COMO REQUISITO DE ACCESO AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO. COMENTARIO A LA STS 3704/2017.....195**

*SALVADOR PERÁN QUESADA*

1. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA .....	195
2. LA CARENCIA DE RENTAS COMO REQUISITO PARA EL ACCESO AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO .....	197
3. EL LÍMITE A LA RETROACTIVIDAD DE NORMAS QUE AFECTEN DERECHOS INDIVIDUALES .....	198
4. BREVE REFLEXIÓN FINAL. EL SUBSIDIO DE DESEMPLEO COMO EXPRESIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN ANTE LOS ESTADOS DE NECESIDAD .....	199

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

### **EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN EL DERECHO PORTUGUÉS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....203**

*MÁRIO SILVEIRO DE BARROS*

1. LAS FUENTES NORMATIVAS REGULADORAS, CONSTITUCIONALES Y ORDINARIAS .....	203
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE («INVALIDEZ») DERIVADA DE RIESGOS COMUNES.....	205
3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE («INCAPACIDADE») DERIVADA DE RIESGOS PROFESIONALES .....	210

## **CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 215**

*MARÍA NIEVES MORENO VIDA*

1. UNIÓN EUROPEA.....	217
2. COTIZACIÓN .....	221
3. PRESTACIONES.....	222

4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	223
5. TRABAJADORES AUTÓNOMOS.....	227
6. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL .....	229
7. DEPENDENCIA.....	230
8. EMPLEO.....	232
9. SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL.....	232

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

235

*BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

### **CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS .....237**

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO).....	237
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	237
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	238
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES).....	238
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN .....	238
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: .....	239
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES .....	251
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA .....	251
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	251

### **NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS .....251**

1. OBRAS <i>GENERALES</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS.....	251
2. OBRAS <i>ESPECÍFICAS</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS.....	252
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	253

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

255

### **UN ANÁLISIS SOBRE EL DIALOGO SOCIAL EN LA PERSPECTIVA REGIONAL .....257**

*LAURA PÉREZ ORTIZ, CARLOS J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, RAFAEL IBÁÑEZ ROJO, ANTONIO FERRER SAÍS, LUIS ENRIQUE ALONSO Y SANTOS M. RUESGA BENITO*

INTRODUCCIÓN .....	257
1. SOBRE EL CONCEPTO DE DS.....	259
2. EL PROCESO, LOS CONTENIDOS DEL DS Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS AGENTES SOCIALES EN ARAGÓN .....	260
3. EL IMPACTO DEL DS EN EL TEJIDO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ARAGÓN.....	263
4. EN SÍNTESIS .....	278

---

**CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL** **283**


---

**GARCÍA ORMAECHEA, R. (1876-1938): “DEL REFORMISMO DEMOCRÁTICO IUSOCIALISTA AL REFORMISMO SOCIAL CONSERVADOR EN LA POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL”.....285**

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL.....	285
2. LA PRIMERA ETAPA SOCIALISTA DE DEFENSA DE LA REFORMA SOCIAL. EL SOCIALISMO JURÍDICO DE GARCÍA ORMAECHEA .....	288
3. LA ETAPA DE REFORMA SOCIAL CONSERVADORA Y MONÁRQUICA DE GARCÍA ORMAECHEA: CONTINUIDAD INSTITUCIONAL Y PRODUCCIÓN INTELECTUAL.....	297
4. OBRAS Y TRADUCCIONES DE RAFAEL GARCÍA ORMAECHEA .....	300
5. BIBLIOGRAFÍA SOBRE GARCÍA ORMAECHEA Y SU ÉPOCA .....	302



Editorial

Laboorum



## El Pacto de Estado en materia de violencia de género. Notas de urgencia a las medidas laborales y de protección social allí recogidas

### The state pact on gender violence. Most important issues on labour measures and social protection

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

*“La violencia es el miedo a los ideales de los demás”*

Mahatma Gandhi

*“Vivir en democracia implica respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo”*

Martha Nussbaum<sup>1</sup>

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL PACTO DE ESTADO

Hablamos ya de un nuevo paso hacia la protección más integral y efectiva de la violencia de género. Interesa al respecto realizar algunas consideraciones generales para situar el marco de referencia actual. Como se sabe, la violencia de género ha estado presente en la sociedad española durante un largo tiempo de un modo invisible y actualmente, de una forma visible con todas sus implicaciones: sociales, jurídicas, políticas, etcétera. Es así porque, inicialmente, y como posteriormente definiremos, esta violencia estaba suscrita al ámbito familiar y al lugar concreto del domicilio donde habitaba, con lo que tenía una consideración de asunto privado. Es decir, para el derecho ésta no era visible porque hasta no hace muchos años el ámbito doméstico-familiar no se encontraba incluido bajo su control y regulación. Todo ello bajo el amparo del principio de libre disposición y autonomía de los sujetos que lo forman tradicionalmente: cónyuges respectivamente e hijos. A esto contribuía

<sup>1</sup> NUSSBAUM, M.: *Libertad de conciencia*, Barcelona, Ed. Tusquets, 2009.

la consideración del orden familiar como un orden natural ajeno a la intervención jurídica en el que el poder del hombre actuaba de forma libre y sin cortapisas alguna sobre su pareja e, incluso, hijos. Entonces han sido el carácter natural y la estructura jerárquica de la familia los elementos que han legitimado durante mucho tiempo la imposición de una voluntad, en este caso la del hombre-padre de familia, sobre las de las restantes personas formantes del núcleo familiar, como puede ser el caso no sólo de las mujeres, sino también extensivamente de los hijos. Es decir, estaba vigente un imperio regido por los valores propios de una sociedad patriarcal –en la que el hombre y sus necesidades constituían la norma mientras que las mujeres y sus necesidades se subordinaban a la de los hombres en el ámbito sexual, económico, social y político– y que tenía como principal consecuencia la invisibilidad de las mujeres como sujetos, cosificándolas e interpretando la violencia gestada y proferida contra ellas como algo normal y propio de la potestad del que se consideraba guardián del orden familiar, el hombre-padre-cabeza de familia. Así, se daba lugar a que los derechos y opiniones de las mujeres, principalmente, y de los menores, en este ámbito fuesen anulados por completo, atentando en consecuencia contra los principios de la igualdad y la no discriminación, claves esenciales de nuestra sociedad y de nuestro Estado Social, y lo que es más importante, vulnerando el derecho a la dignidad, libertad y desarrollo de la personalidad de las mujeres<sup>2</sup>.

El problema que se encuentra al respecto de lo advertido es que esta concepción, lamentablemente, no ha sido olvidada ni ha pasado a la historia, sino que sigue presente en nuestros días de forma actualizada porque ha consistido en una concepción de actuar, en unos roles que se han aprendido, aprehendido y naturalizado mediante la transmisión intergeneracional de las normas y valores considerados idiosincráticos de la sociedad. Esto da lugar a una pesada herencia: que actualmente esté presente el pensamiento de una sociedad organizada de un modo natural en el que se hacen invisibles las desigualdades de género bajo la máscara de ser una cuestión relacionada con la diferencia de sexo. Al que hay que adicionar otro hecho más negativo y significativo, puesto que a esta concepción “tradicional” se la ha sumado otra fruto de ésta: si la violencia contra la mujer hunde sus raíces en la desigualdad y discriminación ya aludida, ésta se va a ejercer hoy también cuando aquella intenta tambalear los cimientos de esta concepción societaria y, por tanto, reequilibrar una situación de tradicional desequilibrio.

Pero todo ello acontece con una radical diferencia con respecto al pasado. La violencia de género ha dejado de ser considerada como exclusiva del ámbito privado familiar<sup>3</sup>, para pasar a ser comprendida, entendida y analizada tanto en este último como en el ámbito público. Es el paso de la minoría de edad al estatus de ciudadanía. La principal consecuencia ha sido la adopción de medidas por parte del Estado con el fin de atajarla, erradicarla y afrontarla integralmente en un período muy corto de años pero no por ello

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, págs. 15 y sigs., y la amplia bibliografía allí citada a la cual se remite.

<sup>3</sup> Jurisprudencialmente, al respecto de esta concepción, destacan las Sentencias del Tribunal Supremo núms. 927/2000, de 24 de junio; 20/2000, de 22 de enero; y la 957/2002, de 18 de junio. En ellas se “considera que el delito de maltrato familiar habitual debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como una cuestión que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal es necesaria pero debe de ser complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y de resocialización de éstas y de los propios agresores”.

carente de intensidad. Intervención estatal con fundamento constitucional por ser el Estado garante del orden y de la paz social y, por ende, ha de ofrecer una protección totalizadora, integral. Es decir, se ha descubierto este hecho social y se ha dispuesto visiblemente con todas sus implicaciones. Esta circunstancia se ha visto reforzada por su tratamiento desde la denominada perspectiva de género.

El tratamiento de la violencia de género desde esta perspectiva tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer. Así se trata de diferencias de origen social adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables. Es con fundamento en ellas cuando en función del sexo se cumplen los roles dominantes tradicionales asignados convencionalmente al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer, convirtiéndose así las diferencias sociales en diferencias de género. Se origina de esta forma un tratamiento de las víctimas de violencia de género fruto de estas desigualdades que no tiene su base en posiciones de igualdad, sino en la más absoluta de las desigualdades no sólo sociales, sino también otras relacionadas como la económica o la educacional; hecho que va a hacer visible el carácter delictivo de la conducta de quien ejerce la violencia y los graves males que se infligen a la mujer que lo padece, la responsabilidad de los ejecutores y la necesaria protección de la víctima de ellos.

Es entonces cuando necesariamente se ha de implantar, desde esta perspectiva, un concepto de igualdad radicalmente diferente. Así, ésta necesariamente se debería de entender como una situación objetiva en la que tanto hombres como mujeres tengan una posibilidad efectiva de desarrollar sus capacidades personales propias y, en consecuencia, decidir el destino de su vida sin condicionante alguno relativo a los roles tradicionales impuestos. De esta manera es como únicamente se harían visibles las desigualdades existentes entre hombres y mujeres y las posibles consecuencias de marginación o exclusión social derivadas para éstas últimas.

Una igualdad para cuyas intenciones y tratamiento es clave el concepto de *mainstreaming*. Es decir, el intento de abordar los problemas de igualdad de género en el seno del conjunto de las tendencias dominantes de la sociedad: las direcciones, las organizaciones y las ideas que dan lugar al nacimiento de decisiones sobre política de carácter específico y los recursos que al respecto contemplan políticas generales; sin olvidar su conexión directa con la regulación de derechos y deberes y con la incorporación de medidas legislativas concretas con la pretensión de corregir y eliminar toda forma de discriminación por razón de género. Por lo tanto, la comprensión de los problemas de igualdad entre hombres y mujeres desde esta conceptualización conecta directamente con la perspectiva de género, pues supondría la integración de ésta.

En este sentido, se plantea para el derecho un reciente desafío: unos argumentos nuevos que, tomando en serio esta perspectiva de género, superen la parcialidad y la falta de universalidad del discurso jurídico. La introducción de este punto de vista en el análisis y aplicación del derecho va a ser una herramienta clave, el primero de los pasos, pues sería una contribución de gran valor para la resolución del conflicto de valores existente y, de forma derivada, de roles. Para ello va a ser trascendental la introducción de un universalismo

epistemológico para la interpretación de los conceptos jurídicos, sobre todo de aquellos estrechamente relacionados con la familia, la igualdad y la libertad de las mujeres.

Pero es que además, complementariamente y no por ello con menor importancia, se ha de tener presente el principio de transversalidad, por el que la perspectiva de género, en el ámbito jurídico-normativo, ha supuesto que el concepto género posea un carácter global y básico<sup>4</sup>, con una clara tendencia a la eliminación del conjunto de estereotipos asociados a la dominación del sexo masculino y de sumisión del sexo femenino en el amplio elenco de ámbitos de las relaciones humanas reguladas por el derecho. Este importantísimo y trascendental principio, encuentra su justificación jurídica en la propia constitución y en el valor esencial de la igualdad de nuestro Estado Social. Al respecto es necesario traer a colación la amplitud normativa y de significado incluidos en el propio artículo nueve, en su apartado segundo, y catorce de la Carta Magna (art. 9.2 CE). Es en ellos en los que encuentran inclusión los principales y más destacados aspectos de este principio de transversalidad, pues van a formar parte del contenido esencial de la igualdad. Un ejemplo paradigmático se halla en la ubicación del propio artículo catorce, ya que es pósito del capítulo segundo –precisamente sobre derechos y libertades– y facilita la integración de la dimensión de la igualdad en la totalidad de derechos, libertades y deberes de los ciudadanos y ciudadanas. Igual acontece con el hecho de que sea incluido en el núcleo esencial de la igualdad, en su auténtica y genuina significación en el marco del Estado Social y en conexión con la acción de los poderes públicos, la erradicación de las normas y/o aplicaciones de ellas herederas de los prejuicios contra las mujeres, es decir, desde la perspectiva de género. Es aquí cuando este significado y concepción de la igualdad ha de resurgir y hacerse valer en su máxima expresión y con su máxima plenitud de significación. Analogía que también encontramos fijada en el artículo noveno, apartado segundo, en el principio constitucional de igualdad de sexos y su correspondiente contenido promocional.

En consecuencia, desde esta perspectiva de género, este principio de transversalidad con su correspondiente fundamento constitucional, va a suponer dos concepciones estrechamente ligadas e influenciadas recíprocamente de la universalidad de tratamiento e igualdad entre hombres y mujeres necesitada de hacerse plenamente efectivas. De una parte, va a ser la universalidad en su acepción subjetiva: la manifestación de esta transversalidad por todos los poderes públicos. Y, de otra parte, la universalidad en su acepción objetiva: la manifestación de esta transversalidad en todas las ramas del ordenamiento jurídico.

Tanto universalidad subjetiva como objetiva van a ser analizadas implícitamente más en profundidad en el presente estudio<sup>5</sup>. Baste ahora advertir que la primera va a ser

---

<sup>4</sup> Para profundizar en lo que supone este principio, *vid.* LOUSADA AROCHENA, J. F.: “El principio de transversalidad: origen y significado”, en *Revista Temas Laborales*, núm. 91 (2007); VV.AA.: *Género y Derechos fundamentales*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010; LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho social del trabajo*, Murcia, Ed. Laborum, 2017; VV.AA.: *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y propuestas*, SÁEZ LARA, C. (Coord.), Murcia, Ed. Laborum, 2016.

<sup>5</sup> Ambas quedaron establecidas unidamente a nivel internacional en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en cuyo apartado H “Mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer”, Capítulo IV “Objetivos estratégicos y medidas”, establece una serie de objetivos: la creación o fortalecimiento de mecanismos nacionales y otros órganos gubernamentales; la preparación y difusión de datos e información destinados a la planificación y evaluación desglosados por sexo; y la integración de perspectivas de género en (...)

mencionada, explicitada y expresada legalmente como tal por vez primera en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo decimoquinto, al ocuparse específicamente de la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Así, respecto a él, se establece en la exposición de motivos de la misma ley que este principio será el que informará con carácter transversal la actuación de todos los Poderes Públicos, siendo por tanto la presente dimensión un principio claro e inspirador de esta norma legal. La segunda está presente y es inherente a la propia naturaleza de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. En ésta, aparte de ser la ideología inspiradora la perspectiva de género, va a destacar la transversalidad e integridad con la que va a ser tratada, pues están presentes en ella los aspectos jurídicos al respecto de las distintas partes del ordenamiento: sociolaboral, penal o procesal, por ejemplo. Todo ello por ser un hecho de la realidad social española que necesariamente ha de ser tratado por el derecho en su totalidad, por su propia naturaleza y configuración.

Esto nos lleva a que, en un sentido totalizador y completo, desde una perspectiva eminentemente funcional, el principio de transversalidad pueda ser contenedor de unas claras pretensiones extinguidoras y exterminadoras de la subordinación femenina. Es decir, del conjunto de condicionantes de género suponedoras de un obstáculo para la consecución por parte de las mujeres del mismo grado de igualdad y libertad que el de los hombres.

Tomando como referencia las normas y declaraciones internacionales en nuestro Derecho interno se establece un concepto amplio de violencia de género a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género. Ya es significativa la referencia legal a la “protección integral”, pues en sí revela la pretensión político-jurídica de abordar de modo totalizador el fenómeno de la violencia de género y en una perspectiva de transversalidad. Ésta, en su artículo primero, conjuntamente en sus apartados primero y tercero, se ocupa de establecer clara y concisamente la definición de violencia de género y, por tanto, el objeto propio legal. Así, se va a entender por ésta a “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, ejercida sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.

De esta definición, se puede derivar un conjunto de criterios caracterizadores de la violencia de género jurídico-legalmente establecida. En primer lugar destaca un criterio finalista, pues la violencia especificada es la ejercida fruto de la discriminación y de la situación de desigualdad producida por la relación de poder de los hombres sobre las mujeres. En segundo lugar, el criterio objetivo, pues como se ha hecho notar ya la violencia de género comprende todo acto (sufrido por las mujeres) de violencia física y psicológica, incluida las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación

---

las legislaciones, políticas, programas y proyectos estatales. Esto es, el principio de transversalidad de género con sus dos universalidades.

arbitraria de libertad<sup>6</sup>. En tercer lugar, el criterio subjetivo, ya que es la ejercida por el hombre –concretamente cónyuge o parte integrante (también puede ser antigua parte) de la pareja sentimental– sobre la mujer. Y, en cuarto lugar, el criterio relacional, porque entre hombre y mujer ha de existir una relación matrimonial o análoga relación afectiva. Una vez expuesta esta definición y sus rasgos identificadores, en comparación con la establecida a nivel internacional, cobra relevancia el hecho de que la traslación conceptual producida ha sido de un modo matizado. Es así porque se pone en evidencia que la definición jurídico-legal española no coincide en su totalidad con la establecida a nivel internacional, ya que en ésta última la violencia de género es abordada de una forma amplísima, pues se están incluyendo en ella realidades tales como la violencia en el ámbito laboral o la violencia estructural o social.

Ahora bien, en favor de la definición legal española de la violencia de género es necesario precisar que su objeto sí que encaja, tal cual, con la concepción internacional, puesto que el origen se va a encontrar en la situación de desigualdad y de discriminación de la mujer, fruto de los patrones sociales que la han ubicado a lo largo de los años y de manera tradicional en una posición subordinada al hombre. Esto es resultado de entender con la misma significación el concepto género y la conexas perspectiva de género.

La proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados<sup>7</sup> en su sesión de 15 de noviembre de 2016, tomó en un texto transaccional dos acuerdos. El *primero* consistente en dirigirse al Gobierno instándole a que: a) promueva la suscripción de un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias, que siga promoviendo políticas para la erradicación de la violencia sobre la mujer como una verdadera política de Estado; b) dotar suficientemente las partidas presupuestarias, especialmente los recursos destinados a la prevención y a la asistencia social de las víctimas de violencia de género y de sus hijos e hijas, dependientes tanto de las Comunidades Autónomas, como de los servicios de proximidad de los Ayuntamientos y centros de la Mujer para el desarrollo y cumplimiento de la LO 1/2004 y LO 8/2015; c) reforzar el funcionamiento de las Unidades de Coordinación y de Violencia sobre la Mujer dependientes del Gobierno central en las CC.AA, con el fin de procurar un seguimiento personalizado de las víctimas de violencia, para la seguridad, protección y atención a las mujeres víctimas y a sus hijos e hijas; d) la puesta en marcha del Acompañamiento Judicial Personalizado en los Juzgados Especializados en Violencia de Género, para hacer accesible la información a las mujeres víctimas de violencia de género desde el momento en el que ponen la denuncia hasta el final del proceso; e) estudiar, en colaboración con las CC.AA, la viabilidad de establecer pautas y protocolos de intervención para la atención integral a las mujeres que han retirado la denuncia por violencia de género, así como para la atención y, en su caso, incentiación a víctimas de violencia de género que no hubieran presentado nunca denuncia pero cuentan con un certificado de servicios sociales

<sup>6</sup> MARTÍN VALVERDE expone que este acto adquiere carácter de ilícito en sentido amplio, pues argumenta que los casos establecidos no son una lista cerrada, sino un ejemplo de posibles situaciones que tampoco se han de producir de manera conjunta. MARTÍN VALVERDE, A., “La Ley de Protección Integral contra la Violencia de «Género»: análisis jurídico e ideológico”, cit., pp. 542-543.

<sup>7</sup> Núm. Expte. 162/000004 y 162/000135. Su contenido puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, 8 de agosto de 2017, núm. 200.

u otro; f) Activar de forma permanente el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género, involucrando específicamente a las instituciones educativas y los medios de comunicación; g) En el marco del futuro Pacto por la Educación, avanzar, en colaboración con las Comunidades Autónomas, en la incorporación de la formación específica en igualdad y de prevención de la violencia de género; h) Poner en marcha un Plan integral para prevenir, proteger y reparar el daño a menores víctimas de violencia de género (potenciando el uso de las redes y las nuevas tecnologías); i) Continuar avanzando y garantizar la formación especializada y acreditada que permita valorar el aprovechamiento de conocimiento de los magistrados al frente de órganos jurisdiccionales especializados y de otros profesionales que colaboran con la administración de justicia, así como de los abogados, procuradores, fiscales, letrados y empleados públicos de la administración de justicia; j) Incrementar la formación específica en violencia machista de todo el personal especializado que intervenga en la atención integral a las mujeres y sus hijos e hijas; k) Ampliar las disposiciones preventivas, procesales, punitivas y protectoras de la Ley 1/2004 así como del resto del ordenamiento jurídico para abarcar, con las adaptaciones necesarias, todas las formas de violencia contra las mujeres, como el «sexting» o los nuevos tipos de acosos, hostigamiento, acecho o “stalking”, etc.<sup>8</sup>; l) Incrementar las actuaciones de sensibilización para intensificar el compromiso conjunto por una sociedad libre de violencia contra las mujeres; m) Luchar activamente contra el tráfico y la trata de personas así como contra la prostitución, entendidas ambas como explotación, esclavitud, violación de derechos humanos y cosificación de la mujer; n) Adoptar el compromiso político de no conceder ningún indulto en cualquier delito vinculado a la violencia de género; l) Impulsar la modificación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para suprimir la dispensa de la obligación de declarar contra su cónyuge o pareja de las víctimas de violencia de género, así como suprimir el atenuante de la confesión para este tipo de delitos y la preceptividad de la asistencia letrada antes de la interposición de la denuncia; o) Establecer la necesidad de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las denuncias presentadas por comparecencia en el Juzgado, de modo que consten en el sistema de seguimiento en los casos de violencia de género (VioGén) y se pueda valorar el riesgo de la víctima.

Y, en segundo lugar, el Congreso acordó la creación de una Subcomisión en el seno de la Comisión de Igualdad con el fin de articular dicho Pacto. La aprobación de la creación de esta Subcomisión fue aprobada en sesión del Pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 21 de diciembre de 2016. Sus trabajos comenzaron el 1 de febrero de 2017 y celebró un total de 43 sesiones<sup>9</sup>. Finalmente, esta elaboró un informe que consta de tres partes, un diagnóstico de la situación, la consideración de la necesidad urgente de un consenso institucional, político y social contra la violencia de género y finalmente de unas propuestas de actuación, en estas últimas serán en las que centraremos nuestro análisis o comentarios de urgencia. Las propuestas se articulan en 10 grandes ejes o apartados:

1. La sensibilización y la prevención.
2. La mejora de la respuesta institucional.

---

<sup>8</sup> Ver la Recomendación General núm. 19 de la CEDAW y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), ratificado por España.

<sup>9</sup> Un resumen de las comparecencias celebradas puede verse en las págs. 16 a 109 del informe.

3. El perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas.
4. La asistencia y protección de los menores.
5. El impulso a la formación de los distintos agentes.
6. El seguimiento estadístico.
7. Las recomendaciones a las Administraciones Públicas y otras instituciones.
8. La visualización y atención de otras formas de violencia contra las mujeres.
9. El compromiso económico.
10. El seguimiento del pacto.

Y contienen un total de 214 medidas. Entre ellas, podemos encontrar 12 medidas que tienen un claro contenido laboral y 15 relacionadas directa o indirectamente con la protección social pública. Concretamente se encuentran en los apartados 1 “*La ruptura del silencio: sensibilización y prevención* (medidas 52 a 55); 2 “*Mejora de la respuesta institucional: coordinación. Trabajo en red*” (medidas 70 a 77); 3. “*Perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas*” (medidas 127 a 129 y 131 a 142).

En síntesis, su contenido es el siguiente:

La propuesta 1 relativa a “*La ruptura del silencio: sensibilización y prevención*” recoge en su apartado “**1.6 Laboral**” dos medidas (52 y 53), que postulan la colaboración con las organizaciones patronales, sindicales y empresas en las campañas institucionales contra la violencia de género; y la elaboración de un sello identificativo para los servicios públicos y empresas que establezcan políticas de responsabilidad social corporativa respecto a la violencia de género, y manifiesten sensibilidad en el trato hacia las personas y trabajadoras que hayan padecido violencia de género, sellos que serán valorados positivamente en los pliegos de condiciones para la contratación pública. En su punto “**1.7 Sanidad**” se incluyen dos medidas (54 y 55)<sup>10</sup> dirigidas a mejorar la detección precoz de la violencia de género en los centros sanitarios a través de una mayor formación especializada de los profesionales, así como con la inclusión en los planes de estudios de las especialidades del MIR la formación de género.

La propuesta 2 relativa a la “*Mejora de la respuesta institucional: coordinación. Trabajo en red*”, en su apartado “**2.3 Laboral**”, contiene un total de siete medidas (70-77). La mayoría de ellas van dirigidas a un colectivo concreto, las empleadas públicas. Se trata de las medidas 70-73: la difusión de protocolos de movilidad para funcionarias víctimas de violencia de género; los datos relativos a la utilización y efectividad de dicha medida deberán de ser incluidos en el Boletín Estadístico del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer; la necesidad de desarrollar reglamentariamente las Unidades de Igualdad existentes en las diferentes Administraciones Públicas; y garantizar, implicando a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que cuando la víctima haya hecho uso de su derecho a la movilidad no verá menoscabada su promoción profesional o vea mermado sus ingresos. Otras medidas que se proponen son: la comunicación (bien por la interesada, la empresa o la representación legal de los trabajadores) de cara a su seguimiento los casos de violencia de género identificados por las empresas cuando las víctimas sufran perjuicios laborales o económicos por bajas o ausencia (medida 74); la obligación de las inscripción registral o el

<sup>10</sup> Relacionada con la sanidad también podría considerarse las medida número 27 relativa a utilizar las consultas, centros sanitarios y farmacias como plataformas informativas sobre la violencia de género.

depósito de los planes de igualdad obligatorios para las empresas de más de 250 trabajadores (medida 75); la promoción del teletrabajo cuando sea posible y solicitado por la víctima, singularmente en el ámbito de la función pública (medida 76); y dentro de la normativa de la prevención de riesgos laborales, establecer la obligación de implantar medidas y protocolos de prevención del acoso sexual o por razón de género en las empresas.

La propuesta de actuación 3 tiene como objetivo el “*Perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas*”. En su apartado “*3.4 Laboral*” recoge (medidas 127 a 129) las siguientes actuaciones:

- El estudio del actual sistema de ayudas de la Renta Activa de Inserción y del art. 27/LO 1/2004, para mejorar la situación de las mujeres víctimas sin empleo, y evaluar su sustitución por un subsidio de desempleo de seis meses de duración, que se ampliará por períodos semestrales prorrogables mientras las beneficiarias sigan manteniendo los requisitos para continuar en su percibo. Estas ayudas financiaran con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
- Potenciar el plan de inserción socio laboral para las víctimas regulado en el RD 1917/2008, de 21 de noviembre, impulsando mayor extensión de las medidas allí contempladas y fijando así mismo medidas de adaptación a las necesidades individuales a las víctimas, conectándolas con las ayudas económicas existentes y simplificando las condiciones de acceso.
- Y promover la fijación de cuotas de reserva en los contratos programa en el ámbito de las Administraciones Públicas para las mujeres víctimas de violencia de género que cumplan los requisitos que se establezcan.

El apartado “*3.6 Sanidad*” recoge diversas propuestas de actuación (medidas 131 a 133) dirigidas a los servicios de salud tendentes a la revisión y refuerzo de los protocolos de detección precoz en el ámbito sanitario, así como la adopción de protocolos sanitarios e historias clínicas para que en caso de que se sospeche que la sintomatología del paciente pueda estar asociada a maltrato, sea activen la utilización de protocolos de cribado que permitan la identificación de casos de violencia de género, requiriendo para ello la colaboración de las CC.AA. y el INGESA poniendo en marcha una clave de seguimiento que permita identificar en el historial clínico tal situación. Además se recoge una serie de peticiones dirigidas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para que: a) evalué la posibilidad de introducir en la cartera de servicios la cirugía restauradora para las víctimas de violencia que lo precisen; b) la introducción de en los manuales de urgencias la violencia de género como diagnóstico diferencial de las distintas patologías; c) coordinar de forma multidisciplinar, en materia de violencia de género, en los centros sanitarios y hospitales donde haya profesionales de distintos ámbitos; d) confeccione un programa de actuación específico para la formación de los profesionales de los centros de atención primaria ubicados en el ámbito rural; e) elabore programas de formación para dar a conocer la mutilación genital femenina y sus formas, especialmente en menores, a todos los profesionales sanitarios, con el fin de que sean capaces de prevenir y detectar situaciones de riesgo y /o posibles casos; f) se avance en la coordinación y accesibilidad de la historia clínica de las pacientes, con el objetivo de que los indicativos de alerta en los indicios y casos de violencia de género sean identificados en cualquier CA, donde

pueda pasar a residir la posible víctima; g) se fomente la creación de unidades o equipos clínicos interdisciplinarios y diferenciados en los Centros de Salud, para la coordinación de los objetivos recogidos y contemplados por el Observatorio de Salud y Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; h) Identificar, a través de las historias clínicas, datos referidos al número de lesiones incapacitantes producidas por violencia de género y otras lesiones o dolencias consecuencia de la exposición a la violencia; i) se aprueba un Plan de atención integral a los hijos de las víctimas mortales de la violencia de género, con inclusión, entre otras prestaciones, de la atención psicológica y psicopedagógica que resulte precisa.

El apartado **“3.7 Diversidad funcional/Discapacidad”**, recoge varias medidas (135 a 138) dirigidas a personas con diversidad/discapacidad relativas: a) facilitar lecturas informativas sobre prevención de la violencia de género, acoso, agresión sexual, etc.; b) diseño de protocolos específicos o medidas especializadas a los que ya existen para la atención de colectivos de mujeres especialmente vulnerables (mayores, discapacitadas, inmigrantes); c) activación de protocolos de violencia machista cuando esta sea ejercida sobre mujeres con diversidad/discapacidad; d) implementación de la asistencia personal suficiente y necesaria para que las mujeres con diversidad/discapacidad puedan ejercer el control sobre sus propias vidas y evitar la violencia familiar o de género.

Por su parte el apartado **“3.8 Aplicación de los derechos y prestaciones de la Ley Orgánica 1/2004 a los casos de violencia “por interpósita persona”**. Son dos las medidas que aquí se recogen (139 y 140): a) la extensión de los apoyos psicosociales y derechos laborales, las prestaciones de la Seguridad Social, así como los derechos económicos recogidos en la LO 1/2004 a quienes hayan padecido violencia vicaria esto es, el daño más extremo que puede ejercitar el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos; y b) Dotar de formación a los profesionales de los servicios de información, emergencias, sanitarios, policiales y jurídicos para que toda la información sea adaptada, accesible e inclusiva, así como que el trato sea digno respetuoso y proteja la intimidad de la mujer con diversidad funcional/discapacitada. Y finalmente la propuesta 4 “Intensificar la asistencia y protección de los menores”, recoge dos medidas (141 y 142, de carácter prestacional relacionadas con la pensión de orfandad:

- Garantizar una prestación a todos los huérfanos y huérfanas por violencia de género a través del reconocimiento expreso (a efectos de la generación del derecho a la pensión de orfandad) de que la madre causante víctima de violencia de género sea considerada en alta o situación asimilada a la de alta; y aplicar un incremento de hasta el 70% de la base reguladora en el caso de que la madre sí cumpliera los requisitos mínimos de cotización, cuando los ingresos de la unidad familiar de convivencia se situaran por debajo del 75% del Salario Mínimo Interprofesional.
- Establecer mecanismos que aseguren que las pensiones de orfandad que puedan corresponder a los hijos e hijas de víctimas de violencia de género, con el incremento previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 1/2004, puedan ser disponibles de forma inmediata con las oportunas garantías para abonar los gastos a que deban hacer frente, sin perjuicio de lo que dispongan con posterioridad las resoluciones judiciales.

## 2. BREVES CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

*a) En orden a las comparecencias celebradas en el seno de la Subcomisión. Algunas ausencias que no se entienden.*

No se cuestionan las comparecencias celebradas cuyas personas son de sobrada competencia, imparcialidad y tino profesional, pero sí las ausencias. Tres ausencias llaman la atención: a) en el terreno universitario y concretamente en el ámbito del Derecho; b) en el de Sociedades Científicas; y c) en de la participación de corporaciones profesionales.

Por parte de profesores universitarios en Derecho han comparecido cinco profesores de Derecho Penal y dos de Derecho Civil. Ahora bien si tenemos en cuenta los debates, las propuestas o medidas que inciden en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, quizás hubiera sido oportuno contar con la opinión de dicho profesorado. Se podrá decir que los sindicatos han sido oídos, en este caso las representantes del CSIF<sup>11</sup>, CC.OO<sup>12</sup> y UGT<sup>13</sup>, pero es obvio que ello no suplente la visión de los especialistas en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social puedan tener y ofrecer.

Además también resulta llamativa la ausencia de asociaciones científicas del ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que contrasta con la presencia de otras<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Su comparecencia se llevó a cabo en la sesión número 12 de 23 de marzo de 2017 y cabe destacar que su intervención se centró en las medidas a tomar cuando las víctimas fueran funcionarias.

<sup>12</sup> Comparecencia llevada a cabo en la sesión número 13 de 28 de marzo de 2017, su intervención partió realizando una serie de observaciones sobre el problema de la violencia de género, de la necesidad de una concienciación colectiva de las mujeres y recomendaba dar una serie de pasos como: identificación de que hablamos cuando nos referimos a violencia de género; a la necesidad de actuar sobre el terreno de la educación de los menores y de los educadores y concluía con una serie de interrogantes acerca de las causas que contribuyen a que actualmente haya más casos de violencia.

<sup>13</sup> Su comparecencia se llevó a cabo en sesión número 17 de 19 de abril de 2017, su intervención se centró en abordar la cuestión de la violencia de género en el ámbito laboral desde dos aspectos distintos: a) la inserción laboral y derechos para las trabajadoras víctimas de violencia de género; y b) acoso laboral y acoso por razón de sexo, formulando una serie de propuestas tanto dirigidas a luchas contra la violencia de género como el acoso-violencia sexual en el trabajo, tales como: 1) Permiso o licencia retribuida por un período mínimo de 2 meses (similar a la excedencia de las funcionarias públicas por violencia de género); 2) Que legalmente se reconozca que las víctimas no sufrirán perjuicios laborales o económicos por bajas o ausencias que tengan por causa la violencia de género; 3) Adaptación de las medidas de fomento de empleo y formación a las víctimas, ya que tienen características específicas; 4) Revisión de las limitaciones al ejercicio de determinados derechos de las víctimas condicionados al interés de la empresa o la falta de concreción legal (reordenación del tiempo de trabajo y reducción de jornada); 5) Abordar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la normativa sobre prevención de riesgos laborales; 6) Campañas institucionales dirigidas a las organizaciones patronales y sindicales, a los trabajadores/as y a las empresas, a través de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género; 7) Reconocimiento para las víctimas de acoso sexual y acoso por razón de sexo, de derechos laborales similares a los de las víctimas de violencia de género; 8) Obligar a las empresas a implementar medidas de prevención y protocolos contra el acoso sexual o el acoso por razón de sexo, con procedimientos ágiles y simples; 9) Obligación de las empresas de informar a la representación legal de los trabajadores sobre las bonificaciones que reciben para contratar a trabajadoras víctimas de violencia de género; 10) Desarrollo de programas de prevención de la violencia de género; 11) Aprobación de una norma internacional en el seno de la OIT, apoyada por el Gobierno de España, que permita combatir la violencia contra las mujeres en el lugar de trabajo.

<sup>14</sup> Por ejemplo la Sociedad Española de Epidemiología.

La segunda ausencia que se advierte es la de determinados colectivos profesionales íntimamente ligados al ámbito de las relaciones laborales y de Seguridad Social. Han comparecido colegios profesionales como los de la Abogacía, Farmacéuticos, Psicólogos y Procuradores, o profesionales como criminólogos, médicos, enfermeros, etcétera, pero se han olvidado de profesionales como los Graduados Sociales que son los que atienden el día a día de las situaciones de acoso y violencia en sexual en el trabajo y los que tienen luego que articular las medidas laborales de ayuda a las víctimas de violencia de género.

Y finalmente, también se echa en falta la participación de las empresas que son las receptoras de algunas de las medidas que se proponen.

En definitiva si se debaten y se acuerdan medidas como: la normalización del trabajo sexual y derechos laborales y sociales para las prostitutas<sup>15</sup>; falta de impulso de medidas de fomento de empleo, penalización salarial de las mujeres víctimas de violencia de género<sup>16</sup>; la revisión de la normativa laboral y de la Seguridad Social para garantizar una mayor eficacia en la protección a las víctima de violencia de género, de acoso sexual y de acoso por razón de sexo<sup>17</sup>; se denuncian “los vínculos claros entre los índices de violencia sobre la mujer y la mayor brecha salarial entre hombres y mujeres, la desigualdad socio económica ...”<sup>18</sup>; “violencias corporales” en el ámbito laboral, cuando se exige a una mujer vestir de una forma determinada y se pide crear protocolos que permitan tratar situaciones en las que el agresor y su víctima comparten espacios (centro de trabajo, ...) <sup>19</sup>; se denuncia y se considera como atentado contra la violencia de género la maternidad subrogada o de cosificación de la mujer<sup>20</sup>; se discuten las bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social en la contratación<sup>21</sup>; se reclama inserción laboral y derechos para las trabajadoras víctimas de violencia de género<sup>22</sup>; ratificación Convenio OIT sobre empleadas de hogar<sup>23</sup>; movilidad laboral de víctimas funcionarias<sup>24</sup>; promoción de acceso de las mujeres del mundo rural al mercado laboral mediante un Plan de Empleo<sup>25</sup>; medidas normativas que permitan la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de percepción de la RAI, con cargo a la imposición general, con el fin de posibilitar el acceso a la pensión de jubilación de las mujeres que padecen esta violencia<sup>26</sup>, etc.; se entenderá fácilmente que la presencia en el debate y propuesta de estas medidas es necesario contar con los expertos universitarios procedentes del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (como se ha hecho con otras áreas jurídicas) y de sus

---

<sup>15</sup> Sesión 22, celebrada el 8 de mayo de 2017, comparecencia del portavoz del colectivo Hetaira.

<sup>16</sup> Sesión 24, celebrada el 17 de mayo de 2017, comparecencia del portavoz de la portavoz de CC.OO.

<sup>17</sup> Sesión 24, celebrada el 17 de mayo de 2017, comparecencia de la Delegada del Gobierno para la Violencia de Género.

<sup>18</sup> Sesión número 5, 23 de febrero de 2017, representante de la Sociedad Española de Epidemiología.

<sup>19</sup> Sesión 8, celebrada el 9 de marzo de 2017, comparecencia de la responsable de Derechos e Igualdad de Oportunidades del Consejo de la Juventud de España.

<sup>20</sup> Sesión 10, celebrada el 15 de marzo de 2017, Comparecencia de la Presidenta de la Asociación Clara Campoamor; Sesión 17, celebrada el 19 de abril de 2017, comparecencia de la Presidenta de la Comisión de Malos Tratos a Mujeres.

<sup>21</sup> Sesión 16, celebrada el 5 de abril de 2017, comparecencia de miembro de la Plataforma ImpactoDeGéneroYa.

<sup>22</sup> Sesión 17, celebrada el 19 de abril de 2017, comparecencia de la representante de UGT.

<sup>23</sup> Sesión 18, celebrada el 25 de abril de 2017, comparecencia de miembro de la Asamblea Feminista de Madrid,

<sup>24</sup> Sesión 18, celebrada el 25 de abril de 2017, comparecencia de miembro del Sindicato Unificado de Policía.

<sup>25</sup> Sesión 18, celebrada el 25 de abril de 2017, comparecencia de la Presidenta Estatal de la Federación de Asociaciones de Mujeres Rurales (FADEMUR).

<sup>26</sup> Voto particular debatido en la Comisión de Igualdad con el n.º 19 del Grupo Parlamentario Socialista.

asociaciones científicas; así como los profesionales de las relaciones laborales y recursos humanos como son los Graduados Sociales y por supuesto las empresas a las que se dirigen algunas de las medidas acordadas.

*b) En orden a las concretas medidas aprobadas*

Limitándonos a las medidas laborales y de Seguridad Social, cabría hacer las siguientes consideraciones:

**a) Sobre las medidas relativas a la sensibilización y prevención (52 y 53).** En principio las campañas institucionales contra la violencia de género en colaboración con organizaciones empresariales, sindicales y empresas son positivas pero pocas novedades aportan a lo que ya se lleva a cabo. Más interesante es la propuesta de crear o introducir un sello distintivo o identificativo de empresa con responsabilidad social corporativa respecto a la violencia de género y sensibilidad en el trato hacia las trabajadoras afectadas es interesante y se uniría al ya existente para empresas que han introducido criterios de responsabilidad social en su gestión<sup>27</sup>. En este caso la elaboración de los criterios que deberán de cumplir las empresas para la obtención del mismo será elaborado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género en colaboración con el Instituto de la Mujer. Distintivo que tendrá su valoración positiva en los pliegos de condiciones para la contratación pública, si bien eso podrá suponer que haya que modificar el art. 129 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos en el Sector Público, que no contempla la situación de violencia de género dentro de la obligación de manifestar por los licitadores que han tenido en cuenta en sus ofertas dichas situaciones.

**b) En el terreno de las medidas laborales relativas a la respuesta institucional a la situación de violencia de género (números 70 a 77).** Básicamente se dirigen a las funcionarias. En principio cabría señalar su escasa concreción y falta de eficacia directa, ya que van dirigidas:

-Difundir y dar a conocer el Protocolo de Movilidad entre funcionarias víctimas de violencia de género. Se trata en definitiva de recordar la previsión normativa recogida en el art. 82 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, cuyo procedimiento fue aprobado por Resolución de la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas, de 25 de noviembre de 2015. Incluyendo además en el Boletín Estadístico del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, los datos relativos a la utilización y efectividad de esta medida<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> En este aspecto recuérdese el art. 46 LO 3/2007, de 22 de marzo y también RD 1615/2009, de 26 de octubre, que regula concesión y utilización de distintivo de Igualdad en la Empresa. También podrían ser de interés la Norma para la evaluación de la gestión ética y socialmente responsable en las organizaciones Forética/SGE21; Estándar EFR-1000, de Empresa Familiarmente Responsable; y RS10 AENOR. Si se quiere conocer el enfoque que las CC. AA vienen realizando en la materia puede consultarse <http://www.empleo.gob.es/es/rse/ccaaayrse/index.htm>.

<sup>28</sup> Ver el IX Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2015, aprobado por el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer en reunión de 31 de mayo de 2017 en [http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/informes/IX\\_Informe2015\\_Capitulos.htm](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/informes/IX_Informe2015_Capitulos.htm)

-Instar a que se desarrollen reglamentariamente las Unidades de Igualdad en las diferentes Administraciones Públicas. Bueno en realidad más bien es un recordatorio para aquellas administraciones que no la tengan ya establecida y reglamentada.

-Interesar una implicación más activa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que el ejercicio del derecho a la movilidad o del disfrute de permisos o situaciones de baja laboral por parte de la víctima no lleve consigo un menoscabo en su promoción personal o suponga una pérdida de ingresos. Asegurando además el seguimiento de tales situaciones vía comunicación de la propia interesada, empresa o representación legal de los trabajadores identificados por ellos. Quizás esta última medida case mal con el derecho a la intimidad por parte de la trabajadora víctima y habría que contar con su consentimiento.

-Establecer con carácter preceptivo la inscripción registral o depósito de los planes de igualdad obligatorios para las empresas de más de 250 trabajadores. La LO 3/2007, arts. 45 a 49, no establece la obligatoriedad de depósito o registro alguno de los planes de igualdad, solamente se limita a fijar que empresas están obligadas, en qué consisten, cómo se elaboran, su contenido, la garantía de transparencia, etcétera, pero nada dispone acerca de tal depósito o registro, habrá que ver si resulta preciso o no la modificación de la LO 3/2007.

-También se pretende promover el uso voluntario y en la medida que sea factible del teletrabajo, en particular en el ámbito de la función pública. Lo cual no deja de ser un desiderátum.

-Otro deseo es la de que se establezcan con carácter obligatorio medidas y protocolos contra el acoso sexual o el acoso por razón de género en las empresas, abordando tal cuestión dentro de la normativa de prevención de riesgos laborales.

### **c) Medidas de perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas 127 a 129)**

Como es sabido, el Derecho de la Seguridad Social español ha sufrido unas modificaciones innovadoras en su ordenamiento en forma de excepciones a través de la adición de preceptos que establecen medidas especiales para el conjunto de mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género. Es una novedad tal circunstancia porque hasta el momento en el que fue vigente la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género nuestro derecho de la Seguridad Social y su sistema había permanecido neutral ante esta lacra social. Hecho igualmente impropio en el plano concreto de un derecho social fundamental por antonomasia reconocido constitucionalmente a todos los ciudadanos, ante toda situación de necesidad y mediante asistencia y prestaciones sociales suficientes: el derecho a la Seguridad Social.

De esta manera, se ha de resaltar y reiterar la absolutamente necesaria e imprescindible novedad introducida en el Derecho de la Seguridad Social por esta Ley, en su Título II, debido a su transversalidad. Ahora bien, teniendo como presupuesto que la mujer víctima de violencia de género era protegida sin especificidad alguna por el propio sistema de Seguridad Social por su actividad laboral o bien por su situación de necesidad sin alusión a su condición, la principal diferencia a partir de este momento es la inclusión de un conjunto de excepciones y medidas, a continuación detalladas, en orden a establecer una protección

social destinada exclusivamente a la mujer trabajadora víctima de violencia de género. Una protección que se encuentra estrechamente conectada con la protección por desempleo con la finalidad de proporcionar rentas sustitutivas a las salariales y flexibilizar las exigencias de la misma. Así, se pone de manifiesto, en consonancia con el ámbito laboral, el carácter imprescindible que posee la protección de las necesidades socioeconómicas como elemento nuclear de la pretendida protección integral ofrecida legalmente; y, por ende, del papel desempeñado por el trabajo y la protección correspondiente como elemento de integración y no exclusión sociolaboral. Todo ello fruto también de las diversas posibilidades laborales otorgadas como derechos y/o medidas de protección ya analizadas en el apartado anterior<sup>29</sup>.

Pues bien: tres medidas se proponen dentro de este apartado en el Pacto. La **primera** es la de estudiar el actual sistema de ayudas de la Renta Activa de Inserción y la recogida en el artículo 27 de la LO 1/2004 para mejorar la situación de las mujeres víctimas sin empleo, y evaluar su sustitución por un subsidio de desempleo de seis meses de duración, que se ampliará por períodos semestrales prorrogables, siempre que las personas beneficiarias continúen cumpliendo los requisitos para continuar percibiéndolo. Ayudas que se financiaran con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En la actualidad en la protección a las víctimas de violencia de género las prestaciones económicas (relacionadas directamente con la medida que se nos anuncia), son las siguientes:

### **2.1. Vinculadas con la protección al desempleo**

Cuando nos encontramos ante una víctima de violencia de género tenemos que distinguir si nos encontramos ante una trabajadora en activo o no.

#### *a) Nivel contributivo o asistencial*

En el primer caso la víctima podrá solicitar la suspensión temporal de su relación laboral con reserva del puesto de trabajo o su extinción definitiva. Bastará acompañar con la solicitud en la empresa en la empresa una orden de protección judicial o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que estás siendo objeto de violencia de género. Tanto la suspensión como la extinción se considerarán situación de desempleo involuntario, lo que le permitirá solicitar y cobrar la prestación contributiva o subsidio asistencial por insuficiencia de cotización, siempre que reúna el resto de requisitos exigidos con carácter general. Si se opta por la suspensión, se percibirá la prestación por desempleo por un período de 6 meses pudiendo prorrogarlo por períodos de 3 meses hasta alcanzar los 18 siempre que la autoridad judicial acredite la necesidad de mantener la suspensión para garantizar su protección y seguridad. Si posteriormente se solicita la extinción definitiva de la relación laboral por el mismo motivo o por finalizar la relación laboral por cualquier otra causa ajena a tu voluntad, este periodo de suspensión se considerará de ocupación cotizada para el reconocimiento de un nuevo derecho (también se considera computable a efectos de prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad)

---

<sup>29</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., págs. 142 y sigs., y la amplia bibliografía allí citada.

en el que no se tendrá en cuenta lo percibido en la prestación anterior y en el reconocimiento de la prestación (cuantía, duración, etc.) se estará a las reglas generales.

### *b) RAI*

En el caso de que esté desempleada podrá solicitar la Renta Activa de Inserción, debiendo para ello de reunir los requisitos siguientes: 1) acreditar la condición de víctima; b) estar desempleada e inscrita como demandante de empleo, mantener dicha inscripción durante todo el período de percepción de la prestación y suscribir el compromiso de actividad; c) ser menor de 65 años; d) no convivir con el agresor; e) no tener ingresos mensuales propios superiores al 75 % del salario mínimo interprofesional (SMI), excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias; y f) no haber sido beneficiario de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores.

La RAI se concede con carácter general durante 11 meses como máximo y se cobra con efectos del día siguiente a la solicitud, siendo su cuantía mensual el 80 % del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). También cabe obtener otras ayudas suplementarias para el caso de cambio de residencia de la víctima.

## **2.2. Vinculadas con la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y desarrolladas por el RD 1452/2005**

Se trata de una ayuda económica para mujeres víctimas de violencia de género, que reúnan los siguientes requisitos: 1) Carecer de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75% el SMI vigente excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias; y 2) Tener especiales dificultades para obtener un empleo, dada su edad, falta de preparación general o especializada o por sus circunstancias sociales, lo que se acredita mediante informe emitido por el Servicio Público de Empleo correspondiente. Consiste la misma en una prestación de pago único equivalente al de seis mensualidades del subsidio por desempleo, si bien si la víctima tiene responsabilidades familiares o también en caso de convivencia con familia discapacitado el subsidio podrá alcanzar los 24 meses. Esta ayuda es compatible con el percibo de pensión de invalidez o jubilación no contributiva y no se considera renta computable a efecto del percibo de estas. Sin embargo, no es compatible con el percibo simultáneo de la RAI.

La medida parece que se orienta a que la protección que hoy se dispensa vía RAI y ayuda económica a mujeres víctimas de violencia de género, se reconduzca a una nueva modalidad de subsidio de desempleo lo cual conllevaría necesariamente a la reforma del régimen jurídico actual del nivel asistencial (arts. 274 y ss.) incluyendo la situación expresa de haber sido víctima de violencia de género, exonerando a estas de la vinculación previa con el sistema como ocurre con otros colectivos beneficiarios ya que si no la desprotección seguiría persistiendo en algunos supuestos.

Esta propuesta de estudio quizás parte de las denuncia formuladas por algunos comparecientes<sup>30</sup> en las que se discrepa de que las mayorías de las ayudas se canalizan a

---

<sup>30</sup> Por ejemplo en la sesión 7, celebrada el 7 marzo de 2017, comparecencia de la Directora de la Fundación Mujeres; y sesión 24, celebrada el 17 de mayo de 2017, comparecencia de la representante de CC.OO:

través de la RAI, asociadas a procesos de reinserción social...” si bien “en muchos casos la víctima no está en condiciones de ser reinsertada laboralmente...”; o bien una genérica crítica “el escaso acceso a las ayudas económicas (art 27 Ley) (679 en 2015 y 33.566 RAI)” o a su insuficiencia<sup>31</sup>. En realidad, se trata de denuncias vagas y no razonadas. El que haya – por ejemplo– tanta diferencia en las solicitudes entre una u otra ayuda está en que puede resultar más interesante recibir una que otra y que el disfrute simultáneo es incompatible, pero nada evitar el percibo sucesivo.

La **segunda** medida no es otra cosa que otro desiderátum de potenciar el plan de inserción socio-laboral normado por el RD 1917/2008, de 21 de diciembre, para que se desarrollen extensivamente las medidas allí existentes, sin concretar más, y por otro lado que se contemplen medidas de adaptación a las necesidades individuales de las víctimas conectándolas con las ayudas allí existentes y simplificando las condiciones en el acceso a las ellas.

La **tercera** medida es una medida de discriminación positiva como la de promover cuotas de reserva en los contratos programa en el ámbito de las administraciones públicas para las mujeres víctimas de violencia de género, también sin concretar. Es una medida interesante y que habrá, si se quiere materializar incorpora al art. 129 de la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este apartado de medidas de perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas se cierra con una propuesta, poco concreta pero interesante, como es (medida 139) la de “hacer extensivos los apoyos psicosociales y derechos laborales, las prestaciones de seguridad social...” a quienes hayan padecido violencia vicaria o por “interposita persona”, es decir a cuando las víctimas directas del maltrato son los hijos, como violencia dirigida hacia ellas.

#### **d) Intensificar la asistencia y la protección de los menores (medidas 141 y 142)**

Ambas medidas van dirigidas a extender la protección de la Seguridad Social a los huérfanos de madre víctima de violencia de género.

La medida 141 contiene dos propuestas. La primera va dirigida a considerar la muerte a causa de violencia de género como situación asimilada al alta y la segunda actúa sobre el porcentaje de la pensión de orfandad a reconocer.

La propuesta no es ninguna novedad, ya ha sido objeto de tratamiento recientemente en dos Propositiones de Ley, la número 122/000079, de mejora de la pensión de orfandad de hijas e hijos víctimas de violencia de género presentada por el Grupo Socialista, y otra por la 622/000006, de modificación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, a nuestro comentario editorial del número 12 de esta revista nos remitimos. La segunda medida la relativa al porcentaje a reconocer es un poco confusa ya que en su exigencia mezcla elementos contributivos con

---

<sup>31</sup> Sesión 18, celebrada el 25 de abril de 2017, comparecencia de la Vicepresidenta Segunda del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres (CAPM):

asistenciales de la protección y puede entrar en extraña colisión con la medida de considerar la violencia genero como situación asimilada al alta. Debe recordarse que acceder hoy en día a la pensión de orfandad (que no se olvide es una prestación del nivel contributivo) es bastante sencillo ya que únicamente se exige que el causante se encuentre afiliado y en alta o situación asimilada, no se exige período mínimo de cotización alguno. Para el caso el caso de que al momento de la muerte la causante no estuviera en situación de alta o asimilada a ella es cuando se requiere un período mínimo de cotización de quince años. Por su parte el porcentaje de la pensión de orfandad es con carácter general del 20% que se puede ver incrementado con el 52% (el que correspondería por pensión de viudedad) en los supuestos de violencia de género ya que el agresor no podrá ser beneficiario. Por tanto, el huérfano (caso de que solamente haya uno) percibirá el 72% de la base reguladora, sin condicionamientos económicos algunos. Interesar ahora que el huérfano, si la madre cumple el período de cotización, perciba el 70% no tiene mucho sentido, ya que deja sin explicar muchas cosas, entre otras ¿a qué periodo de cotización se refiere? ¿Al de quince años? Y por otro lado, hacerlo depender del umbral de ingresos de la unidad familiar de convivencia supondrá ¿que deba de computarse los del agresor? Salvo que se esté pensando en situaciones de laboratorio, que no se explican, parece que la situación que se busca pueda estar ya normada.

A la medida 142 consiste en *“Establecer mecanismos que aseguren que las pensiones de orfandad que puedan corresponder a los hijos e hijas de víctimas de violencia de genero, con el incremento previsto en la Disposición Adicional Primera de la LO 1/2004, puedan ser disponibles de forma inmediata con las oportunas garantías para abonar los gastos a que deban hacer frente, sin perjuicio de lo que dispongan con posterioridad las resoluciones judiciales”*, también podría hacerse similar observación que a la anterior. La pensión de orfandad en su cuantía básica de forma inmediata y la parte que pudiera corresponder al incremento también cabría tal posibilidad a tenor de las previsiones contenidas en el art. 232 de la LGSS.

### **3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL DE CONJUNTO**

Pero cabría interrogarse sobre si estas medidas permiten superar las insuficiencias y deficiencias de nuestro sistema de garantías frente a la violencia de género. No cabe desconocer el avance innegable que suponen las nuevas medidas, pero también habrá que relativizar su modesto alcance y su carácter insuficiente para el abordaje integral de toda la problemática que ofrece la violencia de género en un contexto de expansión donde el fenómeno social de mujer víctima de violencia de género adquiere contornos visiblemente dramáticos. En todo caso, hay que partir de que la violencia de género contra la mujer con todas las dimensiones que implica es una realidad social presente en la sociedad española del siglo XXI, de manera que la lucha para atajar la misma no se ha producido de una forma sistemática, unida y coherente hasta hace pocos años. Ha exigido un proceso gradual de institucionalización de un modelo definido de protección pública de la mujer ante las situaciones multívocas de violencia de género. Una lucha en la que se parte principalmente de una criticable dimensión reactiva: se articulan medidas, derechos y excepciones para la mujer que sufre episodios de esta violencia una vez que ya se han producido. Sin embargo, la dimensión preventiva queda en un segundo plano en comparación con la anterior, hecho que también trae causa en las propias mujeres y la ocultación de actitudes propias de esta violencia, con lo que a día de hoy el desenmascaramiento y denuncia pública de esta lacra

social no es total, más que nada también por los propios efectos de la misma sobre la mujer: creación de debilidad, aislamiento, dependencia, miedo y lesiones psíquicas y físicas. Frente a ello se ha articulado en la última década un modelo propio, auténtico y genuino de protección social no sólo, a nivel general, frente a la propia violencia de género, sino también y a nivel particular, a favor de la mujer víctima de la misma. Todo ello enmarcado en un Estado Social y Democrático de Derecho, haciéndose valer los significados propios *stricto sensu* de estas adjetivaciones<sup>32</sup>.

Por el primero se pretende hacer real una justicia social que desemboque en una ciudadanía social que tienda nítidamente a la plasmación de una igualdad entre todas las personas componedoras de la sociedad –hombres y mujeres–, para lo que tanto el principio y derecho de y a la igualdad sustancial y no sólo formal –ya reconocido en el siglo pasado– es fundamental, trascendental y clave. A través de las implicaciones que llevan éstos es como realmente se debe de combatir y se está luchando contra las propias raíces y concepciones inherentes al género suponedoras de situaciones de desigualdad, discriminación y subordinación de la mujer con respecto al hombre.

Por el segundo, la totalidad de la sociedad ha de ser consciente de que la violencia hacia la mujer fundada en motivos de género no va a ser meramente un problema de su intimidad sino una agresión contra todos y cada uno de los ciudadanos. La violencia de género va a ser un delito individual, por una parte, lesionador de bienes jurídicos individuales y, por otra, vulnerador de derechos fundamentales: el derecho a la vida, a la integridad física y la propia libertad. Sin embargo, y más importante aún, es que se va a estar ante un conjunto de actitudes y comportamientos transgresores del orden democrático social colectivo. Ante ello, es el mismo orden, la actuación de los poderes públicos y las actitudes y acciones de los restantes miembros que lo conformen, indistintamente a su sexo, el que se antoja de gran importancia.

Finalmente, por el tercero, van a ser las propias leyes y disposiciones normativas creadas y puestas en marcha específicamente al efecto las que han constituido la herramienta jurídica desde la que proceder a brindar una protección social a la mujer víctima de violencia de género, con lo que se ha recalcado y manifestado –en clara consonancia con lo hasta ahora expuesto– la función social básica del propio derecho. En este sentido han sido claves, como ya se ha analizado, tanto la fundamental Ley Orgánica 1/2004 como la 3/2007.

En ellas, de forma coordinada y complementaria –pese a su diferencia en el tiempo respecto a su promulgación y puesta en marcha– se ha articulado un sistema de protección social que se ha ido incluyendo mediante reformas de mayor o menor calado e importancia en distintas leyes y disposiciones de diferentes ramas del ordenamiento jurídico en base al principio importantísimo de transversalidad –clásico ya del moderno derecho antidiscriminatorio–. Un modelo que se ha articulado en base a dos concepciones y/o adjetivaciones claves en el conjunto: carácter integral y efectividad.

La experiencia ha demostrado que ambas son esenciales en la instrumentación de una protección efectiva, porque, de un lado, se intenta una protección inclusiva de todos los

---

<sup>32</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., págs. 179 y sigs.

aspectos de la vida social de la mujer víctima de violencia de género –entre el que se encuentra el laboral– y, de otro, hacer plenamente real y efectiva la misma con medidas y acciones positivas claramente tendentes a reequilibrar una situación de desigualdad y de discriminación fundamentada en el género y sus implicaciones socioculturales. Pero es que además, para ello, adquiere igualmente un papel primordial la concepción multinivel de éstas, pues no sólo las acciones que le son propias se deben de aplicar a un nivel horizontal –distintas ramas del ordenamiento jurídico– sino también a un nivel vertical –por los distintos niveles de descentralización política y legislativa españoles, con lo que la legislación autonómica al respecto va a ser de especial consideración por presentarse más cercana aún al ciudadano–.

La creación y puesta en marcha de este modelo ha sido gracias a la acción de las dos Leyes advertidas anteriormente en consonancia con los genéricos mandatos constitucionales, que sin duda alguna, han pretendido la vigencia de este modelo del modo más adecuado a su finalidad, para lo que han procedido en torno a los conceptos, principios y derechos de igualdad y no discriminación a la introducción de reformas, nuevos preceptos e incluso innovadores apartados dentro de los mismos. En este sentido, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se ha visto afectado por las mismas, lo que en unos casos ha supuesto la dotación de un mayor carácter social protector a esta rama y en otros casos la técnica no ha sido la más adecuada por la defectuosa ubicación o la no aclaración de términos y condiciones, teniendo que acudir necesariamente a interpretaciones sistemáticas de conjunto. Todo ello articulado desde la concepción del trabajo como un elemento clave de integración social, concerniéndole así un papel destacado a todo el conjunto de derechos sociales subjetivos de la mujer trabajadora víctima de violencia de género, las medidas especiales destinadas a ellas y las excepciones de las que pueden gozar. Un conjunto de posibilidades de acciones de especial importancia puesto que aporta una dimensión esencial para la protección de la violencia de género y de los efectos de esta en el lugar de trabajo y, lo que es más importante, se constituyen en un instrumento de lucha contra la exclusión no sólo laboral, sino también social.

Para tratar de paliar las posibles disfuncionalidades e insuficiencias que pudieran acontecer no sólo ya para la protección social conectada directamente al ordenamiento jurídico laboral, sino también para el conjunto de las dimensiones y aspectos implicadas en la misma, sería necesario que en sucesivas reformas en el tiempo venidero –esperemos que más pronto que tarde– se adoptase una perspectiva diferente y más ambiciosa aún si cabe para un adecuado tratamiento político, jurídico y legal de la violencia de género. En este sentido, es donde se propondría la revisión de todo el conjunto de esta legislación y política social desde una óptica antropológica-jurídica de género. Es decir, concebir al ordenamiento jurídico –y en concreto el laboral en nuestro caso– como la parte que se debe de plegar, adaptar y condicionar a la situación concreta que presente la persona: en este supuesto la mujer víctima de violencia de género. Así es como se debería de convertir la condición personal en canon y medida de adaptación del ordenamiento jurídico, y no a viceversa como ocurre actualmente. Por tanto, va a ser la propia persona, en su condición de mujer víctima de violencia de género, la que exija un adecuado cambio del ordenamiento jurídico.

Solo de esta manera, la legislación y política de igualdad de género y no discriminación, así como la normativa laboral, sería capaz de tomar en consideración de una forma certera la situación real de discriminación en la que se pueden ver involucradas las

mujeres víctimas de violencia de género, lo que atenta y es contrario al pleno goce y disfrute de unos derechos sociales fundamentales generales y de carácter laboral que se hacen imprescindibles no sólo para el colectivo de las mujeres, sino también específicamente para las mismas víctimas de violencia de género, por la importancia que tiene para ellas la ciudadanía social como medio y fin para conseguir su total protección, integración e inclusión en el seno de una sociedad que venga definida y caracterizada por ésta, como es la nuestra, en la que el trabajo adquiere y posee un rol central. Desde aquí, teniendo como referencia esta perspectiva propuesta y el paradigma del Derecho Social, es desde donde se ha de acometer una reforma en la política y legislación del nuevo Derecho Antidiscriminatorio para hacerla plenamente efectiva y real, acercando al máximo la realidad, la política del derecho, al derecho mismo, para que éste posea todo su esplendor como fundamento, base y pilar del orden de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna ni por la condición sexual personal ni por motivos de género en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales.

Y tampoco es baladí subrayar, como se hace en el Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para un Pacto de Estado en materia de violencia de género, a saber: la necesidad urgente de establecer un consenso institucional, político y social contra la violencia de género. El Pacto contra la violencia de género, un compromiso de toda la sociedad. La eliminación de la violencia contra las mujeres es un reto de toda la sociedad. Una tarea conjunta, que requiere una actuación unitaria y la máxima coordinación, colaboración y cooperación, siempre desde el respeto al régimen de distribución competencial, en las acciones que se desarrollan. (pp. 232 ss.). El garantismo jurídico exige un modelo de regulación adecuado, eficiente, de carácter integral y transversal y de carácter preventivo y –llegado el caso– reparador, pero también requiere –como condición de eficacia real– que todos los actores públicos y privados se involucren –se comprometan en el sentido más amplio del término– en la lucha contra la violencia de género a través de su puesta en práctica.



Estudios  
Doctrinales

LABORUM



## La prescripción y dispensación de medicamentos en la doctrina del Tribunal Constitucional: algo más que una cuestión competencial

### Prescription and distribution of medication in Constitutional Court doctrine: not just a matter of competence

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

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

GUILLERMO DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ

DOCTORANDO EN EL PROGRAMA “INVESTIGACIÓN APLICADA A LAS CIENCIAS SANITARIAS”  
UNIVERSIDAD DE LEÓN

#### Resumen

El ensayo pretende un doble objetivo: de un lado, glosar la doctrina constitucional sobre prescripción y dispensación de medicamentos a partir de la “guerra” abierta de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en la materia; de otro, y a su calor, volver sobre el debate inacabado respecto a la relación entre asistencia sanitaria y Seguridad Social, así como reflexionar sobre posibles quiebras al principio de igualdad efectiva en el acceso a la prestación farmacéutica dentro de un modelo legal con numerosos desafíos pendientes.

#### Abstract

This paper has two aims: on the one hand, to summarize the constitutional doctrine on prescription and distribution of medication due to the “war” of competencies between the State and the Autonomous Communities in this area; in the other hand, and taking advantage of the occasion, to rethink the unfinished debate on the relationship between health care and Social Security, and to reflect on possible failures of the effective equality in access to pharmaceutical benefit within a legal model with many challenges to solve.

#### Palabras clave

Doctrina constitucional; competencias Estado/Comunidades Autónomas; igualdad efectiva; Seguridad Social/Sistema Nacional de Salud; prestación y dispensación de medicamentos

#### Keywords

Constitutional doctrine; competencies State/Autonomous Communities; effective equality; Social Security/National Health System; pharmaceutical benefit and distribution

## 1. INTRODUCCIÓN

La editorial de una prestigiosa revista nacional se hacía eco, en fechas relativamente recientes, del aval otorgado por el Tribunal Constitucional al criterio del legislador nacional ordenado a poner coto a la extensión de la prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares concedida por algunas Comunidades Autónomas. Lamentaba “la flexibilidad inmensa con la que se interpreta una competencia estatal en perjuicio de las potestades ejecutivas y de las capacidades políticas de las CC.AA.”, así como, “más allá de la distribución competencial, [estimaba que, con tal decisión, concedía aval a] la voluntad legal de impedir que estas puedan reconocer como personas beneficiarias de las prestaciones de

asistencia sanitaria a otros colectivos o individuos. Sólo podrán recibirla, en su modalidad ordinaria, aquellos sujetos que la Administración central decida, ni uno más”.

Compartiendo plenamente tal queja, y cuantos argumentos allí se esgrimían, no dejaba de sorprender que, acto seguido, hiciera idéntica valoración del quehacer del Tribunal Constitucional respecto a cuanto calificaba como “regulación extensiva y exhaustiva acerca de la prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud”, *ex arts. 87 y 89 RD-Leg. 1/2015, de 24 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos*. Consideraba, literalmente, que “los comentarios deben ser parecidos, aunque algo más tenues, porque ciertamente los títulos competenciales del art 149 [CE] pueden abrigar con más adecuación una normativa de este tipo. No por casualidad, a este respecto los votos particulares han omitido toda discrepancia. Ahora bien, la menor disconformidad jurídica es compatible con un grado algo mayor de crítica de política del derecho. Pues tampoco sería disconforme con el artículo 149 una normativa estatal más contenida, que diera algo más de espacio a la iniciativa autonómica. De nuevo, la coordinación se entiende desde el poder central como la capacidad de embridar la actuación de las Comunidades Autónomas. Es verdad que a estas les cabría actuar mediante la cartera complementaria de servicios a la que se refiere el art. 8 *quinquies* de la Ley 16/2003, con cargo a sus propios presupuestos. Pero se trata de un camino inseguro, siempre expuesto a una impugnación desde el ámbito estatal”<sup>1</sup>.

El elemento de sorpresa venía dado por el hecho de no tener constancia respecto a tal línea de actuación del Tribunal Constitucional; antes bien, conservar justo la idea contraria. La línea de investigación culminada con la defensa de una tesis doctoral de referencia sobre la materia en la Universidad de León<sup>2</sup>, ha mantenido abierto el interés del equipo de iuslaboralistas de cual surgió respecto a su evolución a lo largo del tiempo y, dado los términos tan firmes bajo los cuales aparecía la afirmación, preciso era su contraste con aquella impresión que ahora se ofrece al lector, la cual desde luego centra su atención en la distribución de competencias sobre este aspecto de la prestación farmacéutica en la doctrina constitucional, pero pretende ir un poco más allá, tanto para reabrir el debate nunca cerrado acerca de la ubicación de la asistencia sanitaria, como respecto a las repercusiones sobre el principio de igualdad y el mayor o menor acierto en la convulsa evolución legal en torno a la selección, prescripción y distribución de medicamentos en tanto contenido concreto de aquella prestación.

## **2. BREVE SEMBLANZA SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA**

Aluvional o progresiva, como es natural, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prescripción y dispensación de medicamentos gira siempre alrededor de la competencia estatal o de las Comunidades Autónomas en su regulación, presentando cuatro hitos destacados.

<sup>1</sup> EDITORIAL, *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, pág. 12.

<sup>2</sup> QUIROS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

## 2.1. La ubicación en el marco competencial de "sanidad" y el criterio de nivel mínimo homogéneo susceptible de mejora en la STC 98/2004, de 25 de mayo

Dos son las aportaciones más notables de este pronunciamiento, en el cual se elucida la posibilidad de que una Comunidad Autónoma (Canarias) fije precios de referencia y pueda financiar especialidades que excedan de dichos precios: el primero, llamado a permanecer en el tiempo; el segundo –conforme se verá–, prontamente olvidado.

De este modo, sienta doctrina cuando rechaza uno por uno los títulos competenciales invocados por el Abogado del Estado, negando que la prescripción y dispensación de medicamentos sea una condición limitativa para el ejercicio del derecho a la salud (art. 194.1.1 CE), que su desarrollo normativo integre la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE) o que forme parte del régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE).

1.- Por cuanto al primero hace, le basta con el argumento formal (en ulterior pronunciamiento recordará el material, que ya había llegado a igual parecer con antelación<sup>3</sup>) dado por el hecho de “no haber enunciado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados (...) [motivo con el cual] carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad”.

Tal será, sin embargo, el principal elemento de discrepancia de uno de los dos votos particulares frente al criterio mayoritario, para el cual “la fijación de los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas en orden a la financiación pública no es solo el mínimo común denominador exigible en todo el territorio español, sino una condición básica para todos los ciudadanos en el ejercicio de un derecho constitucional como el derecho a la protección de la salud”, bajo el riesgo de que el Estado Social de Derecho pierda el primero de los adjetivos y conserve solo el segundo, al perder las notas en virtud de las cuales “la Ley se colorea, se tiñe, en su contenido con exigencias éticas y de justicia”<sup>4</sup>.

B.- En lo que afecta al título competencial dado por la legislación de productos farmacéuticos (olvidando otra vez un precedente casi inmediato<sup>5</sup>), define nítidamente, y por primera vez, su ámbito, ceñido a “ese conjunto de normas que tienen por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto ‘sustancias’ cuya fabricación y comercialización está sometida –a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia– al control de los poderes públicos en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen”.

<sup>3</sup> Lo hará, en esta materia, en la STC 211/2014, de 18 de diciembre, recordando cuanto ya había establecido en la STC 109/2003, de 5 de junio.

<sup>4</sup> Firmado por el Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, y al cual muestra su adhesión el Magistrado GARCÍA-CALVO Y MONTIEL.

<sup>5</sup> Conforme recuerda el Letrado de la Xunta de Galicia en la STC 211/2014, de 18 de julio, ya decidió este marco de referencia para incluir la normativa sobre actividad productiva de medicamentos o reglas de dispensación capaces de afectar a las garantías de salubridad.

C.- En fin, rechaza por último que afecte al régimen económico de la Seguridad Social, “pues, en tanto el precepto impugnado se refiere a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionados por el Sistema Nacional de Salud, nuestro control de constitucionalidad determina que el marco conceptual y competencial específico aplicable aquí sea ‘sanidad’ (art. 149.16 CE) y no el de la ‘Seguridad Social’ (art. 149.1.17 CE)”.

Recuerda, a tal fin, el objeto [establecer un marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias –art. 1 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS)–] y finalidad del Sistema Nacional de Salud (a través de dos extensos párrafos, con posterioridad repetidos en toda su extensión), en particular la situada en proporcionar una serie de prestaciones de atención sanitaria, dentro de las cuales se encuentra la farmacéutica (art. 7), poniendo de relieve cómo todas ellas son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas (art. 19.1 y 2).

No puede ignorar, empero, “la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y profesional)”. Sin perjuicio de ello, quien proporciona tres razones condensadas para rechazar tal marco competencial:

- “No se circunscribe a la asistencia que es dispensada por el sistema de Seguridad Social en favor de los beneficiarios que se encuentran en su campo de aplicación, sino más ampliamente, a la financiación de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universal a todos los ciudadanos”.
- “La descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuadas por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas”.
- La norma impugnada “no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de ‘caja única’ por el que se rige [, por cuanto] la reseñada opción de descentralización se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que ha abandonado la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social y se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica”.

A partir de tal operación de descarte, y precisamente por cuanto afirma para excluir la cuestión de la Seguridad Social, considera su ubicación en la referencia a “sanidad” (entendiendo por tal la “interior”, pues la “exterior” es competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.16 CE). A tal efecto retoma su reiterado criterio para fijar la frontera respecto a cuanto procede entender por “bases” (atribuidas al Estado, pero ceñidas a “lo esencial, lo nuclear o lo imprescindible en una materia en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas”) y por “coordinación general” (integración “de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones”), consciente de que ni aquellas, ni esta, “deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia”.

Tras afirmar que la financiación pública del medicamento a través del modelo de precios de referencia o sistema equivalente es un aspecto esencial o nuclear de la prestación farmacéutica, en tanto “presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado” (a partir del cual “se garantiza una uniformidad mínima en los ciudadanos de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud”), ha lugar al segundo de los contenidos capitales del pronunciamiento. Acudiendo a una cuestionable interpretación de la norma conforme a la Constitución<sup>6</sup>, y después de afirmar cómo, “asegurado así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando con ello no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad”, aplica tal criterio al precepto analizado, derivando de tal operación hermenéutica su ajuste a Derecho, por cuanto cabe entender que habilita para fijar precios de referencia al Gobierno canario, pero siempre respetando los mínimos establecidos por la norma básica estatal y mejorándolos para los destinatarios.

Este es el aspecto más contestado en el primero de los votos particulares (aun cuando su filosofía también late en el segundo), pues arranca del difícil anclaje de tales postulados con cuanto dispone el art. 23 LCCSNS (acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad “efectiva”), sopesando cómo la “uniformidad mínima que admite mejora” supone una concepción incorrecta de lo básico, “que se sustenta sobre un deslizamiento conceptual de la idea metafórica del mínimo común denominador, que es la propia idea de base, hacia una visión cuantitativa de lo mínimo en el sentido de la contraposición norma mínima y norma de mejora (...). Lo básico tiene una propia identidad no cuantificable; es un elemento común, no susceptible de mejora, sino que tiene que ser reconocible como tal en su propia dimensión (...) [Resulta] inaplicablemente manipulativo hablar de igualdad básica y prestación mejorada. Eso (...) no es igualdad. La exigencia de igualdad en este caso cubre la totalidad de la prestación posible y, no solo un determinado contenido o nivel de este (...) [Procederá considerar opuesta a la igualdad, por tanto, la] introducción en ella de factores cuantitativos o de nivel, hasta el extremo de desembocar en la paradigmática idea de la existencia de sujetos más iguales que otros”.

---

<sup>6</sup> Duramente criticada en ambos votos particulares. El primero (firmado por el Magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS, al cual se adhieren los Magistrados JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DELGADO BARRIO) alude a una “manipulación voluntarista” del precepto de la Ley, sustentada en un “mero factor manipulativo”, pues el Tribunal indica lo contrario de la lectura de la norma que, si cuanto “alienta es frenar el gasto (su Preámbulo establece que pretende ‘realizar un importante esfuerzo de disciplina económica’), resulta casi paradójico que pueda interpretarse en el sentido más bien contrario a aquel propósito de mejorar el mínimo estatal, lo que supone en el nivel de mejora una ampliación del gasto”. El segundo (ya citado de los Magistrados RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ y GARCÍA-CALVO Y MONTIEL) es aún más tajante: “la interpretación conforme a la Constitución no es una arreglatodo, que consiente corregir cualquier vicio de inconstitucionalidad de una Ley”, y al mismo “no cabe acudir cuando se ve afectada la seguridad jurídica o contraria al propio espíritu de Ley”.

## 2.2. La posibilidad de “normalizar” el mínimo estatal a nivel autonómico mediante un catálogo prioritario con selección del principio activo en las SSCT 211/2014, de 18 de diciembre, y 6/2015, de 21 de enero

El pronunciamiento llamado a abrir una nueva etapa (al cual acompaña un segundo, destinado a resolver el subsiguiente conflicto positivo de competencia sobre el mismo asunto, que verdaderamente merece ser considerado como un “clon miniaturizado”<sup>7</sup>), mantiene todos y cada uno de los argumentos expuestos para desechar cualquier otro título competencial distinto a las bases y coordinación general en materia de sanidad. Aquí el tribunal sí recuerda el criterio “material” para desechar la invocación del art. 141.1.1 CE (pues, “dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia queda absorbida por la que corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido”<sup>8</sup>), aquilatando con mayor precisión ya no solo cuanto procede entender por “bases”, sino también por “coordinación general de la sanidad”; operación de la cual procederá seguir que: a) si bien “constituye un reforzamiento o complemento de las bases, es una competencia distinta a la de [su] fijación”; b) “presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades (...) que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar (...) sin dejarlas vacías de contenido”; y c) “en consecuencia, debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas en relación que haga posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario”.

Lo singular del supuesto en presencia es que en ya no se discute –ni siquiera por el Abogado del Estado, dándolo por hecho<sup>9</sup>– si, a partir de la uniformidad mínima estatal, es factible su mejora a nivel autonómico, sino –por mantener una escrupulosa neutralidad en el discurso– si también cabe cuanto cabría calificar como una “racionalización” de ese mínimo, pues lo que contempla la norma de la Comunidad de Galicia debatida, es la creación de un catálogo propio, “priorizado” o selectivo de los medicamentos incorporados al nomenclátor estatal, de manera tal que, una vez identificado el principio activo, figure siempre el de menor precio, llamado a ser el que el médico prescriba como regla y el que el farmacéutico dispense, salvo necesidad de sustitución dentro de un conjunto de intercambio.

A la hora de resolver si la decisión del legislador gallego vulnera o no las bases y coordinación general de la sanidad atribuida al Estado, el Tribunal, en otra especie de implícita interpretación conforme, y ciertamente sin demasiado sistema (pocas veces acusaciones tan duras como las vertidas en el voto particular<sup>10</sup>), avala la constitucionalidad

<sup>7</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de prestaciones farmacéuticas, en tiempo de crisis: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2015, de 22 de enero”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2016, pág. 43.

<sup>8</sup> Bajo tal literal, SSTC 104/2003, de 5 de junio y 136/2012, de 19 de junio.

<sup>9</sup> En idéntica línea habían avanzado, sobre cuanto estableciera la STC 98/2004, las SSTC 136/2012, de 19 de junio y 71/2014, de 6 de mayo.

<sup>10</sup> Destacando la falta de “adecuado planteamiento del problema de constitucionalidad, lo que influye en el canon de enjuiciamiento que se construye, además, a espaldas de la doctrina constitucional directamente aplicable al caso”, llevando a cabo “implícitamente una suerte de juicio de inconstitucionalidad mediata o indirecta que, (...)

de la norma cuestionada fijando su atención en cómo, si bien en el momento de su aprobación “podía razonablemente sostenerse que determinaba una restricción en esa Comunidad Autónoma del catálogo general de prestaciones sanitarias en su modalidad de prestación farmacéutica (...), puesto que entonces la prescripción por principio activo no respondía a una obligación legal, en la actualidad, sea porque se decida en el acto de prescripción o en el dispensación, el destinatario de la prescripción acaba recibiendo el mismo medicamento”.

El tránsito de una norma trufada de optimismo en su origen, como la Ley 29/2006, a su evolución en plena crisis (observando el juzgador, *incidenter tantum*, que este catálogo priorizado va a representar “un importante ahorro en el presupuesto destinado por la Comunidad Autónoma de Galicia a satisfacer los gastos causados por la prestación farmacéutica”), le sirve para afirmar cómo “las reformas que han tenido lugar en los últimos años en materia de prescripción y dispensación de productos farmacéuticos han acercado el sistema estatal al previsto en la Ley gallega impugnada, de tal manera que, en la actualidad, ni el sistema gallego ni el sistema nacional garantizan que todos los medicamentos que están incluidos en el nomenclátor oficial van a ser financiados por el Sistema Nacional de Salud, sino solo los de menor precio dentro del principio activo correspondiente. En el modelo estatal lo que el médico identifica en su receta es el principio activo y el farmacéutico debe dispensar el medicamento de menor precio correspondiente a dicho principio activo. En el modelo gallego, por su parte, el médico también identifica el principio activo en su receta, pero el margen de actuación del farmacéutico es menor, pues la selección del principio activo de menor precio, respecto de una serie de principios activos, ya se ha hecho en el catálogo priorizado de productos farmacéuticos, al que se habrá ajustado el médico en su receta, debiendo limitarse a dispensar el medicamento prescrito. Por tanto, el resultado final en uno y otro caso es el mismo, con la diferencia de que en la Comunidad Autónoma de Galicia la selección de los principios activos de menor precio, cuando se trata de principios activos priorizados, no se deja en manos del farmacéutico, sin que ello suponga diferencia alguna para el destinatario de la prestación”.

En apariencia, por tanto, un resultado idéntico justifica los medios, y más si supone un ahorro. El interrogante último radicará en decidir si ese mismo fin proclamado es real o no, pues ninguna contestación merecen las acusaciones sobre “limitación” o “restricción” utilizadas por el Abogado de Estado, o de “empeoramiento del mínimo estatal” sobre el cual construye su razonamiento el voto particular<sup>11</sup>. Con la brevedad requerida cabría plantear, a partir de su lectura, las siguientes cuestiones:

- La eventual ruptura de la igualdad, o evidente discriminación, de los pacientes gallegos, pues en el nomenclátor oficial –estatal– no figuran principios activos, sino los medicamentos, mientras el catálogo priorizado de Galicia únicamente consta de principios activos (y el artículo 88 Ley 29/2006 permitía medidas de racionalización autonómicas, pero entre las

---

además, es solo aparente, pues ni se afirma con claridad cuáles son las normas estatales de contraste ni, por lo mismo, se determina su carácter básico”.

<sup>11</sup> Entre los autores, especialmente crítico el análisis del pronunciamiento efectuado por GUERRERO TREVIJANO, S.: “Análisis legal de determinadas medidas ‘anticrisis’ adoptadas por las Comunidades Autónomas para reducir el gasto farmacéutico”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 30, 2011, pág. 7.

condiciones bajo las cuales admitía su operatividad figuraba la de no haber diferencias en el “catálogo de medicamentos y productos sanitarios”); por lo mismo, si quienes se desplacen a esta Comunidad Autónoma pueden ver comprometida la continuidad asistencial, al no poder seguir su tratamiento actual cuando el medicamento no entre dentro de aquellos financiados, aun cuando sí otro alternativo susceptible de cambiar cada dos meses (período mínimo de vigencia del catálogo). El problema, al final, es más científico que jurídico, pues se trata de decidir si –como afirma el Abogado del Estado– el razonamiento del Tribunal “parte de la premisa falsa de que dos medicamentos con el mismo principio activo son siempre intercambiables, cuando muchas veces no es así”, o –según sostiene el Letrado de la Xunta– realmente no hay ningún problema derivado del intercambio y, en consecuencia, no es necesario criterio facultativo alguno, permitiendo a la Administración decidir a este respecto.

- De mayor enjundia aún, y siguiendo ya el voto particular<sup>12</sup>, cabría suscitar si realmente es la misma filosofía la que inspira ambas normas, cuando en la estatal la prescripción por principio activo solo es obligatoria, o habrá de ser seguida “de forma general” (anterior art. 85.2 Ley 29/2006, actual art. 87.2 RD-Leg. 1/2015), cuando venga referida a procesos agudos o primera prescripción en los crónicos, permitiendo su realización por denominación comercial si se respeta el principio de mayor eficiencia del sistema y en medicamentos no susceptibles de sustitución; por su parte, en la gallega los médicos han de atenerse a los principios activos siempre y cuando figuren en el catálogo. Bien cabría entender que, en el planteamiento estatal, la prescripción por principio activo dependerá de la patología del paciente; por el contrario, en el gallego, el criterio económico dado por la inclusión en el catálogo convierte en obligatoria su elección. En el fondo, supone confundir el régimen de financiación, primer momento (en el ámbito estatal dado por la inclusión en el Sistema Nacional de Salud de un medicamento, vía nomenclátor, en el gallego por su recepción como principio activo en el catálogo priorizado), con la prescripción y dispensación, segundo de los momentos (en el ámbito estatal decisión para cada paciente por el profesional, en atención a su patología, de entre cuantos estén incluidos; en el gallego, con necesaria sujeción para el médico, sin posible selección si obra como principio activo en el catálogo). A la postre, procederá sopesarse si, al reducir el número de medicamentos potencialmente objeto de prescripción, se está realmente (o no) minorando el ámbito objetivo de la prestación.
- En fin, no falta razón a la denuncia a cuyo tenor, más que a una formulación del contraste de las normas, cabe asistir a “una muy peculiar lectura de la norma autonómica, [y] ese análisis se reemplaza por una suerte de control de eficiencia a partir de la comparación del supuesto resultado que se cree que

---

<sup>12</sup> Formulado por el Magistrado ORTEGA ÁLVAREZ, al cual se adhiere el Magistrado VALDÉS DAL-RÉ.

va a producir la aplicación de las normas en conflicto”<sup>13</sup>. De ahí que, en el fondo, y condicionado por si realmente se está ante el mismo resultado o no, quepa advertir –y esa era la misión en un recurso de inconstitucionalidad– una cierta confusión entre “el análisis competencial que el recurso demanda, con uno de eficacia de las medidas, algo completamente ajeno a la jurisdicción que ejerce el Tribunal en un proceso de este tipo, en el que lo que se dilucida no es cómo se hace algo, sino más sencillamente, si quien lo hace puede hacerlo”.

### **2.3. La selección autonómica del medicamento o producto sanitario a dispensar por las farmacias, cuando hayan sido prescritos por principio activo o denominación genérica, en atención al menor precio ofertado en convocatoria pública: otra muestra de “racionalización” territorial en las SSTC 210/2016, de 15 de diciembre; 7/2017, de 19 de enero y 16/2017, de 2 de febrero**

Un paso más o, de preferirlo, otra perspectiva respecto de un mismo asunto, es la abordada en el recurso de inconstitucionalidad suscitado ante el Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En él, y en el mismo contexto de ahorro, plantea la celebración de convocatorias públicas para la selección de medicamentos y productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando, en el marco de su sistema sanitario, al farmacéutico le sea presentada una receta u orden de dispensación identificando un principio activo o producto sanitario prescrito por denominación genérica, de forma que haya un único medicamento para cada formulación de principio activo y de un único producto sanitario para cada grupo o conjunto de intercambio.

A diferencia del asunto gallego expuesto, no afecta a la prescripción médica, sino a la dispensación farmacéutica cuando el medicamento indicado en la receta sea un genérico, dejando fuera de la regulación el supuesto de prescripción por marca comercial; a su semejanza, empero, la oferta aparece limitada –en principio– a un único producto farmacéutico a prescribir y dispensar<sup>14</sup>.

Precisamente sobre este último aspecto radica la primera discrepancia de fondo planteada: para la representación letrada autonómica, “en modo alguno se ha cambiado la relación paciente-farmacéutico-Administración Pública, sino la relación farmacéutico-laboratorio-Administración”; por el contrario, el Abogado reproduce el argumento ya significado en el análisis del pronunciamiento precedente, a tenor de cual, “al diseñar un

<sup>13</sup> Considerando que tal forma de proceder lleva a una resolución “a mi [su] parecer con acierto”, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Medidas sobre la prestación farmacéutica”, en VV.AA.: *Reforma de la salud pública y asistencia sanitaria: estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RD-L 16/2012 de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*, KAHALE CARRILLO, D. T. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dirs.), Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2012, pág. 603 y nota 2.

<sup>14</sup> Calificando la norma como, “cuando menos controvertida”, pues “puede suponer la exclusión *de facto* de la financiación pública en Andalucía de los productos no seleccionados, lo que no es compatible con la idea de que el contenido mínimo de la prestación farmacéutica solo puede fijarlo la Administración Central”, RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El derecho a la protección de la salud: las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Tesis Doctoral, Granada, Universidad de Granada, 2015, pág. 630; a tal efecto se hace eco de la opinión de LARIOS RISCO, D.: “La prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud: a propósito de las medidas introducidas por el RD-Ley 16/2012”, en VV.AA.: *La reforma sanitaria*, PALOMAR OLMEDA, A.; LARIOS RISCO, D. y VÁZQUEZ GARRANZO, J. (Dirs.), Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2012, págs. 221 y 222.

mecanismo de selección de un único medicamento y un único producto sanitario, excluye de la financiación pública aquellos medicamentos y productos que, reuniendo los requisitos establecidos para ser dispensados ante una prescripción por principio, no hayan sido seleccionados mediante el procedimiento establecido”. Añade cómo, además, las previsiones incorporadas a la norma andaluza “eliminan la flexibilidad que, en beneficio del usuario del Sistema Nacional de Salud, establece la normativa estatal, en cuanto en esta la oficina de farmacia, de acuerdo con el paciente, puede elegir entre varias presentaciones o productos que tengan igual precio (el menor, en la nueva versión legal ‘el más barato’) y forme parte de la misma agrupación, cuál conviene más a las necesidades del ciudadano, en función de que presentación esté acostumbrado a utilizar y de la conveniente adherencia a un tratamiento concreto”.

En el segundo aspecto de discrepancia novedoso (además de recordar que “la opción organizativa adoptada –servicios autónomos de salud– no puede funcionar como una serie de piezas inconexas, sino que en su conjunto debe conformar un ‘sistema’”), el Abogado del Estado argumenta cómo, de la aplicación de lo previsto, “resulta que el Sistema Andaluz de la Salud paga por cada medicamento un precio reducido; sin embargo, el porcentaje que debe satisfacer el beneficiario de la prestación farmacéutica se calcula sobre el precio íntegro de venta al público, de manera que el beneficiario está soportando un porcentaje final sobre el precio reducido que paga el Sistema Andaluz de Salud, superior al fijado por el Estado para todo el territorio nacional”. La réplica –en este caso a cargo del Letrado del Parlamento de Andalucía– aduce que el mentado razonamiento “introduce una argumentación falaz, al comparar dos magnitudes radicalmente distintas (...): el porcentaje de participación del usuario en función del coste final (...) y el porcentaje de participación sobre el precio de venta al público (...), [lo cual] carece de toda relevancia jurídica, porque precisamente lo que la tiene es que se mantiene el mismo porcentaje de participación en toda España (...) [A la postre, cuanto se produce es un] ahorro para las arcas públicas en el que, por supuesto, no existe ninguna exigencia que imponga que en la misma deban participar los usuarios o que deba beneficiar a los mismos”<sup>15</sup>.

Tras repasar la normativa estatal afectada que regula la materia –ya, obviamente, bajo las pautas proporcionadas por el RD-Leg. 1/2015– y contrastarla con la andaluza, así como recordar una por una, y con idéntico literal, las razones por las cuales se reafirma en el título competencial de “sanidad”, el Tribunal Constitucional ignora por completo el segundo de los motivos de discrepancia expresados y resuelve en sentido idéntico a como lo hizo en su antecedente inmediato: “el destinatario de la prestación farmacéutica va a recibir en todo caso el medicamento de precio más bajo, tal y como prevé la norma estatal, la única diferencia es que en Andalucía la selección del precio más bajo la hace el Servicio Andaluz de Salud y en el resto el Estado, sin que ello suponga perjuicio alguno para el destinatario”.

---

<sup>15</sup> En absoluta comunión con esta tesis autonómica, y tras la promulgación del RD-Ley 16/2012, algún autor escribía cómo “las políticas de modulación de la prescripción, de gestión de compras y otras relacionadas son clara competencia de las CC.AA., cuyos servicios de salud pagan las facturas y dan la prestación efectiva. El decreto es de un fuerte aroma centralista e incurre en intromisiones graves en las funciones de las CC.AA. que serán, seguro, fuente de litigios innecesarios en el Tribunal Constitucional por parte de las CC.AA. más identitarias o donde gobierna el Partido Socialista”, SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 27, 2012, pág. 184.

No apreció, por tanto, una minoración en la oferta por el hecho de que solo se seleccione uno, y el resto de los medicamentos y productos incluidos en el nomenclátor estatal no figuren. Ello en atención a dos datos (en pasaje repetido del precedente pero con la referencia en la nueva normativa): por un lado, [a] que la inclusión de un medicamento en este nomenclátor es condición necesaria pero insuficiente para su financiación en cada caso concreto, pues a ello ha de añadirse que para su dispensación es preciso que se trate del medicamento de menor precio dentro de los incluidos en la correspondiente agrupación homogénea; por otro, [a] que, en la actualidad, y como consecuencia de la aprobación del sistema de precios seleccionado por el RD-Ley 16/2012 (...), recogido en el art. 99 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, la normativa estatal también excluye de la financiación por el Sistema Nacional de Salud a los medicamentos y/o productos sanitarios que superen el precio máximo financiable seleccionado a pesar de figurar en el nomenclátor”.

Huelga decir que, con el silencio apuntado y la respuesta mimética proporcionada a lo debatido, siguen en pie –aun cuando, curiosamente, no haya votos particulares de por medio– cuantas cuestiones quedaron abiertas en el comentario a los pronunciamientos precedentes.

#### **2.4. El reflujo centralizador en las SSTC 33/2017, de 1 de marzo y 63/2017, de 25 de mayo**

En cuanto cabe considerar un prodigio de parquedad argumental sobre el fondo, la editorial de la revista a la cual se hacía mención en la introducción del ensayo, aludía al único pronunciamiento del Tribunal Constitucional hasta esa fecha que no había dado la razón a las distintas Administraciones autonómicas.

En ese supuesto, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía plantea recurso de inconstitucionalidad frente a algunos preceptos referidos a la prestación farmacéutica; en concreto, respecto al art. 4.1 y 4 RD-Ley 16/2012, de 20 de abril (entonces arts. 85 y 86 Ley 29/2006, recogidos más tarde como arts. 87 y 89 en el RD-Leg. 1/2015). Argumenta, en síntesis, que “el carácter exhaustivo de su regulación no deja margen para que la Comunidad Autónoma despliegue su competencia compartida en sanidad y exclusiva sobre organización farmacéutica”.

Por su parte, el Abogado del Estado persiste en situar el criterio competencial en el art. 149.1. 16 (“legislación sobre productos farmacéuticos”) y 17 CE, aun cuando “subsidiariamente”, y para el caso de que fuere considerada la materia como de “sanidad”, sostiene –como novedad– la atribución en exclusiva al Estado en atención al carácter básico de los preceptos cuestionados, “pues [el primero,] se limita a recoger la prescripción por principio activo y sus excepciones, en caso de procesos crónicos o de medicamentos no sustituibles, y, en cuanto a la dispensación [prevista en el segundo], impone la del medicamento de la agrupación que tenga el precio más bajo”.

El Tribunal, tras repetir literalmente sus criterios respecto al título competencial a aplicar y el carácter básico de los preceptos, zanja sin más la cuestión: “en los términos de la jurisprudencia constitucional citada, las previsiones contenidas en los apartados 1 y 4 del art. 4 del Real Decreto-Ley 16/2012, se insertan en el ámbito de la competencia básica en materia de sanidad”.

Más interés podría haber presentado el segundo de los pronunciamientos<sup>16</sup>, destinado a resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña. En él vuelven a ser cuestionados los arts. 4.1 y 4 RD Ley 16/2012, pero se añade también el apartado 5 del mencionado precepto<sup>17</sup>, incorporando otros argumentos más desarrollados. En concreto, y respecto de los apartados 1 y 4, el recurrente considera que la preferencia otorgada a la prescripción por genérico o biosimilar correspondiente en caso de igualdad en el precio deja al margen a los servicios autonómicos de salud para el ejercicio de sus competencias sobre uso racional del medicamento, pues la utilización “de incentivos para genéricos cambia la naturaleza jurídica y pasa de ser una opción fomentada a una regla de obligado cumplimiento, desplazando el campo de decisión propio de las Comunidades Autónomas, necesario a fin de atender a otras consideraciones como la calidad o el tratamiento médico. Garantizado el coste equivalente, queda agotada la competencia estatal, basada en este caso en la sostenibilidad del sistema”. Insta, en consecuencia, la declaración como contrarios al orden constitucional de los incisos contenidos en ambos apartados respecto a que, “en caso de igualdad, los farmacéuticos deben dispensar el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente”.

Frente a tal argumento, la réplica del Abogado del Estado, manteniendo el carácter básico de tales disposiciones en aras de una uniformidad mínima en las condiciones de acceso y la sostenibilidad del sistema; empero, añade cómo, respecto a los incisos expresamente impugnados, “también subyacen razones de política económica sectorial orientadas a favorecer el desarrollo de la industria farmacéutica de los genéricos, como medio para conseguir la gradual reducción del precio de los medicamentos”<sup>18</sup>, así como que en ellos “conviven el título competencial del art. 149.1.16 con el previsto en el art. 149.1.13, dada la indudable importancia de la industria farmacéutica en la economía nacional”.

Algún razonamiento adicional hubiera cabido esperar del Tribunal Constitucional, dados los elementos de novedad esgrimidos, pero este zanja la cuestión con una simple remisión: “la impugnación queda desestimada por la razones expuestas en la STC 33/2017”.

Respecto al apartado 5 del art. 4 (anterior art. 89 Ley 29/2006 y actual art. 92 RD-Leg. 1/2015), tan sólo se cuestionan los dos últimos párrafos, en cuanto imposibilitan a las Comunidades Autónomas establecer *per se* reservas singulares respecto a la prescripción, dispensación y financiación de medicamentos, y únicamente permiten que la Comisión Permanente de Farmacia (del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) pueda decidir sobre la cuestión. El argumento utilizado a tal efecto es parco: “la propia regulación demuestra que no es un aspecto esencial, nuclear, que deba regir en todo el Estado”.

<sup>16</sup> Procederá dar cuenta de un tercer pronunciamiento, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Vasco; sin embargo, la STC 64/2017, de 25 de mayo, únicamente aborda la solicitud de declaración como contrario al orden constitucional del art. 4.13 RD-Ley 16/2012 (anterior art. 94 bis Ley 29/2006 y actual art. 102 RD-Leg. 1/2015), ajeno al contenido del presente discurso.

<sup>17</sup> No suscitado en el caso anterior por razones obvias, pese a que algún autor consideraba de manera expresa que era un precepto “dirigido evidentemente a Andalucía”, SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, cit. pág. 183.

<sup>18</sup> Sobre el aval concedido a estos incentivos por prescripción de genéricos en la STJUE 62/09, de 22 de abril, asunto *Association of British Pharmaceutical Industry*, TAPIA HERMIDA, A.: “Incentivos económicos (primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie) a los médicos de los sistemas públicos de salud/Seguridad Social para que prescriban medicamentos específicamente designados y/o genéricos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 333, 2010, págs. 109 a 140.

En defensa de su plena constitucionalidad, el Abogado del Estado hace ver cómo, “constituyendo la prestación farmacéutica una de las prestaciones sanitarias incluidas en la cartera común, la proscripción a las Comunidades Autónomas de introducir reservas singulares de forma unilateral en las condiciones de prescripción, dispensación y financiación de medicamentos respecto de los que se haya decidido su financiación pública en todo el territorio nacional es perfectamente coherente con la doctrina constitucional respecto de la cual las Comunidades Autónomas pueden mejorar, pero nunca restringir, el nivel prestacional mínimo fijado por el Estado. Al concurrir circunstancias excepcionales, propias de una Comunidad Autónoma, es en el seno del órgano de coordinación previsto legalmente donde puede acordarse la introducción de esas reservas singulares”.

La tesis del Tribunal Constitucional coincide con el criterio del representante del Estado en defensa del carácter básico de tal materia; por consiguiente, en favor del principio de unidad en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar de residencia<sup>19</sup>. “Este principio capital quedaría en entredicho si la introducción de reservas singulares, que en última instancia restringen el uso de determinados medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud, no respondiera a una decisión unitaria. Responde, en definitiva, a la misma razón que justifica la decisión asimismo unitaria de incluir un medicamento o producto sanitario en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, pues el régimen de reservas singulares constituye un complemento indisociable de aquella (...) Cabe añadir que la previsión de reservas singulares que atienda a particularidades territorialmente acotadas no desmiente la anterior conclusión, pues no hace sino introducir un elemento de flexibilidad en el sistema que, como excepción motivada por las propias Comunidades Autónomas, y sin menoscabo del principio de igualdad efectiva en el acceso a la prestación farmacéutica, permite precisamente ajustarlo a las específicas circunstancias sanitarias presentes en cada momento y lugar”.

### **3. ALGUNAS CUESTIONES MÁS ALLÁ DE LA VIGENTE DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

Al hilo de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, muchas son las cuestiones que surgen al intérprete, amén de aquellas de las cuales ya ha quedado noticia en el propio debate o contenido de las sentencias analizadas.

Por solo parar la atención en tres de las más salientes, cabrá volver la vista, en primer lugar –y una vez más–, sobre la relación entre la prestación farmacéutica (como parte de la asistencia sanitaria) y la Seguridad Social; en segundo término, a las exigencias de un sistema sometido a tensiones evidentes entre fuerzas normativas centrípetas y centrífugas y su traducción desde el punto de vista de la cohesión y la igualdad; en fin, no cabrá obviar las medidas legales –en particular las últimas– adoptadas para garantizar un uso racional del medicamento y su repercusión tanto sobre la eficaz atención terapéutica del paciente, como respecto a la eficiente asignación de recursos escasos (ahorro).

---

<sup>19</sup> A este respecto, de alto interés el precedente dado por la STSJ, Contencioso-Administrativo, La Rioja 4 mayo 2011 (Rec. 345/2010), declarando la nulidad de pleno derecho de la Resolución 379/2010, de 8 de septiembre, del Gobierno de la Rioja.

### 3.1. La prestación farmacéutica (sanitaria en general), ¿desgajada de la Seguridad Social?

A lo largo de todas y cada una de las sentencias analizadas, el Abogado del Estado ha reivindicado la vinculación de las cuestiones debatidas respecto a la prestación farmacéutica con la Seguridad Social. Así figuraba –parcialmente–, también, en los títulos competenciales bajo los cuales fueron promulgados los arts. 87, 88 y 93, así como la disposición adicional 6ª Ley 29/2006 (los arts. 89, 90, 91, 92, 97 y 98 lo fueron al amparo de la legislación sobre productos farmacéuticos), aun cuando tal decisión obedeciera a la clara intención de asegurar la competencia exclusiva del Estado<sup>20</sup>.

Tan tenaz como infructuoso esfuerzo tiene la virtud (compártase o no al servicio de los fines a los cuales aparece ordenado) de mantener en el centro del debate la cuestión sobre si las prestaciones sanitarias (de las cuales forma parte la farmacéutica) se ha desgajado de la Seguridad Social, o no. A ella responde el Tribunal Constitucional –según consta– de modo ambiguo, por cuanto si bien reconoce la “indiscutible vinculación entre la protección a la salud y el sistema público de la Seguridad Social”, por mor de la expresa inclusión en tal asistencia de los beneficiarios de esta, acaba respondiendo bajo los argumentos clásicos que llevaron a la separación.

Asume así una posición mayoritaria en la doctrina, cuya más gráfica muestra puede ser localizada en la obra del maestro cuando, tras comprobar la evolución legal, suprime de su Manual de Seguridad Social el capítulo dedicado a “Prestaciones sanitarias” y rectifica el título en la monografía donde las desarrollaba, para pasar, de vincularlas a la Seguridad Social, a hacerlo al Sistema Nacional de Salud<sup>21</sup>. Tomaba parte, de este modo y con su autoridad máxima, en un debate abierto a partir de la promulgación de la Constitución (dado el factor nuevo, y nada clarificador, de dividir la asistencia sanitaria entre los arts. 41 y 43 CE y los títulos competenciales que le afectan entre los apartados 16 y 17 del art. 149. 1 CE) que, con la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –LGS–, inició una transición legal, lenta y no siempre pacífica, pero sí evidente, hacia otra esfera de protección segregada y distinta a la Seguridad Social.

Este debate, al cual prácticamente no faltó ninguna de las plumas más solventes del iuslaboralismo, ocupó gran parte de la última década de siglo<sup>22</sup>, pero el legislador se encargó

---

<sup>20</sup> Una firme crítica a tal valoración, considerándola “totalmente desacertada”, y dejando ver, por cierto, cómo con tal decisión se pierde cualquier referencia al art. 149.1.1 y a las bases y coordinación de la sanidad del art. 149.1.16, que sí figuraba en la Ley 25/1990, de 29 de diciembre, del Medicamento, VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas”, en VV.AA.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Granada, Comares, 2008, pág. 513.

<sup>21</sup> La referencia lo es, indudablemente, a ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 14ª ed., Madrid, Civitas, 1995, donde tal capítulo no aparece; el cambio ha lugar en ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones sanitarias de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1994; más tarde aparecido como ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Civitas, 1999.

<sup>22</sup> Una cuidada selección de las posiciones sostenidas y su evolución en BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Derecho y Salud*, Vol. 15, núm. 2, 2007, págs. 27 a 39.

(eso sí, tras cuanto fue calificado como “periodo transitorio” para el asentamiento<sup>23</sup>) de decantar la balanza en favor de la separación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y su adscripción al Sistema Nacional de Salud.

Cabría tildarlo, de este modo, como una “vieja historia”<sup>24</sup> por mor de cuanto irónicamente se ha querido presentar como un “acta de independencia”<sup>25</sup>; lejos de tal, sin embargo, no solo la persistente invocación de aquella relación original de la cual dan cuenta los pronunciamientos comentados, sino la férrea resistencia de un importante sector de la doctrina, hacen que se haya mantenido vivo<sup>26</sup> y, en la actualidad, parezca cobrar nuevo impulso<sup>27</sup>.

La raíz de tal debate inacabado viene dada por el hecho de que, indudablemente, la Constitución mantiene una ambigua neutralidad en este punto, y su encuadramiento responde a una estricta opción legal<sup>28</sup> de cuya solidez cabe dudar; negando, por tanto, que medie un “paso definitivo”<sup>29</sup> para separar las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

<sup>23</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)”, *Aranzadi Social*, T. V, 2004, págs. 683 a 695 o HURTADO GONZÁLEZ, L.: “Derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, núm. 78, 1997, pág. 31.

<sup>24</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Reembolso de gasto farmacéutico generado por prescripción de tratamiento farmacéutico con hormona de crecimiento”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2011, pág. 52.

<sup>25</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud en el Sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje del Profesor Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2008, pág. 1216.

<sup>26</sup> Merced, entre otros muchos, a la destacada reivindicación de APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la Salud*, Civitas, Madrid, 1989 o “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1458 y ss; QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La protección farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., págs. 52 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo de regulación”, en VV.AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2007, en especial págs. 48 a 50, o con superior contundencia aún, “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, en VV.AA.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, cit., en particular págs. 400 y 402.

<sup>27</sup> Baste remitir a los incisivos planteamientos, por ejemplo, de HIERRO HIERRO, F. J.: “La prestación por asistencia sanitaria. Cuestiones sobre su encuadramiento”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (iustel)*, núm. 31, 2012, págs. 145 a 237 o RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Asistencia sanitaria y Seguridad Social: algunas consideraciones sobre su vinculación”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015, págs. 401 y ss.

<sup>28</sup> En este punto, contundentes los argumentos, desde posiciones netamente diferenciadas, de MONTOYA MELGAR, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud”, cit., pág. 691 y 692; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, cit., págs. 400 y 401 o LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pág. 40, para quien “no existe en la Constitución Española de 1978 nada que obligue al legislador ordinario a configurar la protección de la salud dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, como tampoco a impedirla”.

<sup>29</sup> Conforme titula y argumenta en su ensayo VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El paso definitivo de la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2005, pp. 158-167.

A este respecto, y atendiendo precisamente al discurso del Tribunal Constitucional, que condensa las razones básicas para justificar tal tránsito, cabría cuestionar uno por uno los fundamentos sobre los cuales se alza<sup>30</sup>, que arrancan de sopesar cómo su consideración separada en los arts. 41 y 43 CE (y en los ordinales 16ª y 17ª del art. 149.1), cual Jano Biffonte<sup>31</sup>, “no autoriza, sin más, a concluir que la asistencia sanitaria se ha desgajado de aquella [la Seguridad Social] y ha pasado a integrarse en el área sanitaria”<sup>32</sup>. Antes bien, abrirá distintas lecturas más creativas (a riesgo de otras escisiones disgregadoras que, por ejemplo, segregaran de la Seguridad la jubilación, al amparo de protección a la tercera edad –art. 50 CE–, o las prestaciones familiares al calor de la protección a la familia –art. 39–<sup>33</sup>), a partir de las cuales “el art. 41 se constituiría en precepto genérico respecto de aspectos parciales”, tales como los enunciados en los arts. 39, 43, 49 o 50 CE<sup>34</sup> o, en parecido sentido –y ciñendo el discurso a la atención sanitaria–, el art. 41 diseñaría el sistema de Seguridad Social como vía de acceso privilegiado a la protección de la salud, en tanto el art. 43 CE recogería una técnica de reconocimiento individual<sup>35</sup>.

Siguiendo su propio orden cabría argumentar:

– Frente al carácter universal de la asistencia sanitaria, proclamada por todas las normas que la han desarrollado (art. 3.2 LGS, art. 2.6 LCCSNS o disp. adic. 6ª Ley 33/2011, General de Salud Pública –LGSP–), bastará con recordar cómo también el art. 41 CE alude a un régimen público de Seguridad Social “para todos los ciudadanos”. “Vocación o tendencia universal sobre la cual no cabe discusión alguna”<sup>36</sup> y que, por vía de requerimiento efectuado por los titulares o sus beneficiarios (distinción en absoluto baladí y alusiva a la base profesional o asistencial que también sirve de soporte al sistema ex art. 2.1. TRLGSS<sup>37</sup>), proporcionaría título bastante a la casi totalidad de la población.

En verdad no alcanzaría a ser plenamente universal, constituyendo, “hoy por hoy, un reto pendiente”<sup>38</sup>, un “ideal último, [pero] trazo tendencial primero y básico de la Seguridad Social”; además, tampoco es igual para todos (con subsistencia de colectivos privilegiados o,

<sup>30</sup> Operación –en extraordinaria coincidencia– acometida, con más de 10 años de diferencia, pero igual parecer, por QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., págs. 56 y ss. o RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Asistencia sanitaria y Seguridad Social: algunas consideraciones sobre su vinculación”, cit. págs. 402 y ss. Para rescatar los orígenes de tal estructura de reflexión, baste remitir a los planteamientos de otros estudios precedentes, como el de PEMÁN GAVÍN, J. M.: “Del seguro obligatorio de enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio de la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto de siglo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 13, 1998, págs. 93 y 94.

<sup>31</sup> En inmejorable metáfora utilizada por GALIANA MORENO, J. M.: “Prólogo”, a la obra de GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2003, pág. 14.

<sup>32</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980, pág. 13.

<sup>33</sup> En ejemplos propuestos por APARICIO TOVAR, J.: “Capítulo VIII. Asistencia sanitaria”, en VV.AA.: *Seguridad Social práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 581.

<sup>34</sup> VIDA SORIA, J.: “Artículo 41. Seguridad Social”, en VV.AA.: *Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), T. IV, Madrid, Edersa, 1984, pág. 93.

<sup>35</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, cit., pág. 50.

<sup>36</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 43.

<sup>37</sup> APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección a la salud*, cit., págs. 217 a 223.

<sup>38</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “Del seguro obligatorio de enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio de la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX”, cit., pág. 89.

en cuanto hace a la prestación farmacéutica en concreto, diferente participación en el porcentaje a abonar por los medicamentos cuando no sean totalmente gratuitos). Pero, por su parte, en la actualidad la prestación otorgada por el Sistema Nacional de Salud tampoco es universal, dada la regresiva exigencia –por lo demás contraria a cuanto dispuso meses antes la LGSP– introducida por RD-Ley 16/2012 (y avalada por el Tribunal Constitucional<sup>39</sup>), pues vincula el derecho de atención sanitaria a la condición de asegurado, privando de su dispensación en todo el territorio nacional a quien no lo sea<sup>40</sup>, sin margen alguno para iniciativas autonómicas de mejora

En consecuencia, y compartiendo ambos referentes el ideal de la universalidad, la separación no podrá quedar situada en tal elemento formal dado por la coyuntural normativa de desarrollo, sino por contenido material, cualquiera que sea la ubicación concreta donde acabe situado.

– La separación administrativa de Ministerio que tradicionalmente gestionó la prestación y su adscripción a otra cartera distinta a la de Seguridad Social, así como la subsiguiente aparición del Sistema Nacional de Salud como una estructura diferente para su gobierno, articulado sobre el principio de competencia autonómica, no pasa de ser “una mera cuestión organizativa”<sup>41</sup>. Lo es, desde luego, la decisión gubernativa de intensificar la actividad administrativa en ciertos ámbitos, al punto de reformar la estructura ministerial, en tanto solo conllevará la exigencia de una adecuada coordinación o intercomunicación<sup>42</sup>; por lo mismo, tampoco resulta definitiva la creación de un sistema específico para organizar y proveer cuanto por su complejidad técnica, decisiones financieras o razones de oportunidad, aquel a quien corresponde considera que requiere un entramado organizativo propio, conformado, además, por los medios materiales y humanos que durante mucho tiempo fueron parte de la Seguridad Social<sup>43</sup> (al punto que personal y locales suelen ser adscritos a esta por la práctica generalidad de la población, cuando, sin formación técnica, aluden a “médico y hospital de la Seguridad Social”, en tanto siempre fue su “función propia” y “principal rasgo distintivo”<sup>44</sup>), pues cabe perfectamente tal operación de “descentralización”

---

<sup>39</sup> Recuérdense la comentada SSTC 33/2017, de 1 de marzo y 63 y 64/2017, de 25 de mayo.

<sup>40</sup> Interpretada por algún autor como exigencia que “abre una cierta indeterminación sobre la presencia de un aseguramiento distinto al Régimen General de la Seguridad Social, lo que supondría no solo un grave retroceso en el modelo sanitario actual (vuelve a la etapa anterior a la Ley General de Sanidad de 1986), sino la posibilidad de que se abran modelos de seguros diferenciados para los grupos distintos de población (en relación a su nivel económico), lo que deterioraría inevitablemente el sistema sanitario público”, SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, cit. págs. 179 y 180.

<sup>41</sup> La afirmación, contundente, en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 50.

<sup>42</sup> En la aguda perspectiva ya advertida por BORRAJO DACRUZ, E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, cit., pág. 17.

<sup>43</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Artículo 38. Acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, ALARCÓN CARACUEL, M. R. (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2003, pág. 253 o FREIRE CAMPO, J. M.: “Los sistemas de aseguramiento sanitario de riesgos de enfermedad en España”, *Derecho y Salud*, Vol. 15, núm. Extra 2, 2007, pág. 53.

<sup>44</sup> TORNOS MÁS, J.: “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 1, 2002, pág. 12.

(o constitución de un “subsistema”<sup>45</sup>), sin menoscabo de su entronque último con la Seguridad Social.

La continuidad natural en el razonamiento hará que, si la descentralización organizativa no ha de llevar necesariamente a una transformación, tampoco deba suponer mutación alguna la descentralización territorial (en este punto procederá recordar cómo la transferencia de competencias comenzó con toda naturalidad bajo el título competencial autonómico de “ejecución de los servicios de la Seguridad Social”), sino –procede insistir– deberá suponer una adecuada coordinación, que ha de comenzar por evitar la “dispersión normativa”<sup>46</sup> entre cuanto se consideran normas de Seguridad Social (el propio reconocimiento a la asistencia sanitaria dentro de la acción protectora –art. 42.1 a) TRLGSS–, o la inclusión dentro de las prestaciones no contributivas a efectos de una diferente participación en la financiación –art. 104.2 TRLGSS– y el grueso dado por “normas sanitarias” significadas a lo largo del presente ensayo.

Indudablemente la armonización legal favorecería mucho la racionalidad. Más aún lo haría el sentido común de evitar una “guerra” de competencias que tanto desgasta: reconociendo el Estado la eficacia mostrada por las CC.AA. (noticia ha quedado respecto a la evolución de la normativa estatal en materia de prescripción y dispensación de medicamentos sobre las pautas previamente avanzadas a nivel autonómico), por su mayor proximidad y mejor conocimiento de las necesidades sociales y costes en su territorio; admitiendo estas que es al Estado a quien corresponde ordenar, no un mero servicio público (lo cual llama a la descentralización), sino un sistema (por definición estatal) en el cual, por cierto, también participan las Mutuas y pueden colaborar las empresas.

– Por último, y a pesar de que la financiación de la asistencia sanitaria (tras un azaroso periplo en busca del equilibrio capaz de garantizar el modelo de protección social y cohesionarlo con el proceso de transferencias acometido<sup>47</sup>) recaiga sobre las Comunidades Autónomas, excepto en cuanto hace a la prestación derivada de contingencias profesionales, ello dista de apartarla de la Seguridad Social, donde permanece, junto con otras, como no contributiva –art. 109.2 TRLGSS–. Más bien la decisión, ordenada a conseguir su extensión universal, obra bajo una lógica elemental de separar como merecen dos aspectos diversos, el fin y los instrumentos adecuados para su consecución: su naturaleza permanece incólume, la financiación vía impuestos (aportación del Estado, procede no olvidar, satisfaciendo los acuerdos en virtud de los cuales obró el traspaso de responsabilidades) es el medio diseñado para su satisfacción suficiente<sup>48</sup>.

Basten estas pinceladas como denuncia del reduccionismo interesado en que incurre el Tribunal Constitucional, bien que condicionado por la premisa indeclinable de aclarar un confuso título competencial. Pero tal objetivo, pudiendo llegar a igual resultado, no justifica

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Asistencia sanitaria y Seguridad Social: algunas consideraciones sobre su vinculación”, cit. pág. 404.

<sup>46</sup> Ciertamente menor que antes, conforme exhibía el desolador panorama de comienzos de siglo expuesto con detalle por QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., págs. 70 a 72.

<sup>47</sup> Dando cuenta de sus hitos fundamentales, QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., págs. 64 a 68.

<sup>48</sup> CANTARERO PRIETO, D.: “El traspaso de competencias sanitarias en España”, *Revista de Administración Autonómica siglo XIX*, Vol. 1, núm. 1, 2003, págs. 61 y ss.

afirmaciones capaces de mover a lamentables equívocos, pues como bien se ha afirmado, “ni constitucional, ni social, ni racionalmente se entendería una Seguridad Social que no comprendiese las prestaciones de la asistencia sanitaria”<sup>49</sup>; por lo demás, y como se pasa a analizar, elemento clave (“máxima garantía”<sup>50</sup>) para asegurar la igualdad efectiva en el acceso a tan preciada tutela de la persona.

### 3.2. El problema de la igualdad efectiva en el acceso a la prestación farmacéutica

Cuanto en el art. 23 LCCSNS aparece, para todas las prestaciones sanitarias, como una garantía de acceso “en condiciones de igualdad efectiva”, ya figuraba en el art. 93.1 LM, respecto a las farmacéuticas, con una coetilla que siguió recogiendo el art. 88.1 Ley 29/2006 y mantiene el art. 91.1 RD-Leg. 1/2015, a saber: “sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias”.

Conocedor del texto legal y del pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2004, una voz experta, fijando su atención en cuanto contempla el art. 4 c) LCCSNS Constitucional para completar el panorama, concluía que cualquier ciudadano (hoy procedería añadir, si asegurado por el Sistema Nacional de Salud) “tiene derecho a recibir, por el parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del SNS que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma (...) Por lo tanto, un residente en una determinada Comunidad tiene derecho a que se le prescriba un medicamento en su Comunidad de origen o en otra que circunstancialmente se encuentre y a que se le dispense en todos los casos el medicamento prescrito, siempre que cuente con la documentación necesaria”. A pie de página completaba su reflexión añadiendo cómo “la obtención de la tarjeta sanitaria correspondiente al Sistema de Salud autonómico y las recetas oficiales de cada una de estas sustancias actúan como barreras *de facto* de un derecho que se reconoce de forma incondicionada desde el punto de vista territorial. Un ciudadano que acude a un centro de salud o especialista de una Comunidad que no es la suya de origen encontrará estas barreras y, sobre todo, puede encontrar dificultades a la hora de obtener un medicamento en una farmacia con una receta de otro sistema sanitario. Estas trabas burocráticas no deberían condicionar el acceso a las prestaciones sanitarias, ya que se reconocen con plena garantía de accesibilidad y de movilidad”<sup>51</sup>.

Parecía concluyente en la respuesta a las reiteradas preguntas que desde hace tiempo vienen efectuando cuantos ciudadanos españoles se desplazan temporalmente (tengan o no formalmente el estatus de desplazados) por el territorio español y se sorprenden, o bien por no poder acceder a algún medicamento del cual conocen su prescripción y dispensación en esa Comunidad Autónoma (en algunas ocasiones próximo a un “turismo farmacéutico interior”), o bien por ver como se procede a la sustitución de “su” medicamento (el posesivo valora también la adherencia de los pacientes) por otro.

<sup>49</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Configuración y delimitación básica: la asistencia sanitaria como acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, cit., pág. 402.

<sup>50</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Protección social y Comunidades Autónomas”, en VV.AA.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las autonomías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 702.

<sup>51</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas”, cit., págs. 515 y 516 y nota 14.

La situación tuvo su origen, cabe recordar, en la reacción de dos Comunidades Autónomas a cuanto dispuso el RD 1663/1998, de 24 de julio, decidiendo sufragar con cargo a “sus” fondos determinados medicamentos excluidos del catálogo nacional. En concreto, y al amparo de cuanto establecía la disposición adicional 5ª RD 63/1995, de 20 de enero (como desarrollado de lo previsto en el art. 88.1 y disp. ad. 5ª LM), tal solución fue la adoptada por Navarra (Decreto Foral 258/1998, de 1 de noviembre) y Andalucía (Decreto 159/1998); pero, sin tal carácter general, la iniciativa fue seguida por otras (así, y con no poco polémica, Baleares decidió financiar la píldora post coital<sup>52</sup>, Castilla y León entendió oportuno rebajar la aportación en los antifúngicos en pacientes con cáncer o Andalucía procedió en igual sentido con los antiinflamatorios, esteroideos y antipsicóticos<sup>53</sup>), incluso conferida por los Tribunales –a través de un discutible reembolso– sin precepto habilitante alguno<sup>54</sup>, abriendo la senda de cuanto más tarde quedará configurado como cartera suplementaria autonómica añadida a la estatal.

La medida encontró voces críticas autorizadas<sup>55</sup>, cuyo eco o rastro se percibe nítido en los votos particulares incorporados al pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2004 y, si bien ya había encontrado aval previo (más difuso<sup>56</sup> o concreto<sup>57</sup>), a partir de tal pronunciamiento capital pocos discutirán que, por el hecho de residir en un determinado territorio, cabrá aspirar a un régimen mejorado en el acceso a ciertos medicamentos<sup>58</sup>; el

---

<sup>52</sup> Con detalle BAILÓN MUÑOZ, E.: “La píldora del día después. ¿Financiación pública?”, *Formación Médica Continuada*, Vol. 9, núm. 1, 2003, pág. 9 y ss.

<sup>53</sup> QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., pág. 79.

<sup>54</sup> Un elenco ejemplificativo en LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Reembolso de gasto farmacéutico generado por tratamiento farmacéutico con hormonas de crecimiento”, cit., págs. 51 y ss.

<sup>55</sup> “La opción constituyente por el Estado de las Autonomías no puede ser obstáculo para que la ciudadanía no sea única y homogénea (...) [pues] vincular prestaciones sanitarias a un elemento como la territorialidad supone una quiebra del principio de igualdad reconocido constitucionalmente, sin que tenga justificación objetiva ni racionalmente proporcionada”, ANTEQUERA VINAGRE, J. M.: “Las garantías y la exigibilidad de las prestaciones sanitarias como factor de cohesión del Sistema Nacional de Salud. Breves reflexiones”, *Revista de Administración Sanitaria siglo XIX*, Vol. 1, núm. 2, 2003, pág. 22. Premonitoria de cuanto será posición minoritaria, la afirmación de ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, cit., págs. 115 y 116: “con seguridad, las Comunidades Autónomas no pueden autorizar la dispensación con cargo a fondos públicos de medicamentos excluidos, so pena de violar el principio de igualdad a que se refiere el art. 149.1ª CE, oportunamente traído a colación para su fundamentación, junto a la 17ª, por el RD 1663/1998”.

<sup>56</sup> “Articular un sistema de protección de la salud para un colectivo de ciudadanos es una actividad legítima, al no ignorar las bases que al Estado le corresponde mantener”, STC 78/1986, de 9 de junio.

<sup>57</sup> En tanto ningún precepto constitucional demanda la necesidad de alcanzar “un contenido y unos resultados idénticos o semejantes (...), no exigen un tratamiento jurídico uniforme de derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y deberes constitucionales se refiere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales”, STC 37/1987, de 26 de marzo. Sobre tal postulado, la construcción más amplia de ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección social”, *Temas Laborales*, núm. 54, 1999, págs. 216 a 223.

<sup>58</sup> Por todos, el razonamiento en su día realizado por LANDA ZAPIRAIN, J. P.: “La organización de la sanidad pública ante la jurisprudencia constitucional: una reflexión sobre este modelo de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y sobre otros ámbitos de la protección social”, *Revista Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 9; o, desde una perspectiva más amplia, también en el tiempo, MALDONADO MOLINA, J. A.: “Competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en VV.AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, cit., págs. 99 a 117.

cual, por consiguiente, quedará vedado a los no residentes, aun cuando ello complique de manera evidente el trato a dispensar a los desplazados<sup>59</sup>.

Mayor enjundia plantea la cuestión derivada de la política autonómica sobre genéricos avalada por el Tribunal Constitucional entre 2015 y 2017, pues ya no tiene un solo sentido la afectación a la movilidad interterritorial del paciente, sino que será bidireccional, al repercutir tanto en quienes, desplazados desde su Comunidad Autónoma, verán modificada “su medicación” para ajustarse a los criterios establecidos en el lugar de destino, como en los residentes en Andalucía o Galicia cuando pretendan obtener aquel genérico concreto de un determinado laboratorio en farmacias de otra Comunidad Autónoma.

Lejos de simples trabas administrativas (que influyen notoriamente en la prescripción y/o dispensación, en su caso con la necesaria sustitución), cuanto denota –amén de las posibles quiebras al principio de igualdad efectiva– es una clara falta de cohesión<sup>60</sup>, pues las lógicas tensiones entre el principio de unidad y su conjunción con el de descentralización resultan demasiado acusadas, y mal resueltas, para la imprescindible integración del sistema<sup>61</sup>.

En este punto cabe saludar el tono dialogante que supone, por ejemplo, la desaparición del inciso segundo del art. 88.1 Ley 29/2006 (añadido por el art. Único. 34 Ley 10/2013, de 24 de julio, a cuyo tenor “las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas no producirán diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios. Dichas medidas de racionalización serán homogéneas para la totalidad del territorio español y no producirán distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios”), pues suficientemente demostrado ha quedado que legislar sin un consenso básico solo lleva a judicializar, no a administrar aspectos fundamentales de una prestación farmacéutica sometida a vaivenes normativos en los cuales el norte aparece puesto más en la afirmación del poder (competencia), que en la racionalidad de la ordenación.

### **3.3. Los desafíos pendientes en materia de prescripción y dispensación de medicamentos**

Conocido es que la idea de un uso racional del medicamento adquirió desde su inicio (en lo fundamental con la LM) el doble sentido tanto de utilidad terapéutica más elevada (garantizando el derecho a la salud al evitar un consumo no indiscriminado, sino exacto y en la dosis precisa) como, sobre todo, de restricción del excesivo gasto farmacéutico.

---

<sup>59</sup> Apuntando el problema, las proféticas palabras de PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El principio constitucional de ‘orden económico nacional’ y el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de trabajo y Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, T. III, 1993, pág. 909.

<sup>60</sup> GARRIDO CUENCA, N. M.: “La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2013, págs. 157 y ss.

<sup>61</sup> Un discurso actual del estado de la cuestión en RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Granada, Comares, 2017, en particular págs. 110 a 132.

Ello supuso pasar de un modelo en el cual el médico asumía la responsabilidad de prestar la mejor asistencia posible en atención a las posibilidades de la ciencia y de la técnica, con una libertad no condicionada –al menos no en la letra de la Ley– a la hora de prescribir cuanto considerara más conveniente para una completa y adecuada recuperación de la salud, a otro en el cual no solo ha de prestar la mejor asistencia posible, sino, al tiempo, actuar como gestor de unos recursos escasos para conseguir una mayor eficacia y eficiencia.

La razón, a nadie se escapa, radicaba en lo insostenible de una factura farmacéutica que mostraba cómo esta prestación era –y sigue siendo– la más problemática de las sanitarias, al proyectar con mayor intensidad que ninguna otra el incremento del gasto<sup>62</sup>.

Esta razón económica ha sido, con gran probabilidad (junto, obviamente, con otras peculiares características), el motivo principal para haber alumbrado un verdadero subsistema normativo, con un marco regulador propio dentro del sistema sanitario<sup>63</sup>, cuyo camino hacia el asentamiento o afirmación ha sido ciertamente “turbulento”<sup>64</sup>, en particular a comienzos de la década<sup>65</sup> (“marea de reformas, ajustes, medidas correctoras, medidas urgentes o, mucho más claramente, recortes de la protección social derivados de la omnipresente reducción del déficit público”<sup>66</sup>), donde no faltan motivos para juzgar que ha sido ejercida con “un cierto despotismo”, medido en términos de falta de participación y clara centralización<sup>67</sup>, aun cuando fuera bajo la justificación de la necesaria austeridad económica<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> Escuerta y precisa detección del cambio de modelo, sus motivos y consecuencias en MOLINA HERMOSILLA, O.; VILLAR CAÑADA, I. M. y GÓMEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La asistencia sanitaria como prestación del sistema de Seguridad Social y su provisión por el Sistema Nacional de Salud”, en VV.AA.: *La Seguridad Social a través de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1234 y 1235.

<sup>63</sup> Una presentación acabada en VIDA FERNÁNDEZ, J.: “La prestación farmacéutica como ‘subsistema’ prestacional sanitario”, en VV.AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España: régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias*, MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRATE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2007, págs. 297 a 344.

<sup>64</sup> En apropiado calificativo que justifica adecuadamente RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El derecho a la protección de la salud: las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Tesis Doctoral, Granada, Universidad de Granada, 2015, pág. 600.

<sup>65</sup> Una enunciación exhaustiva de tales variaciones en DOPICO PLAZAS, J.: “La prestación farmacéutica en el ámbito del Sistema Nacional de Salud: cambios normativos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (iustel)*, núm. 26, 2011, en particular págs. 110 y ss. o CARRIÓN GARCÍA DE LA PARADA, F. J.: “Análisis de las medidas relacionadas con la prestación farmacéutica 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 las prestaciones”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 67, 2012, págs. 7 a 20.

<sup>66</sup> BLASCO LAHOZ, J. F.: “La prestación farmacéutica y la nueva cartera común de servicios”, *Aranzadi Social*, T. VI, núm. 3, 2013, págs. 149-173.

<sup>67</sup> “Quizá la llegada de la crisis económica, así como el cuestionamiento de la gestión de las Comunidades Autónomas, haga replantearse esta descentralización de la gestión sanitaria, en particular el empleo de productos farmacéuticos”, según justifica FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Medidas sobre la prestación farmacéutica”, cit, pág. 600.

<sup>68</sup> Así tildándola, con una perspectiva que incluye los últimos cambios más significativos, DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: “Asistencia sanitaria, austeridad económica y prestación farmacéutica”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pág. 615.

El uso racional del medicamento ha quedado teñido, en los cambios normativos de la presente década y prácticamente en exclusiva, por “la lógica de la razón económica”<sup>69</sup>, en aras de una sostenibilidad (ambigua en sus expresiones<sup>70</sup>) que indudablemente pasa por la contención del continuo crecimiento en los gastos, aun cuando ello pudiera ser a costa de los derechos de los pacientes<sup>71</sup>.

Las cifras oficiales no dejan lugar a dudas, y tampoco la incidencia inmediata de las medidas legales (aun cuando ello ocurre solo con las primeras iniciativas adoptadas en 2010, experimentando un repunte a partir de 2014, cuando hubiera debido de obrar el ajuste acometido por el RD-Ley 16/2012<sup>72</sup>), asentadas –según confiesa el legislador de manera repetida en varias de las normas de nuevo cuño– sobre la austeridad como “guía imprescindible en todo momento” y “objetivo inaplazable”, la cual demanda financiar solo cuanto supere el test “coste-efectividad”<sup>73</sup>, apostando –en cuanto concierne a este estudio– por una financiación selectiva y nuevas pautas para la prescripción y dispensación.

La relación eficacia-coste venía siendo el norte propugnado desde hacía tiempo<sup>74</sup>, como vía para contener el gasto sin necesidad de reducirlo, sino “canalizándolo hacia la financiación de aquellos fármacos que aporten mayores retornos en términos de ganancia poblacional de salud”. Entre sus firmes defensores se añadía, como premisas sobre las cuales asentarlos: primero, que “no tiene sentido enumerar medidas locales sin tener en cuenta el contexto general” (es decir, centralización de las iniciativas); segundo, “poner énfasis en la prescripción racional y en la desmedicalización de la vida cotidiana”; por último –y más importante–, “profundizar en la financiación selectiva de medicamentos (...), planteándose financiaciones diferentes al actual ‘todo o nada’, pudiendo mantener grados de financiación variables según las evidencias de ganancias poblacionales de salud ligadas al uso del fármaco, política presente en diferentes países de la OCDE”.

<sup>69</sup> Una cuidada y ejemplar síntesis de tal lógica desde el punto jurídico, por todos, en LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenidos, claves y principios (Compendio de reflexiones jurídicas)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 154 a 156.

<sup>70</sup> Baste para comprobarlo el contraste entre las justificaciones que aparecen, como reflejo de las distintas normas, en dos obras separadas por apenas cinco años: de un lado, la de GRANDA VEGA, E.: “Prestación farmacéutica: modelo sostenible”, *Farmacia Profesional*, Vol. 20, núm. 1, 2006, págs. 8 a 13; de otro, la manifestación corporativa efectuada por el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE FARMACÉUTICOS: “Declaración por la sostenibilidad y cohesión de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud”, *Farmacéuticos*, núm. 361, 2011, pág. 10.

<sup>71</sup> Excelente el discurso en este punto de MORLA GONZÁLEZ, M.: “¿Salud o dinero? La tensión dialéctica entre los derechos del medicamento”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 3, 2016, págs. 55 a 67.

<sup>72</sup> Una presentación y análisis de tales datos, con la relación de normas concretas dirigidas a tal cometido, en GARCÍA VIVANCOS, J.: “¿Contención del gasto farmacéutico?”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, cit., págs. 769 a 777. Superior detalle aún de la relación gasto sanitario/farmacéutico en relación con el PIB en una población diana en HERRERO PÉREZ, E.: *La prestación farmacéutica en atención sociosanitaria*, Tesis Doctoral, Valencia, Universidad de Valencia, 2014, págs. 25 a 44.

<sup>73</sup> Así consta en el Preámbulo del RD-Ley 16/2012: “Resulta necesario, más que nunca, que las decisiones de financiación estén presididas por los criterios de evidencia científica de coste-efectividad, y por la evaluación económica, con consideración del impacto presupuestario, en la que se tenga en cuenta un esquema de precio asociado al valor real que el medicamento o producto sanitario aporte al sistema”.

<sup>74</sup> QUIRÓS GARCÍA, J.: “Políticas farmacéuticas: su repercusión en la prestación farmacéutica”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, núm. 4, 2008, pág. 663 a 667 o, con mayor extensión, MENEU DE GUILLERMA, R. y PEIRÓ MORENO, S.: *Elementos para la gestión de la prescripción y de la prestación farmacéutica*, Barcelona, Masson, 2004.

La primera y fundamental de las medidas derivadas del patrón racionalizador adoptado viene dada por una financiación selectiva de los medicamentos<sup>75</sup>, en virtud de la cual no todos los registrados van a ser financiados lo serán solo los indicados en el nomenclátor, salvo en los términos previstos para situaciones específicas y/o sometidos a autorizaciones especiales con ciertas condiciones, para algunos pacientes determinados o bajo contratos de riesgo compartido. Su importancia es tal que hasta su asentamiento en RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, los arts. 89 y 90 Ley 29/2006 (actuales art. 92 y 93 RD-Leg. 1/2015) habían sido objeto de cuatro modificaciones en apenas seis años para aquilatar los criterios tanto de inclusión como de exclusión<sup>76</sup>, entre los cuales cabe destacar la incorporación de un art. 85 *ter* (vigente art. 92.2.º RD-Leg. 1/2015) como vía para actuar la “desinversión” (medicamentos carentes de efectividad demostrada o cuyo coste-efectividad es desfavorable con otras alternativas terapéuticas), aun cuando en esta ocasión más bien haya sido un trasvase de la financiación pública a la particular del paciente (“financiación selectiva impropia”<sup>77</sup>), especialmente relevante –y sangrante– en el caso de aportación pública a los “medicamentos para síntomas menores”<sup>78</sup>.

El otro gran pilar en este gran apartado (dejando al margen temas conexos, como la interesante cuestión del sistema de compras –argumento autonómico utilizado en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2016 *supra* comentado, fácil de rebatir con solo pensar que su incorporación a nivel nacional lograría aún una mayor rebaja en el coste final–, cuya adquisición centralizada, mediante el empleo de economías de escala, también aumentaría la eficiencia)<sup>79</sup> viene dado por la fijación y revisión de precios<sup>80</sup>, dentro de la cual cobrarán singular relieve tanto el sistema de precios de referencia (un clásico), como el de precios seleccionados para productos financiables (otra novedad introducida en 2012 al calor de la crisis), con un notable incremento de la participación en el pago o aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria (“copago”)<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> Medida estrella que, frente al modelo anterior que actuaba una selección indirecta vía precio [HERNÁNDEZ DE TROYA, M. V.: *La prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud*, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 1998, págs. 193 y ss. o, con cambios ya apreciables, QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., págs. 173 y ss.], constituía el principal reto a asumir tanto desde el punto de vista económico [GALLEGO PERAGÓN, J. M.: “Medidas sobre normalización en el gasto destinado a financiar las prestaciones farmacéuticas”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 65, 2011, págs. 27 a 50], como desde la perspectiva de su ordenación jurídica [BASANTE POL, R. y DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, C.: “Financiación de medicamentos: los aspectos jurídicos”, *Anales de la Real Academia de Farmacia*, Vol. 79, núm. 2, 2013, pág. 300].

<sup>76</sup> Con detalle sobre esta modificación fundamental, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Medidas sobre la prestación farmacéutica”, cit., págs. 614 a 619.

<sup>77</sup> SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, págs. 182 y 183.

<sup>78</sup> DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: “Asistencia sanitaria, austeridad económica y prestación farmacéutica”, cit., pág. 619.

<sup>79</sup> GIRELA MOLINA, B. A.: *Gestión administrativa de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud*, Tesis Doctoral, Granada, Universidad de Granada, 2014, pág. 115. Sobre la experiencia y variantes en Europa de políticas sanitarias, PUIG JUNOY, J.: “Políticas de fomento de la competencia en precios en el mercado de genéricos: lecciones de la experiencia europea”, *Gaceta Sanitaria*, Vol. 24, núm. 3, 2010, págs. 193 a 199.

<sup>80</sup> Una presentación acabada de las claves para la ordenación de esta específica materia en LARIOS RISCO, D.: “La prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud: fijación de precios, financiación pública y copago”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho Sanitario*, T.II, PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), cit., págs. 641 a 675 o FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Medidas sobre la prestación farmacéutica”, cit., págs. 619 a 632.

<sup>81</sup> Una crítica tan acabada como sucinta a esta delicada cuestión en LARIOS RISCO, D. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “La articulación jurídica de la participación del usuario en el gasto sanitario: condiciones normativas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 835, 2012, pág. 2. Poniendo en relación la posible diferencia entre los (...)

El segundo de los aspectos de especial incidencia en este punto afecta a la prescripción y dispensación de medicamentos, en particular articulada a partir de la firme apuesta (pero no unánimemente compartida<sup>82</sup>) por el genérico o biosimilar equivalente.

Dejando al margen las dudas científicas que suscitan las diferencias en relación a la disgregación apreciada entre algunos genéricos dentro de la misma agrupación del conjunto homogéneo (con posterior disolución del principio activo, paso limitante de la absorción), que hacen imprescindibles rigurosos controles de bioequivalencia *in vitro* o *in vivo* y, en los fármacos biológicos, estudios validados demostrando la eficacia y la seguridad tanto en diferentes lotes de anticuerpos como en sus biosimilares (todo ello a riesgo de poder cuestionar pericialmente –como argumentaba, por cierto, el Abogado del Estado– su carácter intercambiable<sup>83</sup>), y dando por supuesto que cumplen todos los requisitos a efectos de su prescripción, intercambiabilidad y sustitución<sup>84</sup>, cabrá dar cuenta, también, de la poco clara o ambivalente evolución legal en este ámbito.

Así, en su formulación originaria, los arts. 85 y 86 Ley 29/2006 únicamente incorporaban el fomento de la prescripción por principio activo. El médico podía prescribir “libremente” (cuestión distinta era si el fármaco recetado quedaba excluido de la prestación y cabía demandar su sustitución en aplicación de las exigencias legales relativas a los precios de referencia<sup>85</sup>), aun cuando obraban claros incentivos a hacerlo mediante genéricos. De crear tal receta, el farmacéutico había de dispensar el genérico de menor precio (a precio y disponibilidad iguales entre genérico y original, debiendo inclinarse, también, siempre por el genérico), si bien, y con carácter excepcional, cuando por causa de desabastecimiento no se

---

valores clínicos y los económicos en las estrategias terapéuticas, procede reseñar la opinión de quien entiende cómo ello conduciría a que, “en casos en los que el paciente no puede acceder al medicamento indicado, o accede empobreciéndose, se esté violando el núcleo esencial de su derecho constitucional a la protección de la salud”, BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La contención del gasto farmacéutico *versus* el acceso de los ciudadanos a los medicamentos”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2015, pág. 151.

<sup>82</sup> En este sentido, y con una justificación digna de tener en cuenta, obra la afirmación de conformidad con la cual tal opción “no parece ser una herramienta para impulsar el uso racional del medicamento, ni el avance hacia un uso responsable de medicamentos”, LUIS YAGÜE SÁNCHEZ, J. R. y TEJERINA, M. T.: “Uso racional de los medicamentos *versus* uso responsable de los medicamentos y prescripción por principio activo”, *Actualidad en Farmacología y Terapéutica*, Vol. 8, núm. 3, 2010, págs. 177 a 182. En similar sentido AMILS ARNAL, R. y BRIERA DALMALI, C.: “El artículo 85.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios: ¿política de promoción del genérico a costa los principios de igualdad, seguridad jurídica, libertad de empresa y libre competencia?”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 68, 2013, págs. 159 a 189 o JUBERÍAS SÁNCHEZ, A.: *Los medicamentos genéricos, entre la propiedad privada y la salud pública*, Barcelona, Reus, 2013.

<sup>83</sup> Baste remitir a dos recientes artículos poniendo de relieve tales condicionantes, firmados por SEGURA CAMPOS, L. A.: “Medicamentos genéricos: su importancia económica en los sistemas públicos de salud y la necesidad de estudios *in vitro* para establecer su bioequivalencia”, *Pensamiento Actual*, Vol. 17, núm. 28, 2017, págs. 108 a 120 o SANZ, M. J.: “Medicamentos genéricos y biológicos”, *Actualidad Farmacológica y Terapéutica*, Vol. 14, núm. 1, 2016, págs. 7 y 8. Sobre quiebras puntuales y su origen, FERNÁNDEZ VILA, P. C.: *¿Son iguales los genéricos que los fármacos de marca?*, Barcelona, Glosa, 2012.

<sup>84</sup> La defensa de que así ocurre en Europa y en España, por los máximos responsables administrativos, en GARCÍA ARIETA, A.; HERNÁNDEZ GARCÍA, C. y AVENDAÑO SOLÁ, C.: “Regulación de los medicamentos genéricos: evidencias y mitos”, *Información Terapéutica del Sistema Nacional de Salud*, Vol. 34, núm. 3, 2010, págs. 71 a 82. Cuestionado algunos de sus condicionantes, CALVO HERNÁNDEZ, B. y ZÚÑIGA, L.: “Sustitución e intercambiabilidad de medicamentos biosimilares”, *Actualidad en Farmacología y Terapéutica*, Vol. 7, núm. 2, 2009, págs. 97 a 100.

<sup>85</sup> BAOS VICENTE, V.: “Médicos y medicamentos genéricos. Prescripción razonada”, *Farmacia Profesional*, Vol. 14, núm. 3, 2009, pág. 96.

dispusiera en la farmacia del medicamento prescrito, o concurrieran razones de urgente necesidad en su dispensación, podía sustituirlo, previa información al paciente al respecto, por otro (salvo aquellos que, por su disponibilidad y estado o rango terapéutico hubiera determinado el Ministerio), siempre y cuando fuera el de menor precio y tuviera igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación.

Quizá por falta de información/formación<sup>86</sup>, o por la continuación en hábitos muy arraigados<sup>87</sup>, cuanto pretendía alcanzar el rango de regla quedo en clara excepción<sup>88</sup>, contrariando el objetivo del legislador inspirado en aquella guía/presentación en la cual se repetía hasta en dos ocasiones cómo, “además de médicos interesados esencialmente por la salud de sus pacientes, son agentes de un sistema público y han de velar por las finanzas de todos (...) No ejerce mejor quien más prescribe (...) Las consultas no han de tener necesariamente por final un triunfo en forma de receta de la marca conocida”<sup>89</sup>.

No puede extrañar, por consiguiente, la reacción frente a un resultado tan ajeno a cuanto había sido el propósito último de la norma, y por RD-Ley 9/2011, de 19 de agosto, ha lugar a una primera reforma del art. 85. Desaparece cualquier mención a una facultad orientada o fomentada, para recoger la obligación que pesa sobre el médico de prescribir, indicar o autorizar la dispensación por principio activo, realizándolo en la receta médica oficial u orden de dispensación, “como norma general”, por denominación genérica del producto y sus características diferenciadas, especificando tamaño y contenido. Con todo, deja un amplio margen a su discrecionalidad, pues “cuando las necesidades terapéuticas lo justifiquen, así como cuando los medicamentos pertenezcan a agrupaciones integradas exclusivamente por un medicamento y sus licencias, al mismo precio que el medicamento de referencia, la prescripción, indicación o autorización de dispensación se podrá realizar indicando el medicamento o, en su caso, el producto sanitario por su denominación comercial”. El papel del farmacéutico, por su parte, se ciñe a seguir dispensando el medicamento o producto sanitario de menor precio dentro de la agrupación homogénea dada; asume –sin incentivos<sup>90</sup>–, no obstante, un importante papel “corrector”, pues “cuando por excepción a la norma general la prescripción, indicación o autorización de dispensación se hubiera realizado identificando el medicamento o el producto sanitario respectivamente, no tratándose de los supuestos previstos en el punto 2 de este artículo [necesidades terapéuticas o agrupaciones integradas por un solo medicamento], dispensará dicho medicamento o

---

<sup>86</sup> Demandada en varios estudios previos, donde quedaba demostrada la necesidad de “proporcionar más y mejor información (clara e independiente) de lo que son las EFG a los médicos españoles”, en VV.AA.: “Genéricos: ¿buenos o malos? Conocimiento y actitudes de los médicos ante los medicamentos genéricos”, *Gaceta Sanitaria*, Vol. 17, núm. 2, 2003, págs. 144 a 149.

<sup>87</sup> ROZANO SUPLET, M.; GÓMEZ, M. y DÍAZ MARTÍN, A.: “Customer perceptions of perceived risk in generic drugs: the Spanish market”, *Innovar*, Vol. 19, núm. 34, 2009, págs. 53 a 64.

<sup>88</sup> Mostrando cómo el cambio del genérico por otro de marca y de mayor precio era práctica común, RECARTE DÍAZ, J. I. *et alii*: “Diferencias entre prescripción y dispensación de genéricos en Atención Primaria”, *Gaceta Sanitaria*, Vol. 21, núm. 5, 2007, págs. 404 a 406.

<sup>89</sup> Recogiendo el dato, ANTONANZAS VILLAR, F.: “El consumo de medicamentos: políticas y pacto social”, *Gaceta Sanitaria*, Vol. 14, núm. 2, 2000, pág. 95.

<sup>90</sup> A diferencia de cuanto ocurre en otros Estados, donde el impulso a los genéricos cuentan con el estímulo directo al farmacéutico; al respecto, DYLST, P.; VULTO, A. y SIMOENS, S.: “How can pharmacist remuneration systems in Europa contribute to generic medicine dispensing?”, *Pharmacy Practice*, Vol. 10, núm. 1, 2012, págs. 3 a 8.

producto si es el de menor precio de la correspondiente agrupación, y si no lo fuera dispensará el que tenga menor precio de la misma”.

Un nuevo cambio de perspectiva, esta vez más radical, ha lugar con el RD-Ley 16/2012, intentando “orientar” aún más el cometido de los médicos<sup>91</sup>. En este sentido, e intentando conjugar de la forma más apropiada “el beneficio del paciente” y la protección de “la sostenibilidad del sistema”, el legislador estable en el art. 85 que “las prescripciones de medicamentos incluidos en el sistema de precios de referencia o de agrupaciones homogéneas no incluidas en el mismo se efectuarán de acuerdo con el siguiente esquema: a) Para procesos agudos, la prescripción se hará, de forma general, por principio activo. b) Para los procesos crónicos, la primera prescripción se hará de forma general, por principio activo. c) Para los procesos crónicos cuya prescripción se corresponda con la continuidad de tratamiento, podrá realizarse por denominación comercial, siempre y cuando esta se encuentre incluida en el sistema de precios de referencia o sea el de menor precio dentro de su agrupación homogénea”.

Amén de la difícil distinción entre tratamientos agudos y crónicos, así como la cuestionable separación dentro de estos últimos entre primera receta y el resto<sup>92</sup>, cabe observar cómo los criterios respecto a los genéricos lo siguen siendo “de forma general”, admitiendo, por tanto, una excepción que necesariamente ha de entroncar con la necesidades terapéuticas, pues “la prescripción por denominación comercial será posible siempre y cuando se respete el principio de mayor eficiencia para el sistema y en el caso de medicamentos no sustituibles”.

Anotando la cuestionable recuperación de registro –bastante poco operativa en un pasado próximo<sup>93</sup> al introducir mayores dosis de burocracia en un cauce suficientemente regulado y fluido<sup>94</sup>– para el uso de medicamentos fuera de indicación (en condiciones no incluidas en su ficha técnica), y la consiguiente modificación en tal sentido del RD 1015/2009, así como la imprescindible introducción de la receta electrónica interoperable, aun cuando el sistema de apoyo a la prescripción diseñado para su cumplimentación diste de estar perfeccionado (de hecho volverá a ser modificado por el art. Único. 31 Ley 10/2013, de 24 de julio, para incluir un aspecto tan importante como “el registro de la formación sobre el

<sup>91</sup> Sobre este intento, común a nivel internacional, la acabada reflexión de LEYVA PIÑA, M. A. y PICHARDO PALACIOS, S.: “Los médicos de las farmacias similares: ¿degradación de la profesión médica?”, *Polis*, Vol. 8, núm. 1, 2012, págs. 143 a 175.

<sup>92</sup> “La distinción entre tratamientos agudos y crónicos es un brindis al sol. ¿Quién delimita la diferencia?. Además, la industria cada vez está menos interesada en tratamientos agudos (por ejemplo, de ahí la ausencia de investigación en antibióticos), y su repercusión en el conjunto de la prestación es muy baja. La distinción entre la primera receta y las demás en los tratamientos crónicos no tiene mucho sentido. Imaginamos que es un intento de nadar entre dos aguas, la de prescripción por principio activo y la de Farmaindustria, accediendo a las peticiones de esta última pero intentando condicionar la primera receta en un supuesto totalmente erróneo de que la marca o el genérico dispensado en la farmacia en la primera receta es el que se va a mantener en las dispensaciones sucesivas”, SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, cit., págs. 179 y 180.

<sup>93</sup> CARRILLO NORTE, J. A. y POSTIGO MOTA, S.: “Medicamentos genéricos: contener el gasto farmacéutico pero con garantías de calidad”, *Revista ROL de Enfermería*, Vol. 35, núm. 2, 2012, págs. 10 a 19.

<sup>94</sup> Baste la remisión a cuanto con anterioridad a tal reforma habían observado GARCÍA SABINA, A.; RABANAL REY, R. y MARTÍNEZ-PACHECO, R.: “Revisión sobre el uso de medicamentos en condiciones no incluidas en su ficha técnica”, *Farmacia Hospitalaria*, Vol. 35, núm. 5, 2011, págs. 267 a 277.

número de dosis ajustada a las necesidades de tratamiento”)<sup>95</sup> y, por supuesto, falte aún tiempo para su completa funcionalidad, importa ahora reseñar el papel “secundario” al que continúa relegado el farmacéutico. Ante una receta por principio activo, limitará su quehacer a dispensar el medicamento de precio más bajo dentro de su agrupación homogénea y, en caso de igualdad, el genérico o “el medicamento biosimilar” (dando así cabida, tanto aquí como en el art. 86.5, a aquellos que no son idénticos, sino “similares”, habiendo de pasar por un examen comparativo integral en términos de calidad, actividad biológica, seguridad y eficacia<sup>96</sup>) que corresponda; le resta, no obstante, la posibilidad de sustitución en los términos anteriormente expuestos (en el caso de los biosimilares, atendiendo a su regulación específica). Línea en la cual ha de ser interpretada la reforma que afecta a la norma surgida de la refundición de la precedentemente expuesta, el RD-Leg. 1/2015, operada por la disposición final 20.4 Ley 48/2015, de 29 de octubre, donde –sin modificación de la LCCSNS– queda suprimido, tanto en su art. 87 como en el 89, el inciso de conformidad con la cual, en caso de igualdad del precio más bajo dentro de la misma agrupación homogénea, debía dispensar preferentemente el genérico o biosimilar.

Sirva una afirmación final respecto a esta política sobre genéricos, con una meta tan clara como cimientos tan difíciles de asentar (quizá por el delicado equilibrio –calificado, incluso, como “sofisma”<sup>97</sup>– entre la calidad de las prestaciones y la viabilidad financiera): nunca procederá olvidar cómo “la prescripción por principio activo, aunque ayude a la contención de costes a corto plazo, es, sobre todo, una filosofía. Una filosofía por la que los profesionales trabajan con los nombres de la sustancia que representa el medicamento y no con el nombre que va ligado a un producto industrial, por la que ese nombre se incorpora a las recetas y paulatinamente a todos los documentos, las historias clínicas, los informes de alta. Es una estrategia que tiende al debilitamiento del impacto comercial de los laboratorios y a recuperar el carácter científico de un tratamiento”<sup>98</sup>.

\*\*\*

“Guerra” por obtener y ejercer la competencia sobre una suculenta partida presupuestaria, como muestra patente de lo lejano que aparece el elemento de racionalidad dado por un diálogo fluido en el cual el Estado admita la superior eficacia demostrada por las Comunidades Autónomas en la gestión de aspectos claves en la provisión, prescripción y dispensación de medicamentos, dada su mayor proximidad y mejor conocimiento de las necesidades y costes en su territorio; donde estas, por su parte, reconozcan que es a aquel a quien corresponde ordenar, no un mero servicio público, sino un sistema.

---

<sup>95</sup> Sobre tal cuestión, en detalle, CUBÍ MONFORT, R.: “Implicaciones de la prescripción por principio activo en receta electrónica”, *Formación Médica Continuada en Atención Primaria*, Vol. 19, núm. 1, 2012, pág. 1; un elenco de tales problemas narrado por los propios interesados en VILLIMAR RODRÍGUEZ, A. *et alii*: “Percepción de los médicos de Atención Primaria sobre la receta electrónica en el Servicio Madrileño de Salud”, *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 31, núm. 6, 2016, págs. 338-346.

<sup>96</sup> Sobre tan compleja determinación y sus implicaciones, esclarecedor el análisis de MARCOS-ROJA, A. *et alii*: “Biosimilares, el camino ha comenzado”, *Farmacia Hospitalaria*, Vol. 39, núm. 2, 2015, págs. 114 a 117.

<sup>97</sup> Así calificado por MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Elevando el umbral del dolor de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 351, 2012, pág. 42.

<sup>98</sup> SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *cit.*, pág. 179.

De tal encuentro habría de surgir un consenso en el cual la prestación farmacéutica, como parte de la sanitaria, nunca perdiera su entronque con la Seguridad Social, lo cual sería garantía máxima de una verdadera igualdad efectiva en el acceso a tan preciado beneficio; a la par, constituiría cimiento firme para una ordenación de la prescripción y dispensación cuya convulsa evolución en los últimos años muestra una acusada, y mal resuelta, preferencia por el test eficacia/coste: bien están las medidas de ahorro, pero únicamente si son técnicamente eficientes, van acompañadas no solo de disposiciones normativas, sino de adecuada formación –y aprovechamiento de la alta cualificación– tanto de los profesionales médicos como farmacéuticos y, sobre todo, se orientan, siempre al fin último de una adecuada atención al paciente.



## Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?

### Disability, long-lasting temporary disability and discrimination: is it invalid the dismissal of a temporary disabled worker?

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

*CONTRATADO PREDOCTORAL FPU. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE  
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

#### Resumen

El presente estudio tiene por objeto realizar un análisis exhaustivo de la calificación que merece el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal. Durante estos últimos años se han sucedido numerosas resoluciones judiciales sobre esta materia que han considerado que un despido de este tipo no se considera nulo, sino improcedente. Sin embargo, el TJUE ha suscitado la duda recientemente y ha concluido en uno de sus pronunciamientos que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como «duradera» y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000. En este trabajo no solo se examinarán las circunstancias en las que el TJUE permite equiparar la situación de incapacidad temporal a la situación de discapacidad, sino que también se medirá la acogida de la doctrina comunitaria por la doctrina judicial española.

#### Abstract

The purpose of this study is to carry out an exhaustive analysis of the description that the dismissal of a temporary disabled worker deserves. During these last years there have been numerous legal rulings on this area that have considered that a dismissal of this type should not be considered invalid, but inadmissible. However, the CJEU (the Court of Justice of the European Union) has recently raised concerns on this and has concluded in one of its declarations that the dismissal of a temporary disabled worker can be considered discriminatory and, therefore, it can be void if the worker's capacity limit is considered as "durable" and it is taken as part of the concept of disability for the purpose of Directive 2000/78 of November 27, 2000. This paper will examine both the circumstances in which the CJEU allows the situation of temporary incapacity to be equated to the situation of disability, and the acceptance of community doctrine by Spanish judicial doctrine.

#### Palabras clave

Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal; discriminación basada en la discapacidad; igualdad de trato en el empleo; incapacidad temporal de carácter duradero; nulidad del despido; situación de discapacidad

#### Keywords

Dismissal of a temporary disabled worker; discrimination based on disability; equal treatment in employment; long-lasting temporary disability; nullity of the dismissal; situation of disability

## 1. INTRODUCCIÓN

Un despido siempre provoca en el trabajador una situación no deseada, pero si además se produce habiendo estado el empleado de baja por incapacidad temporal<sup>1</sup>, el problema se agrava aún más. En los últimos años se han visto pronunciamientos importantes y muy diversos en torno a la calificación que ha de darse a este tipo de despido, es decir, el despido de un trabajador que se encuentra en la situación de incapacidad temporal<sup>2</sup>. En relación a ello, parece oportuno destacar que en el texto originario del Estatuto de los Trabajadores el despido de un trabajador efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo era declarado siempre nulo, a excepción de si se declaraba procedente. Ahora bien, tras la reforma laboral operada en el año 1994, el ámbito del despido nulo quedó reducido<sup>3</sup> exclusivamente a aquellos despidos que tuviesen por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la Ley, o bien se produjesen con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

A partir de la citada reforma, y durante estos últimos años –como ya se ha indicado–, los diferentes tribunales han emitido numerosas resoluciones judiciales acerca de la calificación que merece el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, *«habida cuenta que su ausencia del trabajo, prolongada en muchos casos, frecuentemente impide imputarle otras conductas disciplinarias, y que las causas alegadas en la carta de despido son vagas y genéricas precisamente por la suspensión del contrato de trabajo»*<sup>4</sup>. La mayor parte de estos pronunciamientos judiciales que se han dictado durante estos últimos años se han basado en la doctrina sentada en esta materia por el Tribunal Supremo<sup>5</sup> y por el Tribunal Constitucional, y han considerado que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al artículo 108, apartado 2, de la Ley 36/2011 de 10 de octubre de 2011, sino improcedente.

---

<sup>1</sup> Como se sabe, esta situación ha sido siempre un tema controvertido en el ámbito del despido. También es un tema controvertido en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, véase: ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: «Análisis jurisprudencial de la incapacidad laboral por estrés tras la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, págs. 889-895.

<sup>2</sup> Desafortunadamente, cada vez son más frecuentes los empresarios que deciden poner fin a la relación laboral de aquellos trabajadores que se encuentran en una situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente laboral.

<sup>3</sup> En otras palabras, se puede decir que la reforma laboral operada en el año 1994 limitó la calificación de nulidad, con las consecuencias que ello supone.

<sup>4</sup> Véase el Informe sobre la sentencia que declaró nulo el despido por enfermedad del trabajador, publicado por Sedano & Asociados en el mes de julio de 2017 y disponible en: <http://www.asolan.com>.

<sup>5</sup> El Tribunal Supremo, en concreto, ha afirmado que la *«la enfermedad no constituye, con carácter general, un factor de discriminación, toda vez que ni el art. 14 CE ni el art. 4.2.c) del Estatuto de los trabajadores aluden expresamente a la enfermedad como causa de discriminación prohibida. Según esta doctrina, si el trabajador es despedido tan solo por el hecho de encontrarse en incapacidad temporal, puesto que esta situación no es causa lícita para despedir, procede calificar el despido como improcedente, salvo que concurren las circunstancias especiales que dan lugar a la nulidad de la decisión extintiva»*. En este sentido, FERRANDO GARCÍA, F. M.: «La incapacidad temporal de duración larga e incierta como causa de discriminación por discapacidad, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 202, 2017, págs. 237-246.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi) ha suscitado la duda de si el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha de ser declarado nulo o, por el contrario, ha de calificarse como improcedente. El alto Tribunal Europeo concluye en esta sentencia que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como «duradera» y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000. Se trata, por lo tanto, de una sentencia que resuelve sobre una materia de enorme repercusión para numerosos trabajadores en toda la Unión Europea.

En el presente trabajo se realizará un examen profundo de esta sentencia y se prestará especial atención a la equiparación entre la incapacidad temporal duradera y la discapacidad en la doctrina del alto Tribunal Europeo. Finalmente, se medirá la acogida de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la jurisprudencia española.

## 2. LA INCAPACIDAD TEMPORAL: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El concepto de incapacidad temporal se refiere, en términos generales, a la situación «en la cual una persona no puede trabajar a raíz de su estado médico de salud»<sup>6</sup>. Se refiere a una situación vinculada al ámbito del trabajo<sup>7</sup>, puesto que la «*incapacidad aparece cuando el efecto del estado de una persona es impedirle el emprendimiento de un empleo*»<sup>8</sup>. La incapacidad temporal «*aparece definida en el Estatuto de los trabajadores (art. 45.1.c LET) como una causa de suspensión del contrato de trabajo, de lo que parece inferirse que responde a una situación coyuntural de alteración de la salud padecida por el trabajador y que se prolonga hasta el momento en que el trabajador recupera su capacidad laboral con el alta médica*»<sup>9</sup>.

Con arreglo al artículo 169 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>10</sup>, la incapacidad temporal<sup>11</sup> puede ser definida como aquella situación en la que se encuentran los

<sup>6</sup> SPICKER, P.: «Un distingo entre discapacidad e incapacidad», *Revista internacional de seguridad social*, vol. 56, núm. 2, 2003, pág. 40.

<sup>7</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «Discapacidad e incapacidad temporal: A propósito de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 229.

<sup>8</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en AA.VV., *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 14.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: «El despido durante la incapacidad temporal y su calificación jurídica», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 275.

<sup>10</sup> BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión, ver: FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Subsidio por incapacidad temporal», en AA.VV., *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016; LÓPEZ INSUA, B. M.: «La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social», en AA.VV., *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, Universidad de Málaga, Málaga, 2014; y ; LÓPEZ INSUA, B. M.: *La incapacidad temporal en el sistema de seguridad social*, Comares, Granada, 2014.

trabajadores impedidos temporalmente para el trabajo y necesitan asistencia médica por alguna de las siguientes causas:

- a) Enfermedad común o profesional.
- b) Accidente, sea o no de trabajo.
- c) Período de observación de enfermedades profesionales, cuando sea necesaria la baja médica.

De la última definición de incapacidad temporal dada interesa destacar que es una situación diferente de la incapacidad permanente<sup>12</sup>, con la que le une la circunstancia de incapacidad para el trabajo, pero de la que se diferencia por su duración (y en cierto modo por su intensidad, puesto que lo temporal acostumbra a ser más leve que lo permanente o previsiblemente definitivo). Sin duda, se trata de una situación temporal o transitoria, no definitiva o permanente, ya que de lo contrario nos encontraríamos en otro ámbito, el de la incapacidad permanente, en el cual no tiene sentido hablar ya de absentismo aboral. Ahora bien, es evidente que una incapacidad temporal puede ser precisamente el precedente cronológico de una incapacidad permanente.

Como se sabe, la situación de incapacidad temporal se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico-laboral, en la medida en que el contrato de trabajo (cuando se trabaja por «cuenta ajena») queda suspendido, con el cese consecuente de la obligación de trabajar y del derecho a percibir el salario, con reserva del puesto de trabajo<sup>13</sup>. Análogamente, dicha situación se encuentra protegida por el sistema de la Seguridad Social, dado que se trata de una contingencia amparada bajo la tutela sanitaria (prestaciones en especie de asistencia sanitaria) y la económica (a modo de subsidio que reemplaza a los ingresos derivados del trabajo).

La determinación de la alteración de la salud incapacitante se produce típicamente a través de los partes médicos de baja confirmación y alta, regulados con detalle en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración<sup>14</sup>. A este respecto, conviene señalar que se hace preciso cumplir con el

---

<sup>12</sup> La incapacidad permanente 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». En este sentido, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Incapacidad permanente. Prestaciones*, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid, 2016, pág. 5, disponible en el enlace que se muestra a continuación: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/47093.pdf>. Sobre esta cuestión, pueden destacarse también las siguientes lecturas: PÉREZ ALONSO, M. A.: «Incapacidad temporal y la incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social: Aspectos laborales», en AA.VV., *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 15-78; y MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (a casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)», *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. 8, 2016, págs. 13-33.

<sup>13</sup> Se sostiene en principio, el derecho a la reincorporación.

<sup>14</sup> BOE núm. 176, de 21 de julio de 2014.

requisito de una decisión médica, es decir, con la expedición del correspondiente «parte médico de baja», cualquiera que sea la contingencia determinante, para poder accionar la protección por incapacidad temporal. De acuerdo con el art. 2.1 del Real Decreto 625/2014, el parte médico de baja es «*el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal*»<sup>15</sup>. Se trata de un criterio sanitario que repercute no solo en el sistema administrativo y técnico de la Seguridad Social, sino que también en las relaciones entre las empresas y las Administraciones (sin olvidar la incidencia en el absentismo laboral).

### **3. EL DESPIDO DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU CALIFICACIÓN**

Ya contextualizada la situación de incapacidad temporal, se analizará a continuación el desarrollo legislativo y jurisprudencial del tratamiento de la extinción de la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en incapacidad temporal (se verá que esta situación tiene incidencia tanto en los despidos disciplinarios como en los producidos por causas objetivas), así como la calificación del despido.

Posteriormente, se propondrá un examen acerca de la equiparación entre la incapacidad temporal duradera y la discapacidad<sup>16</sup> a propósito de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente a propósito de su reciente sentencia de 1 de diciembre de 2016. Finalmente, se medirá la acogida de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la jurisprudencia española.

#### **3.1. El despido durante la situación de incapacidad temporal**

A día de hoy la situación de los trabajadores que se encuentran en incapacidad temporal constituye una cuestión delicada y también complicada, cuya discusión lleva ya tiempo y todavía suscita el conflicto entre dos intereses legítimos que será necesario resolver para decidir cuál prevalece.

Por una parte, los trabajadores se encuentran protegidos con una prestación económica por incapacidad temporal, que trata de cubrir la falta de ingresos que se produce cuando se encuentran imposibilitados temporalmente para trabajar y precisan de asistencia sanitaria, mientras su contrato está suspendido con reserva del puesto. Por otra parte, los empleadores pueden despedir a estos trabajadores en incapacidad temporal (especialmente cuando esta situación pueda prolongarse en el tiempo) por causas objetivas según los términos indicados en los arts. 52 a) y 52 d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Su expedición ha de ir precedida de un «*reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo*».

<sup>16</sup> En este sentido, resulta interesante la siguiente lectura: VILA TIERNO, F.: «Efectos laborales derivados de la prestación de servicios tras alta médica no impugnada (una revisión de la doctrina judicial más reciente)», en AA.VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.

<sup>17</sup> BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

–en adelante ET–, y con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, en circunstancias que hacen excesivamente gravoso el mantenimiento del contrato de trabajo.

Con lo anterior es muy importante insistir en las enormes dificultades que tiene el empresario para llevar a cabo este tipo de despidos. El primero, el despido objetivo por ineptitud sobrevenida del art. 52 a), es difícil de articular en la medida en que la ineptitud sobrevenida del trabajador tiene difícil encuadre con la baja médica. En segundo lugar, y en relación al art. 52 d) que regula el despido objetivo por absentismo<sup>18</sup>, es importante clarificar también que solo computan a efectos del absentismo<sup>19</sup> las bajas médicas que tienen una duración inferior a 20 días y al margen de numerosas excepciones. Y además, el número de ausencias justificadas computables ha de ser significativamente elevado, ya que ha de superar el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o bien el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de un año. Con respecto a las anteriores restricciones, cabe señalar que, si bien es cierto que todas ellas se han concebido para ofrecer una mayor protección al trabajador enfermo frente al despido, también es cierto que generan un «efecto perverso» que se traduce en la aplicación del despido disciplinario por parte de los empresarios cuando consideren que el mantenimiento del contrato de aquellos trabajadores en situación de baja médica resulte excesivamente gravoso para la empresa<sup>20</sup>.

Como se sabe, el despido disciplinario, en cuanto tal, es incongruente con la baja médica, dado que el trabajador no tiene voluntariedad alguna en su enfermedad; las inasistencias durante una situación de incapacidad temporal se encuentran justificadas y no tienen carácter voluntario. Por todo lo anterior, el despido del trabajador durante la baja médica se ha venido calificando hasta ahora, como veremos con atención en el siguiente subepígrafe, como improcedente, con una indemnización de 33 días<sup>21</sup> de salario por año de servicio, prorrateada por meses en períodos de tiempo inferiores a un año<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> En lo que respecta a esta materia, pueden ser recomendable las siguientes lecturas: GÓMEZ SALADO, M. Á.: «Delimitación del concepto de “enfermedad grave” y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 397, 2016, págs. 17-36; GÓMEZ SALADO, M. Á.: «Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 410, 2017, págs. 85-105.

<sup>19</sup> Resulta innegable la relación existente entre la incapacidad temporal y el absentismo laboral. Si atendemos a la tasa de absentismo por incapacidad temporal, podemos comprobar que esta disminuyó un 30% desde el 3,8% en el año 2007 hasta el 2,7% en 2013 (tasa más baja que la del año 2000). Más tarde, en 2014 sufre un repunte del 9% con respecto al anterior año, hasta una tasa del 2,9% (mismo nivel que en el año 2000) y ya en 2015 vuelve a repuntar con intensidad un 21% hasta la tasa del 3,3%, pero aún está lejos del 3,8% que marcó en 2007. Los datos empleados proceden de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL) y del «V Informe ADECCO sobre Absentismo Laboral», presentado en junio de 2016 y disponible en <http://www.adecco.es/SalaPrensa/EstudiosAdecco.aspx> (consultado el 14 de marzo de 2017).

<sup>20</sup> LAHERA FORTEZA, J.: «Despidos durante la baja médica: ¿Es admisible prescindir de un trabajador enfermo con una indemnización de improcedencia?», <http://www.cincodias.com/>, 2017.

<sup>21</sup> Debemos tener en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización de los contratos celebrados con anterioridad al día 12 de febrero del año 2012, que la cuantía de 45 días de salario por año de servicio continúa siendo aplicable, pero solo hasta esa fecha.

<sup>22</sup> Hasta el momento, las empresas han podido despedir a los trabajadores en situación de incapacidad temporal por el simple hecho de considerar que dichos trabajadores carecían de utilidad productiva al encontrarse de baja, aunque ésta sea temporal. Efectivamente, tal motivo no es causa válida de despido conforme a la Ley, con lo

(...)

Por último, y por su importancia, merece ser destacado de forma singular el «efecto perverso» de utilizar despidos disciplinarios y no objetivos durante las bajas médicas. Se trata de una cuestión compleja y polémica, que exige un gran entendimiento y que genera amplias discusiones: ¿Es tolerable poner fin a la relación laboral de un trabajador enfermo, sin justificación alguna, con el mero pago de una indemnización de improcedencia? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha proporcionado recientemente una respuesta a este interrogante, concluyendo que puede existir discriminación en bajas médicas prolongadas que provocan una limitación duradera, las cuales se asimilan a la discapacidad. Ahora bien, antes de analizar la posición del Alto Tribunal europeo, se analizará la jurisprudencia interna en torno a la calificación del despido durante la incapacidad temporal.

### **3.2. La calificación del despido durante la incapacidad temporal en la jurisprudencia española**

Desde que en 1995 se aprobaron el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>23</sup> y el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral<sup>24</sup>, se ha ligado la nulidad del despido a la lesión de derechos fundamentales del trabajador. Ello permitió no otorgar un carácter cuasi automático de la declaración de nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal.

En un momento posterior, el Tribunal Supremo dictó la sentencia<sup>25</sup> de 29 de enero del año 2001, de especial trascendencia para el trabajador enfermo. En ella manifestó el Tribunal Supremo que el despido de un trabajador enfermo no es nulo ni discriminatorio, sino improcedente<sup>26</sup>. Además, entendió que para que la enfermedad como causa de despido pudiese suponer una vulneración del art. 14 de la Constitución Española<sup>27</sup>, sería necesaria su configuración como un elemento de segregación o diferenciación social.

En concreto, se dispuso en la sentencia: *«la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación»*.

---

cual la empresa debía soportar el coste de la indemnización por despido improcedente, pero al menos no se enfrentaba al riesgo de nulidad del despido, con la obligación de readmitir al trabajador en cuestión (además de la posible condena por daños y perjuicios...).

<sup>23</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995).

<sup>24</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995).

<sup>25</sup> STS de 29 de enero de 2001 (réc. núm. 1566/2000).

<sup>26</sup> Es decir, expuso que la enfermedad no constituye, con carácter general, un factor de discriminación, de modo que el despido del trabajador que se base en ella no debe calificarse como nulo, sino como improcedente.

<sup>27</sup> Art. 14 de la Constitución Española: *«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

Razonamiento que dicho Tribunal ha mantenido en posteriores pronunciamientos<sup>28</sup> hasta consolidar su jurisprudencia.

Asimismo, consideró el Tribunal que no debe equipararse la enfermedad a la discapacidad, por constituir esta segunda una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. Así lo indicó expresamente en su sentencia<sup>29</sup> de 3 de mayo de 2016: *«en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido. Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades»*.

Sin embargo, si volvemos la mirada hacia los Tribunales Superiores de Justicia, podemos comprobar que algunos de ellos han defendido con convicción la nulidad del despido del trabajador que se encuentra en incapacidad temporal. Según estos, puede que la causa objetiva o disciplinaria que alegue la empresa no sea el verdadero fundamento de la decisión de poner fin a la relación laboral, sino que probablemente sea la propia incapacidad del trabajador lo que motiva el despido. Particularmente, se han alzado en contra de la doctrina del Tribunal Supremo, entre otros, los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña (sentencias<sup>30</sup> de 12 de julio y 28 de julio de 2006), Asturias (sentencia<sup>31</sup> de 12 de marzo de 2010), Islas Canarias (sentencias<sup>32</sup> de 22 de diciembre de 2010 y 25 de enero de 2011), o Galicia (sentencia<sup>33</sup> de 22 de diciembre de 2015), en resoluciones que, a pesar de haber sido casadas y anuladas algunas de ellas por el alto tribunal, no dejan de tener trascendencia.

Numerosos autores<sup>34</sup> entendieron posteriormente que la línea propia del Tribunal Supremo había sido refrendada por el Tribunal Constitucional en su sentencia<sup>35</sup> de 26 de mayo de 2008, en la medida en que concluyó que la enfermedad, en el sentido funcional de capacidad para el trabajo, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este concepto tiene en el apunte final del art. 14 de la Constitución. En palabras del Alto Tribunal, *«una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional,*

<sup>28</sup> SSTS de 23 de septiembre de 2002 (réc. núm. 449/2002), 12 de julio de 2004 (réc. núm. 4646/2002), 22 de noviembre de 2007 (réc. núm. 3907/2006) y 18 de diciembre de 2007 (réc. núm. 4194/2006), entre otras.

<sup>29</sup> STS de 3 de mayo de 2016 (réc. núm. 3348/2014).

<sup>30</sup> SSTSJ de Cataluña de 12 de julio (réc. núm. 2900/2006) y 28 de julio de 2006 (réc. núm. 608/2005).

<sup>31</sup> STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (réc. núm. 188/2010).

<sup>32</sup> SSTSJ de Islas Canarias, Las Palmas de 22 de diciembre de 2010 (réc. núm. 1314/2010) y 25 de enero de 2011 (réc. núm. 204/2010).

<sup>33</sup> STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (réc. núm. 3689/2015).

<sup>34</sup> Entre ellos: GÁLVEZ DURÁN, S.: «El Despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad», *Iuslabor*, núm. 3, 2015.

<sup>35</sup> STC de 26 de mayo de 2008 (réc. núm. 3912/2005).

*difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE»<sup>36</sup>. De este modo, y según esta sentencia, los despidos que se efectúen en situaciones de incapacidad temporal han de calificarse en todo caso como improcedentes, pues no alcanzan a la nulidad que se reserva para la discapacidad.*

A modo de síntesis, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han interpretado en sus distintos pronunciamientos que el despido de un trabajador que se encuentra en incapacidad temporal es ilícito, pero no discriminatorio<sup>37</sup>, dado que una incapacidad temporal se puede originar como consecuencia de un sinfín de circunstancias, ya que los accidentes o enfermedades son de muy diversos tipos y ocasionan consecuencias también distintas<sup>38</sup>.

El recorrido histórico anterior, creo que es un trasfondo necesario para poder analizar mejor la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### **3.3. La equiparación entre la incapacidad temporal duradera y la discapacidad en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la STJUE de 1 de diciembre de 2016**

#### **3.3.1. El caso concreto: Planteamiento de la cuestión controvertida**

El pasado 1 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia<sup>39</sup> (asunto C-395/15, conocido como el caso «Daouidi») de especial trascendencia, que resolvió acerca de la equiparación entre la incapacidad temporal duradera y el concepto de discapacidad<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Aunque precisando que se puede vulnerar el citado precepto «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

<sup>37</sup> Hasta ahora, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha considerado que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al art. 108, apartado 2, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de Octubre de 2011).

<sup>38</sup> En este sentido, se manifiesta RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?», *La Ley Unión Europea*, núm. 43, 2016.

<sup>39</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15).

<sup>40</sup> Para conocer más detalles sobre el concepto de discapacidad, hay que partir de los siguientes trabajos: GALLEGO PERAGÓN, J. M.: «La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada», *Quincena fiscal*, núm. 3, 2011, págs. 15-32; MONEREO ATIENZA, C.: «Breves reflexiones sobre el concepto de discapacidad», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 223, 2009, págs. 22-31; RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: «Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción del contrato de trabajo por incapacidad laboral sobrevenida», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, págs. 1001-1007; y RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: «La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad», en AA.VV., *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, págs. 879-889.

El supuesto que da origen al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parte de los siguientes hechos: el Sr. Daouidi fue contratado el día 17 de abril de 2014 para trabajar como ayudante de cocina en uno de los restaurantes de un hotel de la ciudad de Barcelona. Tres meses más tarde, concretamente el 15 de julio de 2014, la empresa renovó su contrato y, en este sentido, el jefe de cocina expresó su conformidad con la prórroga.

Durante la prórroga (para ser más precisos, el día 3 de octubre de 2014), el trabajador sufrió un accidente de trabajo al resbalar en la cocina del restaurante y se dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. Por este motivo, el Sr. Daouidi inició un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente laboral. Tras haber sido consultado (dos semanas más tarde) el trabajador por el Jefe de Cocina acerca de la fecha prevista para su reincorporación, siendo la contestación que no se podía producir la reincorporación de forma inmediata, la empresa remite una carta de despido disciplinario. La causa del cese fue «no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo»<sup>41</sup>.

En estas circunstancias, el interesado, no mostrándose conforme con la decisión de la empresa, la impugnó e interpuso una demanda de despido. El actor expuso en la demanda la vulneración del derecho fundamental a la integridad física recogido en el art. 15 de la Constitución<sup>42</sup>, al que sumó más tarde un segundo motivo: la causa o motivo real de su despido fue su situación de incapacidad derivada del accidente de trabajo, con lo cual debería ser considerado discriminatorio, citando expresamente la sentencia<sup>43</sup> del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013. En la demanda, el trabajador solicitó la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, así como una indemnización por daños morales.

A tenor de lo anterior, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a) ¿Ha de entenderse la prohibición general de discriminación revelada en el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>44</sup> en modo que pueda albergar, en su ámbito de prohibición y tutela, la decisión de la empresa de extinguir el contrato a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en una situación de incapacidad temporal (de duración incierta) derivada de accidente de trabajo, cuando estaba percibiendo asistencia sanitaria y una prestación económica de la Seguridad Social?

---

<sup>41</sup> En concreto, la empresa le comunicó al trabajador el despido con el siguiente tenor: «Lamentamos poner en su conocimiento que hemos adoptado la determinación de dar por concluida la relación laboral que le une con la empresa, procediendo a su inmediato despido con efectos del día de la fecha. La razón que fundamenta esta decisión es debida a no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el [Estatuto de los Trabajadores]».

<sup>42</sup> Art. 15 de la Constitución: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

<sup>43</sup> STJUE de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11).

<sup>44</sup> DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

- b) ¿Se ha de interpretar el art. 30<sup>45</sup> de la citada Carta en el sentido que la protección que se debe conceder a un trabajador objeto de un despido claramente arbitrario y falto de causa, ha de ser la dispuesta en la normativa nacional para todo aquel despido que vulnere un derecho fundamental?
- c) La decisión de la empresa de extinguir el contrato a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en una situación de incapacidad temporal (de duración incierta) derivada de accidente de trabajo, cuando estaba percibiendo asistencia sanitaria y una prestación económica de la Seguridad Social, ¿se incluiría en el ámbito de afectación y/o tutela de los arts. 3, 15, 31, 34.1 y 35.1 de la Carta (uno, alguno o todos ellos)?
- d) En el supuesto de que se responda afirmativamente a las tres cuestiones previas (o a alguna de ellas) y se entienda que la decisión de despedir a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en una situación de incapacidad temporal (de duración incierta) derivada de accidente de trabajo, cuando estaba percibiendo asistencia sanitaria y una prestación económica de Seguridad Social, se incluye en el ámbito de afectación y/o tutela de algunos o alguno de los artículos de la mencionada Carta, ¿pueden ser aplicados por el juez nacional para resolver un litigio entre particulares, ya sea por considerarse que (en función de que se trate de un «derecho» o «principio») se valen de eficacia horizontal o por aplicación del «principio de interpretación conforme»?
- e) En el supuesto de que se responda negativamente a las cuatro cuestiones previas, se plantea una quinta y última cuestión: ¿Podría entrar en el concepto de «discriminación directa por discapacidad» (como motivo de discriminación considerado en los arts. 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78/CE<sup>46</sup> de igualdad de trato en el empleo) la decisión de la empresa de despedir a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en situación legal de incapacidad temporal (de duración incierta)?

A la vista de lo expuesto anteriormente, y a modo de síntesis, las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona pretenden conocer si, desde la perspectiva del derecho europeo, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal puede incidir en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y si la decisión de la empresa de despedir a un trabajador que se encuentra en situación legal de incapacidad temporal (de duración incierta) podría estar o no comprendida dentro del concepto de discriminación directa o indirecta por discapacidad que ofrece la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad de trato en el empleo.

---

<sup>45</sup> El cual dispone lo siguiente: «*Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*».

<sup>46</sup> 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 (DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000).

### 3.3.2. Claves de la posición judicial respecto al despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal

Para poder analizar correctamente la posición del Alto Tribunal Europeo, debemos partir de lo que establece el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE: «*La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*». A este respecto, el art. 2.1 dispone lo siguiente: «*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1*».

Así pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de la mencionada directiva y ofrece una respuesta por partida doble.

De un lado, el Tribunal de Justicia se declara incompetente en lo relativo a la aplicación directa de los distintos derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, por tanto, incompetente en relación al tratamiento de las cuatro primeras cuestiones prejudiciales.

De otro lado, aborda la quinta de las cuestiones antes expuestas, en la que venía a contemplar la posibilidad de considerar discriminatorio el despido de un trabajador por el solo hecho de estar en situación legal de incapacidad temporal. Sobre esta cuestión, considera que la definición<sup>47</sup> de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE debe comprender todas aquellas limitaciones de la capacidad que se puedan calificar como «duraderas».

En consecuencia, admite la posibilidad de que estos despidos puedan ser calificados como nulos, en el supuesto de que la incapacidad sea considerada como de carácter «duradero», ampliándose así el concepto de «discapacidad». Entre los indicios que permiten entender que la limitación es «duradera» figuran, «*en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio (despido), la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*»<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013) también recoge una definición de discapacidad. A efectos del art. 2 de esta ley se entiende por discapacidad la 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.

<sup>48</sup> Según la sentencia objeto de análisis, para poder asimilar la incapacidad temporal del trabajador al concepto de discapacidad, el trabajador ha de «*padecer dolencias físicas, mentales o psíquicas*» que impliquen una limitación duradera para desempeñar el trabajo en condiciones de igualdad con el resto de trabajadores. En otras palabras, que la incapacidad del interesado «*no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*», cuestión que corresponde valorar al juez nacional.

También determina el Tribunal que el carácter duradero de una incapacidad temporal ha de ser comprobado por el Juzgado nacional valiéndose de todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, *«en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales»*.

Salta a la vista en la discordancia existente entre nuestra jurisprudencia interna y la del Alto Tribunal Europeo. La doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha venido delimitando la incapacidad temporal desde una perspectiva «estrictamente funcional de la capacidad para el trabajo», no calificable de factor discriminatorio prohibido en el sentido estricto del inciso final del art. 14 de la Constitución Española. Y la Directiva 2000/78 concibe la discapacidad en cuanto factor a preservar a efectos del principio de igualdad de trato en el empleo, y la define de forma más amplia al comprender aquellas limitaciones de la capacidad que puedan ser calificables como «duraderas».

¿Significa este pronunciamiento que, a partir de este momento, cualquier despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal puede ser declarado nulo? ¿Todas las situaciones de incapacidad temporal pueden ser equiparadas al concepto de discapacidad?

Podemos deducir, en primer lugar, que para declarar nulo un despido en estas circunstancias, debemos constatar que la limitación de la capacidad del trabajador tiene carácter duradero, es decir, que *«no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona»*. Por tanto, y en respuesta a la segunda pregunta, todas las situaciones de incapacidad temporal no podrán ser equiparadas al concepto de discapacidad que ofrece la Directiva, pues la equiparación no es total.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, podemos resumir la cuestión resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del modo siguiente:

- El carácter discriminatorio del despido tendrá lugar si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como duradera y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78.
- La sentencia del Alto Tribunal Europeo que se analiza *«obliga necesariamente a modificar»* la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que a partir de ahora *«deberá ceder, necesariamente, ante la prohibición de discriminación por discapacidad – directa e indirecta– establecida en la Directiva, como mínimo cuando tal “incapacidad” pueda devenir “duradera”»*.
- El carácter duradero debe observarse al momento de producirse el «acto presuntamente discriminatorio», es decir, al momento de producirse el despido del trabajador.
- Entre los indicios que permiten entender que la limitación es duradera» figuran, en concreto, la falta de una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o la prolongación significativa antes de que tenga ocasión el restablecimiento de la persona.

Es evidente la trascendencia mediática alcanzada por la sentencia de 1 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ofrece una solución que bien puede considerarse de sentido común, previsible por su elevada o alta razonabilidad. Como se ha visto anteriormente, esta sentencia clarifica una materia de enorme repercusión para numerosos trabajadores en toda la Unión Europea, y también redefine conceptos que creíamos hasta ahora consolidados y que se ponen en cuestión cada día.

No obstante, habrá que ver si la doctrina comunitaria es confirmada por la doctrina de los tribunales españoles.

### **3.4. La acogida de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la jurisprudencia española**

#### **3.4.1. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona**

Días más tarde, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, una vez resuelta la cuestión prejudicial por parte del Alto Tribunal Europeo, aplica los criterios y dicta sentencia<sup>49</sup>. Para ello, el juez acuerda citar a ambas partes para valorar la incidencia de la sentencia del Tribunal Europeo y para la práctica de prueba de interrogatorio, testifical, documental y pericial. Todo ello con el propósito de comprobar si la situación de baja del trabajador puede calificarse como una limitación «duradera» y, al mismo tiempo, configurarse como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78. En caso de que el despido se hubiese llevado a cabo en esta situación, se estaría ante un claro ejemplo de discriminación en bajas médicas prolongadas que ocasionan una limitación duradera.

Pues bien, a la vista de las pruebas practicadas, el juez estima que concurren motivos suficientes para declarar el despido nulo.

En primer lugar, se estudia la duración de la baja y se determina que, en virtud de las pruebas practicadas, la situación de baja del Sr. Daouidi puede entrar en la definición de «duradera», ya que en el mismo momento en que tuvo lugar el juicio el trabajador se encontraba todavía de baja, así como varios meses después, habiendo estado de baja durante diez meses. En este sentido, el juez también considera que la empresa ya conocía, en respuesta del trabajador a la pregunta del Jefe de Cocina a mediados de octubre de 2014, que su reincorporación iba a ser «a corto plazo».

En segundo lugar, se analiza si, aun pudiendo ser calificada la baja como de larga duración, el despido del trabajador puede ser considerado discriminatorio. El hecho de que la carta de despido sea «genérica e inconcreta», así como el propio panorama del caso (superación del periodo de prueba, ampliación de jornada, prórroga del contrato de trabajo...), llevan a la conclusión de que el «motivo real» del despido se basa en la prolongación de la baja del trabajador.

---

<sup>49</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 (AS 2016\1794).

Por tanto, en base a todo lo anterior y en aplicación de la Directiva 2000/78 y del art. 6.1 del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>50</sup>, el Juzgado concluye que concurren motivos suficientes para entender que la causa real del despido no fue el hecho del accidente laboral en cuanto tal, ni la inicial situación de incapacidad temporal del trabajador en sí misma (ya que ello hubiera determinado el despido inmediato), sino más bien la percepción empresarial de que tal incapacidad temporal *«se tornaba en “duradera”, sin “una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”*. Y es por ello que el despido impugnado debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad».

### **3.4.2. La postura del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto al despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal**

A continuación se presenta un breve análisis de la reciente y extensa sentencia<sup>51</sup> del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de junio de 2017 que permitirá conocer el estado actual sobre la cuestión que se analiza en este trabajo: la nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal. Esta última sentencia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha revocado la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona que, al amparo del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, había declarado discriminatorio y, por tanto, nulo, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal.

Pues bien, la empresa que había visto rechazadas todas y cada una de sus resistencias, ahora, nada de acuerdo con la declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales (discriminación por discapacidad)<sup>52</sup>, decide interponer un recurso. En este recurso la empresa argumenta que el despido no tuvo nada que ver con *«la dolencia que sufría el trabajador, y menos aún, cuando la razón que denuncia de forma principal en su demanda para impugnar el despido, fue, según refiere, la presión que recibió de la empresa para que solicitase el alta médica»*. Por otro lado, la empresa añade en el recurso que la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el trabajador en el momento en que fue despedido no puede equipararse a una situación de discapacidad, ya que no se había podido probar que sus dolencias representaran un obstáculo para el desarrollo futuro de su profesión, susceptible de estigmatizarle.

Asimismo, alega la empresa que un despido de esta naturaleza no se recoge entre los supuestos de despido nulo que aparecen regulados en el Estatuto de los Trabajadores, y que tampoco puede considerarse la existencia de vulneración de otros derechos fundamentales del trabajador.

Este recurso presentado interpuesto por la empresa es resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de junio de 2017. Las tres principales cuestiones que se plantea el Tribunal en esta sentencia son las que se muestra a continuación:

<sup>50</sup> Que establece: «La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo».

<sup>51</sup> STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (réc. núm. 2310/2017).

<sup>52</sup> Es decir, la empresa no estaba nada conforme con la citada sentencia del Juzgado Social nº 33 de Barcelona.

1. ¿Un despido que tiene como causa real (la aparente es otra) una situación de enfermedad (incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo) puede calificarse a efectos del art. 14 Constitución Española, como discriminatorio por discapacidad, y por tanto nulo?
2. De no ser así, ¿puede declararse nulo por atentar contra el derecho del a la integridad física, a la salud, o la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 de la Constitución)?
3. Y por último, ¿podría ser igualmente calificado de nulo por ser un despido sin causa y por tanto, injustificado?

La cuestión más importante que se plantea el Tribunal es la primera de ellas, es decir, la que pretende conocer si un despido que tiene como causa real (la aparente es otra) una situación de enfermedad (incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo) puede calificarse a efectos del art. 14 Constitución Española como discriminatorio por discapacidad y, por tanto, nulo. Para hallar una respuesta a la primera cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña procede al examen del derecho, así como de la doctrina jurisprudencial, constitucional y comunitaria.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acude, en primer lugar, a una sentencia<sup>53</sup> reciente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, y reproduce su contenido. Esta última se refiere a una trabajadora que recibe una comunicación escrita de despido disciplinario mientras se encuentra en una situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo<sup>54</sup>. En ella, el Tribunal Supremo considera que la existencia de la enfermedad no es la causa del despido de la trabajadora, sino la incidencia de la misma en la productividad y continuidad del servicio. Por consiguiente, al no existir un factor de discriminación en el despido de la trabajadora, ni estar encuadrado en los supuestos recogidos por el Estatuto de los Trabajadores como despidos nulos, entiende que el mismo merece la calificación de despido improcedente.

---

<sup>53</sup> STS de 3 de mayo de 2016 (réc. núm. 3348/2014). Cabe destacar que esta sentencia se basa en otra anterior del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de julio de 2014 (réc. núm. 956/2014).

<sup>54</sup> En concreto, se dispone en la sentencia que la trabajadora en fecha de 1 de marzo del año 2013 sufrió un accidente de tráfico camino del trabajo, que le ocasionó un «latigazo cervical» del que fue asistida médicamente en la mutua de accidentes, y por el cual pasó a situación de incapacidad temporal que finalizó con alta médica el día 28 de marzo del mismo año. Diez días después del accidente, en fecha de 11 de marzo de 2013 y estando en situación de incapacidad temporal, la trabajadora recibió una comunicación escrita de despido disciplinario, con el siguiente tenor literal: «La Dirección de esta empresa le comunica por medio de la presente que en base a las facultades que a la misma le reconoce el art. 54 ET (RCL 2015, 1654), ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo, procediendo a su despido por la efectiva disminución en su rendimiento, que viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd en periodos anteriores, y transgresión buena fe contractual. Además, las continuas advertencias e intentos de corrección sobre su rendimiento nunca han sido tenidas en cuenta por Vd, haciendo caso omiso a las mismas. Así, y como ejemplo, en el último mes de trabajo su ratio ha sido en febrero de 0,82 cuando el ratio promedio del resto de sus compañeros de trabajo en este mes es de un 0,87, cuando el objetivo de la campaña es un 1,20. Lo que ratifica las manifestaciones antes realizadas respecto a su disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de su trabajo y transgresión buena fe contractual. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el apartado 2.e) art. 54 ET, surtiendo efectos a partir de hoy 11.3.13».

En palabras del Tribunal Supremo, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede considerarse incluido sin más en la prohibición de discriminación que se establece en el art. 14 de la Constitución. La mera enfermedad no se encuentra entre los factores de discriminación que se enuncian en el referido precepto, ni puede incluirse en la cláusula final genérica de dicho artículo («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas.

En este sentido, resalta el Tribunal que, *«el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar cuando se produce con frecuencia Inusitada, que "el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa" (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación»*. Tras ello, hace hincapié en lo siguiente: *«sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad»*.

También se recoge en la doctrina del Tribunal Supremo que los conceptos de enfermedad y discapacidad no son equiparables o coincidentes, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, ya que la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, puede ser entendida como una situación *«contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo»*.

Por el contrario, la discapacidad puede ser concebida como una situación *«permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido»*. En otras palabras, la enfermedad se refiere a una situación temporal de alteración de la salud de la persona, mientras que la discapacidad hace referencia a una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, entendida como un estatus resultante de una declaración administrativa<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> En base a todas estas indicaciones, el Tribunal Supremo considera que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas (...)

A la vista de estos fundamentos jurídicos –recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016–, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 12 de junio de 2017, ofrece una primera solución a la primera cuestión planteada y determina que la aplicación de dicha doctrina al supuesto enjuiciado, dado que en el momento en que el trabajador fue despedido, e incluso considerando lo ocurrido con posterioridad al mismo, tal y como se evidencia en los hechos probados, *«no nos permite albergar ninguna duda, que el despido no fue discriminatorio, ni vulnerador de ninguno de los derechos fundamentales, ni tampoco los no fundamentales que se citan, ni por tanto está viciado de nulidad. La situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el actor cuando fue despedido, al margen de cuál fuera la intencionalidad de la empresa, solo permite calificarla de despido improcedente, pues no nos encontramos ante un supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación, es más, ni el propio actor lo reconoció en su demanda. Parece entonces evidente, que habiendo transcurrido apenas un mes y medio desde que sufrió el accidente de trabajo, con una lesión de codo, que presumiblemente era leve, y que curó, en un plazo más que razonable, en atención al momento en que fue dado de alta por curación sin secuelas, a la única conclusión que podemos alcanzar, en tanto que la sentencia ahora recurrida, no ha introducido ningún elemento diferenciador relevante, es la que recoge nuestra anterior sentencia, y la que describe la sentencia de la Sala IV del TS que la confirma, y en definitiva, en el presente caso, debemos señalar que a juicio de esta Sala, la empresa no sustentó su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el trabajador, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral»*.

Tras esta primera solución, y haciendo ya referencia a la sentencia de 1 de diciembre de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recuerda que el Juzgado de instancia planteó una cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulándole una serie de preguntas, que, a su juicio, no habían sido resueltas, ni por el Tribunal Supremo ni siquiera por el Tribunal Constitucional<sup>56</sup>, en el asunto Chacó Navas, y Ring, para, después precisar lo que sigue: *«debemos advertir, que en lo que respecta a la sentencia del TC (62/08), en ningún momento se refirió a la posibilidad en estos casos de que se pudiera alcanzar por esta vía la nulidad, cabe recordar que señalaba que, en todo caso, se "podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria". De todas formas, sí que es cierto, como recoge la sentencia recurrida, que el TC no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión de la CDFUE (LCEur 2007, 2329), del Convenio 158 OIT, aunque sí lo hizo el Magistrado que hizo voto particular a dicha sentencia, por lo que de entrada todas esas cuestiones que pretende vincular la calificación del despido a otros derechos recogidas en normas comunitarias, o internacionales de obligada aplicación en nuestro ordenamiento interno habría que entender que también fueron rechazadas»*.

---

que se encuentran afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen por el contrario, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

<sup>56</sup> En su sentencia de 26 de mayo de 2008 (réc. núm. 3912/2005).

Seguidamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña concluye que los considerandos 42 a 55 del caso Daouidi, si alguna cosa ponen en evidencia, por la relevancia que tienen en la resolución de *«este recurso, es que en principio el estado físico del trabajador accidentado es reversible (considerando 46); que "el concepto de limitación "duradera" de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de "discapacidad" al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (considerando 51); el régimen jurídico de la incapacidad "temporal", con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera", en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU (considerando 52); que el "carácter "duradero" de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (considerando 53); y por último, "Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter "duradero", ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico. (considerando 55)»*.

Basándose en todas las consideraciones previas, el Tribunal puede concluir que *«si comparamos los asuntos Navas, y Ring, con el actual, y los ponemos en relación con el supuesto enjuiciado, en aplicación de los términos estrictos a los que éste se contrae, la situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, a la única conclusión a que podemos llegar es que, al margen de la valoración que hace el Juzgado, y de la parte actora a través de su escrito de impugnación, es que se encontraba en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20.7.2015. Es cierto, como se hace constar en el hecho noveno que el actor solicitó la incapacidad permanente el 14.9.2016, pero, ello no es suficiente para considerar que las limitaciones funcionales, a la luz de la doctrina de la sentencia que examinamos, pueda calificarse de duraderas, lo que significa, que en el supuesto enjuiciado, la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone dicha resolución ni tiene cabida a efectos de tutela, en la Directiva 2000/78, ni por consiguiente, la empresa pudo cometer con el despido por esta causa ningún tipo de discriminación»*. Tras este análisis, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que, ante la falta de causa discriminatoria acreditada, el despido del trabajador no puede calificarse como nulo, sino como improcedente.

Una vez resuelta la cuestión anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pretende hallar una respuesta a la segunda cuestión planteada y, por tanto, determinar si puede declararse nulo un despido por atentar contra el derecho a la integridad física, a la salud, o la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 de la Constitución Española).

Para responder a esta cuestión, el referido Tribunal se acoge a la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia. Conviene destacar que el Tribunal Supremo ya ha avalado en algunas ocasiones la calificación de nulidad de un despido cuando la empresa sustenta su decisión extintiva en una causa que comporta un grave riesgo para la salud del trabajador. Determinadas actuaciones u omisiones de la empresa podrían afectar al ámbito protegido por el art. 15 de la Constitución cuando tuvieran lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para

la salud, esto es, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o un peligro grave para la salud del trabajador. Pero en este supuesto concreto, no se ha probado tal aspecto. En concreto, se señala literalmente en el citado pronunciamiento que *«no se le pasa por alto a la Sala, que la Sala IV del Tribunal Supremo en alguna ocasión. (véase la STS 828/2011), ha avalado la calificación de nulidad del despido cuando la decisión de la empresa de despedir al trabajador se fundamenta en causa que comporte un grave riesgo para la salud del trabajador. Señala esta resolución con cita de las SSTC 62 y 160/2007 (RTC 2007, 160) que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad persona" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", y precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora", en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Y, considera, que si el despido se produjo por la negativa del trabajador a abandonar el tratamiento médico que se le había prescrito, dicha amenaza constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada. Pero, a pesar de que dicha circunstancia fue alegada por el trabajador para impugnar el despido, nada sobre ello ha quedado probado. Por tanto, en este asunto, tampoco sería de aplicación la doctrina mencionada».*

En relación a la tercera y última cuestión planteada, se concluye que un despido sin causa (y, por tanto, injustificado) o por fraude de ley no puede ser calificado como nulo. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal recuerda toda la doctrina existente en torno a esta materia concreta.

Por último, teniendo en consideración todas las razones que se han dado previamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revoca la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 y, por tanto, califica de improcedente el despido que sufrió el trabajador el día 26 de noviembre de 2014 en cuanto la empresa no ha conseguido acreditar la causa que alegó para justificar su decisión.

En consecuencia, el Tribunal condena a la empresa a que ejerza el derecho de opción, dentro del plazo de cinco días computados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución, y decida, si quiere continuar con el contrato de trabajo del actor, con abono de los salarios que correspondan, o por el contrario, lo extingue definitivamente, con abono de una indemnización de 983,84€, sin salarios de trámite.

Como se puede comprobar, esta sentencia viene a confirmar la doctrina ya sentada en esta materia por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

De la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se desprende que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al artículo 108, apartado 2, de la Ley 36/2011 de 10 de octubre de 2011, sino improcedente. También se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo que los conceptos de enfermedad y discapacidad no son equiparables o coincidentes, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, ya que la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, puede ser entendida como una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. Por el contrario, la discapacidad puede ser concebida como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi) ha suscitado la duda de si el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha de ser declarado nulo o, por el contrario, ha de calificarse como improcedente. El alto Tribunal Europeo concluye en esta sentencia que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como «duradera» y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000. También concluye el alto Tribunal Europeo que el carácter duradero debe observarse al momento de producirse el acto presuntamente discriminatorio, es decir, al momento de producirse el despido del trabajador. Y que entre los indicios que permiten entender que la limitación es duradera figuran, en concreto, la falta de una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o la prolongación significativa antes de que tenga ocasión el restablecimiento de la persona.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo tanto, clarifica una materia de enorme repercusión para numerosos trabajadores en toda la Unión Europea, y redefine conceptos que creíamos hasta ahora consolidados y que se ponen en cuestión cada día.

Pero, a pesar del criterio mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha confirmado, en una reciente sentencia de 12 de junio de 2017, la doctrina ya sentada en esta materia por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Según el Tribunal Superior de Justicia, la enfermedad puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación semejante a los que expresamente se recogen en el art. 14 de la Constitución, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ahora bien, ello no significa que la enfermedad en «sentido genérico» deba ser considerada

como un motivo o factor discriminatorio. Por tanto, si no existe un factor de discriminación en el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, ni está encuadrado en los supuestos que el Estatuto de los Trabajadores califica como despidos nulos, el despido ha de merecer la calificación de despido improcedente. También conviene destacar que el Tribunal Superior de Justicia defiende que una situación de incapacidad temporal no se puede equiparar en todo caso a una situación de discapacidad (desde una perspectiva jurídica, son dos situaciones distintas).

Queda claro, a la vista de las anteriores consideraciones, que la sentencia de 12 de junio de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña viene a confirmar y a aplicar la doctrina ya sentada en esta materia tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. Habrá que esperar, por tanto, a que el Tribunal Supremo clarifique la cuestión en un nuevo pronunciamiento.

## La coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo The European Union coordination of the unemployment benefits

SARA GUINDO MORALES

CONTRATADA PREDOCTORAL FPU (MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE). DEPARTAMENTO DE DERECHO  
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

### Resumen

El presente trabajo de investigación pretende analizar el régimen jurídico de la coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo derivadas del Derecho social comunitario. Con tal fin, resulta obligado partir del conocido Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y el Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004. De sus contenidos y de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el desempleo continúa constituyendo la prestación social más problemática y compleja debido a la existencia de los diferentes regímenes jurídicos de los Estados miembros, lo que motiva que focalicemos en ella nuestro estudio, en donde se examinarán las cuestiones que la actual regulación se encuentra generando y las respuestas que a las mismas se han planteado desde los ámbitos legislativo y jurídico.

### Abstract

This research work aims to do an analysis of the legal regulations of the European Union coordination of the unemployment benefits derived from the community social law. On that purpose, we must begin with the well-known Regulation (CE) num. 883/2004 of the European Parliament and the Council, which deals with the coordination of the social security systems, and the Regulation (CE) num. 987/2009 of the European Parliament and the Council, by which the application norms of the Regulation (CE) num. 883/2004 are established. From its contents and the recent declarations in case-law terms by the Court of Law of the European Union, it is concluded that the unemployment still constitutes the most problematic and complex social service due to the existence of different legal regulations of the member States, what justifies this focus on it, where both the questions that the current regulation is creating and the contemplated answers in the legal and legislative field will be studied.

### Palabras clave

Coordinación comunitaria; prestación por desempleo

### Keywords

European Union coordination; unemployment benefit

## 1. INTRODUCCIÓN

Debido a la actual crisis económica y social que se encuentra atravesando toda la comunidad internacional, la prestación por desempleo adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que una de las consecuencias de la recesión contemporánea es la significativa pérdida de empleos en la Unión Europea<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup>. D.: “La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.) *et al*: *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 105.

Sometidos a una gran presión financiera, los regímenes de prestaciones de desempleo se han reformado en las últimas décadas para dificultar el acceso a las mismas, endureciéndolos, considerándose inevitable debido al incremento del número de desempleados, conllevando la reducción de cotizaciones y contribuyentes así como el aumento de los posibles beneficiarios, por tanto, lo anterior justifica la necesidad de encajar y equilibrar una situación en la que cada vez existen más peticionarios y, al mismo tiempo, menos recursos económicos<sup>2</sup>.

El sistema de coordinación comunitaria encuentra su fundamento jurídico en los artículos 48, 153, 156 y 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –en adelante y para simplificar, TFUE–, constituyendo el principio básico del que se parte el de la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros; con esta finalidad instrumental, se adoptan medidas en materia de Seguridad Social con el objeto de evitar que los ciudadanos de la UE –o asimilados a ellos– que trabajen y residan en un Estado miembro distinto al suyo de origen pierdan una parte o todos sus derechos de Seguridad Social<sup>3</sup>. Y es que la incertidumbre sobre los derechos generados en un Estado disuadiría a un ciudadano europeo para desplazarse en el interior de la UE si no se le garantiza que tendrá los mismos derechos que si no hubiera ejercido su derecho de movilidad<sup>4</sup>.

Actualmente, la Seguridad Social europea se articula en torno a la idea de coordinación y no de armonización, en otros términos, el propósito no consiste en adoptar una legislación única para todos los ciudadanos de la Unión Europea ni crear un sistema exclusivo que sustituya a los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros, sino articular unas reglas comunes de funcionamiento que permitan coordinar los distintos sistemas normativos de Seguridad Social existentes con el objetivo, en último lugar, de *“garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, a las personas a su cargo y a sus superstitas, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo”*<sup>5</sup>; por tanto, centrando el tema en los aspectos que se refieren a la coordinación de la prestación por desempleo, debe señalarse que, desde el 1 de mayo de 2010, los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea están coordinados por dos Reglamentos: el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>6</sup> (Reglamento base) –en adelante y para simplificar, Reglamento (CE) núm. 883/2004– y el Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre la coordinación

<sup>2</sup> PIETERS, D.: “Reflexiones comparativas sobre los regímenes del desempleo en Europa”, en AA.VV.: *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2015, pág. 923.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Parte Dossier, núm. 4, Navarra, Aranzadi, 2016, pág. 21.

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014, pág. 61.

<sup>5</sup> Considerando 13º Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>6</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea –en adelante y para simplificar, DOUE– en fecha de 30 de abril de 2004.

de los sistemas de seguridad social<sup>7</sup> (Reglamento de aplicación) –en adelante y para simplificar, Reglamento (CE) núm. 987/2009–<sup>8</sup>, que han sustituido definitivamente a los Reglamentos (CEE) núm. 1408/71 y núm. 574/72, respectivamente<sup>9</sup> –intentando reordenar y simplificar el sistema, visto, expresa el tercer Considerando del Reglamento (CE) núm. 883/2004, “*que las normas de coordinación comunitarias*”, fruto de la jurisprudencia y las sucesivas reformas, “*son complejas y sumamente extensas*”<sup>10</sup>–; la movilidad de los ciudadanos ha experimentado un crecimiento significativo en las últimas décadas a raíz, especialmente, del fenómeno de la globalización, determinando que la coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social sea a día de hoy más necesaria si cabe que nunca<sup>11</sup>.

La finalidad de los preceptos de dichos Reglamentos no es la de consagrar un sistema europeo de protección por desempleo –dado el convencimiento de los Estados miembros de que esta protección está íntimamente relacionada con el ejercicio de la soberanía estatal–<sup>12</sup>, sino la de coordinar las subsistentes legislaciones y administraciones nacionales en esta materia<sup>13</sup>; todo lo anterior, encaminado a facilitar el cumplimiento del principio general de la libre circulación de trabajadores dentro del espacio comunitario<sup>14</sup>, –obviamente, siempre y cuando no se ocasione un enriquecimiento injustificado–, por lo que se han tenido que sustituir, modernizar y simplificar las normas al respecto.

Los preceptos del Reglamento (CE) núm. 883/2004 tienen como objetivo preeminente, más que orientar la regulación vigente, mejorar o perfeccionar las técnicas de coordinación y, sobre todo, clarificar una regulación reglamentaria casi insufrible por su excesiva –y muchas veces necesaria– prolijidad<sup>15</sup>. A estos efectos “*es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social y*

<sup>7</sup> Publicado en el DOUE en fecha de 30 de octubre de 2009.

<sup>8</sup> El Reglamento (UE) núm. 465/2012 de Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 ha adaptado los precitados Reglamentos comunitarios de Seguridad Social a los cambios legislativos introducidos en las legislaciones de algunos estados miembros para garantizar la seguridad jurídica de las partes interesadas. Además, se incluyen propuestas de la Comisión administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social destinadas a mejorar y modernizar el Derecho Europeo.

<sup>9</sup> El Reglamento (CE) núm. 883/2004 entró en vigor el 20 de mayo de 2004, aunque su aplicación se pospuso hasta la aprobación y entrada en vigor, el 1 de mayo de 2010, del Reglamento (CE) núm. 987/2009. Por tanto, el Reglamento (CE) núm. 987/2009 ha permitido la entrada en vigor, real y efectiva, del Reglamento (CE) núm. 883/2004, suponiendo la derogación definitiva de los Reglamentos (CEE) núm. 1408/71 y núm. 574/72. Sin embargo, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 continúa vigente y sus efectos jurídicos se mantienen en determinados supuestos.

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., págs. 61 y 62.

<sup>11</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”. Comunicación adscrita a la Ponencia III: “Los nuevos Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social”, AESSS, Madrid, 2010, pág. 167.

<sup>12</sup> MIRANDA BOTO, J. M<sup>a</sup>.: “Las sentencias españolas del TJCE en materia de desempleo”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.) y CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M<sup>a</sup>. (Coord.) *et al: Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Murcia, Laborum, 2006, pág. 140.

<sup>13</sup> El Reglamento no instituye un régimen de Seguridad Social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos y su único objeto es garantizar que exista un nivel de coordinación entre estos últimos.

<sup>14</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, en *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, Madrid, Wolters Kluwer, 2011, págs. 15 y 16.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., págs. 62 y 63.

*establecer únicamente un sistema de coordinación. En el marco de dicha coordinación, es preciso garantizar a las personas interesadas la igualdad de trato dentro de la Comunidad conforme a las diversas legislaciones nacionales<sup>16</sup>”, ya que “es menester que las personas que circulan dentro de la Comunidad estén sujetas al sistema de seguridad social de un solo Estado miembro, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que ello podría entrañar<sup>17</sup>”.*

Por otro lado, no se ha de olvidar que el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>18</sup> –en adelante y para simplificar, CDFUE– se refiere directamente a la “*Seguridad social y ayuda social*”, tal y como reza su rúbrica, en el que, en primer lugar, se establece que “*la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*”; en segundo lugar, se señala que “*toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*” y, por último, se indica que “*con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales*”<sup>19</sup>. El precepto anterior posee una singular relevancia debido a que siendo uno de los grandes referentes de la CDFUE, no se limita a reconocer tales derechos, sino que impone a los Estados signatarios un conjunto de garantías para hacerlos realmente efectivos<sup>20</sup>.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho de la UE no encontramos una definición jurídica de coordinación, si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en adelante y para simplificar, TJUE– nos aproxima a la noción de coordinación comunitaria que se caracteriza por las siguientes notas<sup>21</sup>:

- Coordinación no conlleva unificación ni armonización de sistemas de Seguridad Social.
- Tampoco implica la derogación, reforma o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social coordinados –que se mantienen con todas sus singularidades–.

<sup>16</sup> Considerando 5º Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>17</sup> Considerando 15º Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>18</sup> Publicado en el DOUE en fecha de 26 de octubre de 2012.

<sup>19</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, *passim*.

<sup>20</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al*: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 894.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, 2016, págs. 5 y 6.

- No veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social.
- La coordinación no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para facilitar, en última instancia, el principio general de la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea por lo que respecta al Reglamento (CE) núm. 883/2004.
- La coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando así que los trabajadores migrantes vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social.
- A través de la técnica de la coordinación, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 garantiza a los sujetos incluidos dentro de sus respectivos ámbitos subjetivos de aplicación un trato igual al dispensado a los trabajadores nacionales.

El proceso de globalización no sólo ofrece nuevos problemas, sino que también debe contribuir a generar nuevas soluciones; puede entenderse así el recurso argumental que la Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante y para simplificar, STS–, Sala de lo Social, de fecha 18 de octubre de 2012, hace al Reglamento (CE) núm. 883/2004, con la finalidad de identificar un periodo diferente al reglamentario para fijar el tope o límite “normal” para conservar el derecho a la protección por desempleo; en particular, y como se verá más adelante, el artículo 64.1 de dicho Reglamento regula situaciones de movilidad transnacional ordenadas por el Derecho Comunitario de Coordinación de la Seguridad Social, lo que no era el caso dado que se trataba de una beneficiaria de la prestación por desempleo extracomunitaria –ya que Ucrania no forma parte de la UE–, un dato jurídico tan evidente merecedor de un significativo reproche por el voto particular, ya que no se entiende cómo puede incluirse en la fundamentación de la mayoría de la Sala como una vía de integración de lagunas del derecho nacional<sup>22</sup>.

Pero el impacto de la globalización en la “hermenéutica jurídica” en general, y en la judicial en particular, no presenta sólo una dimensión de evolución cooperativa, integradora, a través de la creciente “importación-exportación” de criterios y conceptos jurídicos; al mismo tiempo, la globalización, y sus diversos procesos de integración jurídica, implican un mayor desplazamiento de los niveles nacionales centrales de fijación del sentido –comprensión– de las normas a otros transnacionales, cuyo resultado práctico no será sólo el incremento de nuevos niveles “supremos”, sino también la intensificación de la tensión entre ellos, y es que la movilidad transnacional que la globalización produce no afecta únicamente a las personas, recursos y situaciones sino a la comprensión del ordenamiento nacional mismo; si la referencia a la Sentencia precitada ilustra esa vertiente más armónica y pacífica, la función complementaria de las normas y jurisprudencia transnacionales respecto del establecimiento de la propia en cada experiencia nacional, otras ilustran claramente esta otra función más conflictiva, de modo que a las clásicas tensiones entre el TS y el Tribunal Constitucional en

---

<sup>22</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: *Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2013, pág. 104.

aquellos países en los que, como el caso de España, existen ambos, ahora se añadirían las que aquellos altos tribunales mantienen con los internacionales, en especial con el TJUE y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, multiplicando esta complicación de las instancias las opciones de los jueces y de los ciudadanos de hallar respuestas más satisfactorias para sus expectativas-derechos cuando se hayan cerrado las vías nacionales<sup>23</sup>. Esta última observación nos da la pauta para entender cuál es el alcance fundamental de las normas comunitarias en materia de Seguridad Social, que, en efecto, existen y, en determinados ámbitos, tienen una decisiva relevancia o influencia, hasta el punto de obligar incluso a cambiar criterios interpretativos de los tribunales ordinarios españoles, incluido el TS<sup>24</sup>.

En suma, en el ámbito comunitario, la UE carece de competencias en aras a establecer sistemas uniformes en materia de Seguridad Social, limitándose su ámbito de actuación al establecimiento de mecanismos de coordinación para evitar que el ciudadano comunitario pueda verse perjudicado en el acceso a los respectivos sistemas nacionales de seguridad social por el hecho de ejercer su libertad de libre circulación y establecimiento y sin perjuicio de que, sobre la base del principio básico de igualdad y no discriminación por razón de sexo, sí pueda intervenir adoptando normas en materia de seguridad social de trato específicamente predicadas de su aplicación a los sistemas de Seguridad Social<sup>25</sup>.

Como se ha indicado anteriormente, se ha producido una modernización de todo el sistema legislativo a partir del Reglamento (CE) núm. 883/2004 rehusándose de establecer normas mínimas sustantivas armonizadoras o de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de prestaciones, a pesar de que cada vez resulta más problemática la inexistencia de una ordenación de normas mínimas europeas que vaya más allá de la simple coordinación entre legislaciones nacionales muy diferentes, constituyendo precisamente el desempleo uno de los arduos problemas al respecto<sup>26</sup>, siendo prueba de ello las iniciativas en curso acerca de la creación de una prestación comunitaria de desempleo básica para todos los países miembros de la UE –la cual representaría una red de seguridad europea para los Estados miembros–, pudiendo los mismos completar o no, o extender el seguro de acuerdo con sus circunstancias nacionales; de hecho, distintos partidos políticos de nuestro país han asumido en sus programas iniciativas para una Europa Social que, entre otras muchas cosas, establezca un seguro europeo de desempleo que complemente los sistemas nacionales de protección por desempleo para hacer frente a las consecuencias de las altas tasas de paro cíclico en la Unión, especialmente en países de la Europa del sur –entre los que se incluye a España–<sup>27</sup>.

Al hilo de lo anterior, en el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores –EPSCO– informal de julio del año 2014 se celebró un Taller, dentro del marco del Plenario de Objetivos de Pobreza y Revisión de la Estrategia 2020 relativo al tema de los Estabilizadores fiscales automáticos para la Unión Monetaria Europea, entre cuyas principales opciones manejadas hasta la fecha se barajó la opción consistente en disponer un seguro de

<sup>23</sup> *Ibidem*, págs. 104 y 105.

<sup>24</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., p. 61.

<sup>25</sup> VICENTE PALACIO, A.: “Concepto. Formación histórica. Fuentes reguladoras. Estructura del sistema español de Seguridad Social”, en GARCÍA NINET, J. I., GARCÍA VIÑA, J. y VICENTE PALACIO, A. (Dirs.) *et al: Manual básico de Seguridad Social*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2016, pág. 36.

<sup>26</sup> *Vid.* a título ejemplificativo, la STJUE de fecha 5 de febrero de 2015 [TJCE 2015/44].

<sup>27</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, cit., pág. 21.

desempleo básico a nivel europeo potencialmente siempre abierto; y es que se parte de la premisa de que la falta de empleo está llegando a alcanzar niveles insostenibles, existiendo una gran desigualdad creciente; los sistemas en cada Estado miembro son muy desiguales –por ello son difíciles de armonizar, de ahí la coordinación–, por lo que tener un sistema de seguro de desempleo supranacional permitiría mitigar los *shocks* que se provocan en otros países, pudiendo constituir una herramienta clave, debido a que los Estados miembros podrían compartir una parte de los costes del seguro comunitario, el cual, iría vinculado al desempleo cíclico, no a deficiencias estructurales del mercado laboral; así, constituiría una forma de compartir los riesgos financieros de recesiones económicas y sociales cíclicas, aunque, para tal fin, habría que mejorar los servicios públicos de empleo y las políticas activas del mercado laboral; en suma, podría ser una buena iniciativa que está siendo objeto de debate y estudio actualmente, aunque se es consciente de las dificultades para su implantación, ya que exigiría una cierta armonización de legislaciones nacionales<sup>28</sup>. Además, se parte del supuesto de que los problemas y los desafíos son iguales en toda Europa, y aunque rija actualmente el principio general de la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, eso no significa que tengamos un mercado de trabajo integrado; por último, la creación de un régimen de desempleo unificado para toda la UE significaría establecer una solidaridad entre todos los trabajadores de la Unión Europea, lo que no podría realizarse sin reducir los derechos y prerrogativas de los países socialmente más desarrollados<sup>29</sup>.

## 2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004

El Reglamento de coordinación se basa en los cuatro principios que detallamos a continuación<sup>30</sup>:

1. Igualdad de trato<sup>31</sup>. Significa que los trabajadores por cuenta ajena o propia de otros Estados miembros de la UE deben tener los mismos derechos que los ciudadanos del país de acogida. No se trata de un principio incondicionado, ya que para que se cumpla, deben darse tres condiciones: equivalencia de hechos, totalización de períodos cotizados y, por último, conservación de derechos.

El principio de igualdad de trato constituye el núcleo de la coordinación comunitaria de los Sistemas de Seguridad Social y supera de forma cualitativa los criterios de reciprocidad típicos de los convenios internacionales bilaterales. Se trata, pues, de garantizar a la persona migrante el mismo trato que el que reciben los nacionales del territorio en que se encuentra trabajando, concediéndosele los mismos derechos y deberes, y prohibiendo cualquier clase de discriminación por razón de la nacionalidad<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 21.

<sup>29</sup> PIETERS, D.: “Reflexiones comparativas sobre los regímenes del desempleo en Europa”, en AA.VV.: *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, cit., pág. 924.

<sup>30</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, cit., págs. 22 y ss.

<sup>31</sup> Artículo 4 Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>32</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) et al: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Navarra, Thomson Reuters-E Aranzadi, 2014, pág. 186.

2. Totalización de periodos de seguro en el espacio europeo<sup>33</sup>. Paradigmáticamente, este principio se aplica en los casos en que la legislación nacional exija que un trabajador haya estado asegurado o empleado durante un concreto periodo de tiempo antes de tener derecho a determinadas prestaciones. El principio de totalización de los periodos cotizados se traduce en que el Estado miembro competente, a la hora de decidir si un trabajador cumple o no los requisitos establecidos respecto a la duración del periodo de seguro o de empleo, debe tener en cuenta los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro. A través de este principio de asimilación se pretende proteger al trabajador migrante mediante la equiparación de las situaciones o hechos análogos que se hayan producido en el marco de un sistema legal diferente, creándose de este modo la ficción jurídica de que todos ellos se producen en el territorio del Estado cuya legislación nacional de Seguridad Social resulta de aplicación; a tal fin, se instauran los instrumentos de la totalización de periodos y la cláusula *pro rata temporis*. En definitiva, el propósito de la totalización consiste en evitar la pérdida de los derechos adquiridos, es decir, consolidados o en curso de adquisición en otro país por el trabajador migrante.

Sin embargo, es necesario entender que el Derecho interno bajo el cual fueron cubiertos los periodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, es el único que tiene atribuida la competencia para definirlos, admitirlos y acreditarlos, impidiendo así que pueda ponerse en cuestión su naturaleza en el contexto de la legislación que los totaliza<sup>34</sup>.

3. La no acumulación de prestaciones<sup>35</sup>. Con este principio se trata de impedir que una persona pueda obtener ventajas indebidas por ejercer el derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. El hecho de cotizar a los sistemas de Seguridad Social obligatorios en dos o más Estados miembros durante el mismo periodo de seguro no confiere el derecho a percibir varias prestaciones del mismo tipo. El objetivo de este principio reside en evitar la acumulación de prestaciones cuando éstas tienen la misma naturaleza y hacen referencia al mismo período de seguro obligatorio. Aunque el Reglamento (CE) núm. 883/2004 no concreta lo que ha de considerarse por prestaciones de la misma naturaleza, la jurisprudencia del TJUE ha interpretado que ha de entenderse que las prestaciones de Seguridad Social son de la misma naturaleza cuando su objeto y finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean sustancialmente idénticos<sup>36</sup>. *A sensu contrario*, atendiendo a esta hermenéutica interpretativa, debe considerarse que sí procedería la acumulación de prestaciones en el caso de que tengan diversa naturaleza o hagan referencia a períodos de seguro diferentes.

4. Exportabilidad de las prestaciones<sup>37</sup>. Este principio significa que las prestaciones de Seguridad Social pueden percibirse en todo el territorio de la UE y prohíbe que los Estados reserven el pago de prestaciones a las personas que residan en ellos. Sin embargo, no se

<sup>33</sup> Artículo 6 Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>34</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) *et al*: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., pág. 187.

<sup>35</sup> Artículo 10 Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>36</sup> SSTJCE de fecha 11 de agosto de 1995 [TJCE 1995\135]; de fecha 12 de febrero de 1998 [TJCE 1998\25]; y de fecha 8 de mayo de 2014 [TJCE 2014\174].

<sup>37</sup> Artículos 63 y 70.3 Reglamento (CE) núm. 883/2004.

aplica a todas las prestaciones de Seguridad Social, ya que existen normas especiales en caso de desempleo. El principio de exportación de las prestaciones implica que se eliminan las cláusulas de residencia relativas a las prestaciones en metálico, evitando así que el cambio de residencia de la persona beneficiaria a otro Estado miembro suponga la minoración, modificación, suspensión, supresión o confiscación de la cuantía de la prestación que le haya sido reconocida, conservando, por tanto, el trabajador sus derechos. No obstante lo anterior, es preciso recalcar que el Reglamento (CE) núm. 883/2004 única y exclusivamente hace mención a las prestaciones económicas, sin tomar en consideración las que puedan satisfacerse en especie. En efecto, cuando se trate de una prestación en metálico se actuará en virtud del principio de colaboración administrativa, siendo el país de residencia el que abonará tal prestación pública. Ahora bien, en el caso de las prestaciones en especie resulta difícil que de forma directa las realice efectivamente el Estado competente, por lo que en la práctica se suele aplicar la legislación correspondiente del Estado de residencia<sup>38</sup>.

### 3. COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO

Focalizándonos en el tema objeto central de estudio de investigación, dentro del campo de aplicación material del Reglamento (CE) núm. 883/2004, éste incluye en su letra h) las prestaciones de desempleo, aplicándose el presente Reglamento “a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador”. Posteriormente, el texto establece disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones, regulándose en el Capítulo sexto las “Prestaciones de desempleo” abarcando los artículos 61 a 65. Por su parte, en el Reglamento (CE) núm. 987/2009, el Capítulo quinto, que lleva como rúbrica “Prestaciones de desempleo” engloba los artículos 54 a 57.

#### 3.1. Normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia

Adentrándonos en el fondo del asunto, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 comienza matizando en su artículo 61 cuáles son las normas especiales que se plantean para proceder a la totalización de los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia; así, se determina que la institución competente de aquel Estado miembro que en su legislación supedita la adquisición, conservación, duración o recuperación del derecho a las prestaciones de desempleo a la condición de haber cubierto periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, deberá tener en cuenta, en la medida necesaria, los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia que hayan sido cumplidos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si los mismos se hubiesen cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica; a pesar de ello, en aquellos supuestos en que la legislación aplicable subordine la concesión de determinadas prestaciones al cumplimiento de los mencionados periodos de seguro, no se tomarán en consideración los periodos de empleo o de actividad por cuenta propia que hayan sido cumplidos al amparo de la legislación de otro

---

<sup>38</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) et al: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., págs. 188 y 189.

Estado miembro, a excepción de que dichos periodos se hayan considerado periodos de seguro cumplidos en virtud de la legislación aplicable<sup>39</sup>.

El artículo 61 del precitado Reglamento se refiere a los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, adicionando, por tanto, el trabajo autónomo si la legislación competente computa dichos periodos para acceder a la prestación; ahora bien, se debe dejar claro que la totalización de los periodos de seguro o empleo no es preceptiva cuando la prestación solicitada puede obtenerse únicamente con las cotizaciones realizadas en el país en que se solicita aquella<sup>40</sup>.

Por su parte, el artículo 54 Reglamento (CE) núm. 987/2009, que lleva como rúbrica “*totalización de periodos y cálculo de las prestaciones*” establece en su apartado primero que su artículo 12.1 –relativo a la totalización de los periodos– se aplicará *mutatis mutandis* al artículo 61 del Reglamento de base. Además, añade que, sin perjuicio de las obligaciones básicas de las instituciones afectadas, el interesado podrá presentar ante la institución competente un documento expedido por la institución del Estado miembro a cuya legislación estuviera sujeto en relación con su último período de actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia en el que se precisen los períodos cubiertos al amparo de dicha legislación.

### 3.2. Cálculo de las prestaciones por desempleo

Para proceder al cálculo de la prestación por desempleo<sup>41</sup>, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía de la retribución o de los ingresos profesionales anteriores, únicamente podrá tomar en consideración el salario o los ingresos profesionales que haya percibido la persona interesada por razón de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia en virtud de dicha legislación; asimismo, resultará de aplicación lo anteriormente mencionado cuando la legislación que aplique la institución competente prevea un periodo de referencia concreto para poder determinar la retribución que servirá de base reguladora para proceder al cálculo de las prestaciones, y cuando el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro.

El artículo 62.3 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 establece que no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, en lo concerniente a los trabajadores fronterizos mencionados en la letra a)<sup>42</sup> del apartado 5 del artículo 65, la institución del lugar de residencia debe tener en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia, con arreglo al Reglamento de aplicación (CE) núm. 987/2009, el cual,

<sup>39</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) *et al*: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., pág. 219.

<sup>40</sup> VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup>. D.: “La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.) *et al*: *La protección social de los extranjeros en España*, cit., pág. 107.

<sup>41</sup> Regulado en el artículo 62 Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>42</sup> La cual dispone que “*las personas desempleadas que se indican en la primera y en la segunda frases del apartado 2 recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia como si hubieran estado sujetas a la legislación de éste durante su último período de actividad como trabajador por cuenta ajena o propia. Estas prestaciones serán otorgadas por la institución del lugar de residencia*”.

en su artículo 70 señala que este último Estado fijará la cuantía máxima en cada caso particular tomando como base la cuantía media de las prestaciones de desempleo concedidas en el año civil anterior con arreglo a su legislación<sup>43</sup>.

Por tanto, en virtud de lo anterior, la norma vigente admite la toma en consideración del salario percibido por el interesado en el último empleo por el Estado de residencia; por su parte, el Reglamento de desarrollo aclara las dos siguientes cuestiones de las que se deduce la necesidad de una colaboración administrativa reforzada –artículo 55 Reglamento (CE) núm. 987/2009–<sup>44</sup>:

1. La institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta la persona interesada durante su última actividad por cuenta ajena o por cuenta propia debe comunicar sin demora a la institución del lugar de residencia, a solicitud de ésta, todos y cada uno de los datos necesarios para calcular las prestaciones de desempleo que pueda obtener en el Estado miembro de residencia y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales recibidos.

2. Cuando la legislación aplicable de la institución competente de un Estado miembro disponga que el cálculo de las prestaciones cambia según el número de los miembros de la familia, se tendrá en cuenta también a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro, como si residiesen en el Estado miembro competente; en el mismo sentido que en la norma vigente que trata de evitar la acumulación de prestaciones, esta disposición no se aplicará si en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración a esos mismos miembros de la familia, evitándose así una sobreprotección injustificada.

### **3.3. Desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro y personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente**

Continúa el Reglamento analizando aquellos casos en los que se produce el desplazamiento de personas desempleadas a otros Estados miembros, indicando que si dichas personas cumplen los requisitos exigidos en la legislación del Estado miembro competente para poder acceder a las prestaciones, y se desplazan a otro Estado miembro con la finalidad de encontrar trabajo en él, no perderán su derecho a prestaciones de desempleo en metálico, siempre y cuando respeten una serie de condiciones y límites que el propio Reglamento (CE) núm. 883/2004 señala en el artículo 64<sup>45</sup> y que se mencionan a continuación<sup>46</sup>:

<sup>43</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) *et al*: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., pág. 222.

<sup>44</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en RAMÍREZ BENDALA, M<sup>a</sup>. D. (Dir.) *et al*: *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, Murcia, Laborum, 2015, pág. 35.

<sup>45</sup> *Vid.*, sobre este precepto, MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N., GALLEGOS MORALES, Á. J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., VIÑAS ARMADA, J. M<sup>a</sup>. y DE LA CASA QUESADA, S.: “Pensiones, desempleo y previsión social complementaria”, en *Revista de Justicia Laboral*, núm. 54, Parte Crónicas de Jurisprudencia, Valladolid, Lex Nova, 2013, págs. 1-3.

a) La persona desempleada deberá estar registrada como demandante de empleo antes de que se produzca su salida del país. Además, se le exige haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante un período mínimo de cuatro semanas, a contar desde el inicio de su situación de desempleo. Sin embargo, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo.

b) La persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los correspondientes servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado sometiéndose al procedimiento de control que dicho Estado tenga previsto y cumpliendo las exigencias que se determinen en la legislación de dicho Estado miembro, entendiéndose cumplido este requisito durante el período previo al registro si el interesado se registra dentro de los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda. En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar este plazo.

c) A pesar de que la persona interesada haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo, conservará el derecho a prestaciones por un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, con la condición de que la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del período de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado, pudiendo los servicios o instituciones competentes prorrogar dicho período de tres meses hasta un máximo de seis meses.

d) Las prestaciones serán provistas y sufragadas por la institución competente que corresponda según la legislación que resulte de aplicación.

Tal y como establece el segundo apartado del artículo 64 Reglamento (CE) núm. 883/2004, *“en caso de que el interesado regresara al Estado miembro competente en la fecha de expiración del período en el que tenga derecho a prestaciones con arreglo a la letra c) del apartado 1, o antes de esa fecha, seguirá teniendo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro; si no regresara al Estado miembro en la fecha de expiración de dicho período o antes de la misma, perderá todo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro, salvo que las disposiciones de esa legislación sean más favorables”*. Además, añade que *“en casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán permitir a las personas interesadas el regreso en una fecha posterior sin pérdida de su derecho”*.

Por último, el apartado cuarto del precitado Reglamento de base dispone que *“el Reglamento de aplicación establecerá las condiciones de intercambio de información, cooperación y asistencia recíproca entre las instituciones y servicios del Estado miembro competente y del Estado miembro al que la persona se traslade para buscar trabajo”*. Lo anterior también se encuentra recogido en el artículo 54 Reglamento (CE) núm. 987/2009 el

---

<sup>46</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) *et al*: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., págs. 219 y 220.

cual, regula las condiciones y límites de la conservación del derecho a las prestaciones para un desempleado que se desplaza a otro Estado miembro.

Supuesto distinto al desplazamiento de personas desempleadas es el que se recoge en el artículo 65<sup>47</sup> Reglamento (CE) núm. 883/2004, que hace referencia a aquellos desempleados que residen en un Estado miembro distinto del Estado competente, estableciendo una distinción entre aquellas personas que se encuentran en una situación de desempleo parcial o intermitente y aquellas en situación de desempleo total, cuya diferencia entre ambas modalidades de desempleo no es baladí, dado que conforme a la jurisprudencia del TJUE las mismas deben basarse en criterios uniformes y comunitarios<sup>48</sup>.

Por tanto, el legislador diferencia las dos siguientes situaciones de desempleo de los fronterizos por cuenta ajena<sup>49</sup> –artículo 65 Reglamento (CE) núm. 883/2004–<sup>50</sup>:

1. Desempleo parcial: es aquella situación en la que existe o se mantiene vínculo contractual entre las partes; así, está en desempleo parcial aquel cuya relación laboral ha quedado en suspenso y cabe en cualquier momento su reanudación; también se ha entendido que se encuentra en esta situación el fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro de la UE, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo país<sup>51</sup>. En este supuesto, el trabajador ha de solicitar las prestaciones por desempleo ante la legislación del Estado competente, esto es, el del empleo, como si residiese en ese Estado, manteniéndose, por tanto, la regla general, y se prioriza la aplicación de la legislación del Estado de empleo donde su relación laboral continúa, ya que sólo está suspendida.

2. Desempleo total: se produce cuando se ha rescindido o extinguido completamente la relación laboral. A este colectivo, tal y como se establece en el apartado 13º de la Exposición de Motivos del Reglamento (CE) núm. 987/2009 y ha confirmado el TJUE<sup>52</sup>: a) se les aplica en exclusiva la Ley del Estado de residencia a efecto del reconocimiento de prestaciones de desempleo, como si hubiera estado sometido a la legislación de ese Estado mientras ocupaba su último empleo, tratándose de una ficción jurídica que exceptúa la regla general de competencia de la *Lex Loci Laboris*; y b) se les permite ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado donde trabajaron en último lugar, pero única y

<sup>47</sup> Respecto a la determinación de la legislación aplicable, el artículo 11.3.c) Reglamento (CE) núm. 883/2004 establece que “la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia está sujeta a la legislación de dicho Estado miembro”.

<sup>48</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) *et al*: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., pág. 220.

<sup>49</sup> El artículo 65.2 del mismo texto legal establece una norma específica para los trabajadores fronterizos por cuenta propia en desempleo total en previsión de que no todos los Estados contemplen prestaciones de “desempleo” o cese de actividad a su favor y con el objetivo de evitar un vacío de cobertura. En este sentido, *vid.* ORTEGA LOZANO, P. G.: “La protección social por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, en AA.VV.: *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2015, *passim*.

<sup>50</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en RAMÍREZ BENDALA, M. D. (Dir.) *et al*: *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, cit., págs. 28 y 29.

<sup>51</sup> *Vid.* STJUE, de fecha 5 de febrero de 2015 [TJCE 2015\2].

<sup>52</sup> *Vid.* STJUE, de fecha 11 de abril de 2013 [TJCE 2013\351].

exclusivamente a efectos de políticas activas de empleo, pues no es posible solicitar en el Estado de empleo prestaciones de desempleo.

El primer elemento, es decir, la competencia exclusiva del Estado de residencia, obliga a este último a comprobar si el migrante cumple los requisitos de acceso establecidos en su propia normativa, facilitando la norma de coordinación su cumplimiento a través de la totalización; si los cumple, el trabajador podrá ser beneficiario de prestaciones a cargo de un Estado donde es posible que no haya cotizado nunca, motivo por el que se establece un sistema de reembolso entre instituciones –destacando que no todos los trabajadores que residen en un Estado miembro que no es el Estado de empleo se encuentran en esta posición y se someten a la competencia exclusiva del Estado de residencia–; *a sensu contrario*, esta regla especial únicamente se aplica en relación a los fronterizos, pues en el resto de supuestos el legislador da la opción de que los trabajadores decidan ponerse a disposición de los servicios de empleo y cobrar tales prestaciones en primer término del Estado de empleo, suspendiéndose las que tendría derecho en el Estado de residencia mientras perciba las anteriores<sup>53</sup>.

El fundamento para la aplicación exclusiva de la ley de residencia al fronterizo total podría encontrarse en facilitar el control antifraude del desempleado y principalmente la exigencia de que los niveles de las prestaciones se adecuen al nivel de vida del Estado donde se reside y es que, en efecto, una prestación desajustada podría conllevar a la desmotivación de la búsqueda de un puesto de trabajo, razón que late asimismo en la limitación temporal de la exportación de la prestación de desempleo, o la prohibición de exportar completamente las prestaciones especiales no contributivas; en cualquier caso, esta vinculación de la cuantía de la prestación al nivel de vida del Estado de residencia no es completa ya que para el cálculo de las prestaciones de los fronterizos en paro total, el Estado de residencia debe tomar en consideración el último salario foráneo del solicitante –siempre dentro de los límites cuantitativos que suele establecer la legislación de Seguridad Social que se aplica en el Estado de residencia–<sup>54</sup>.

En cuanto al segundo elemento, esto es, el derecho a inscribirse en las oficinas de empleo del último Estado donde trabajó para obtener, por ejemplo, servicios de reciclaje profesional, se debe subrayar que se trata de una medida muy relevante para el colectivo fronterizo, debido a que muchos de ellos querrán seguir empleados en el Estado donde trabajaban; no obstante lo anterior, parece que en la práctica los Estados no han asumido este claro mandato adaptando su normativa interna ya que siguen existiendo importantes trabas administrativas que dificultan su ejercicio al exigirse residencia en el Estado de empleo o, al menos, un domicilio en su territorio para proceder a la inscripción; así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJUE<sup>55</sup> y un estudio reciente de la Comisión donde se señala que, por ejemplo, España exige de facto para la inscripción tener domicilio o residencia en su territorio –incluso en la zona de acción específica de la oficina de empleo donde se solicita la inscripción–, requisito que obviamente impide a los fronterizos conseguirla, constituyendo

<sup>53</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en RAMÍREZ BENDALA, M. D. (Dir.) *et al*: *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, cit., págs. 29 y 30.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág. 32.

<sup>55</sup> *Vid.* STJUE de fecha de 13 de diciembre de 2012 [TJCE 2012\382].

un obstáculo burocrático inadmisibles que impide paradójicamente el principio general de la libre circulación de trabajadores atentando, por ende, contra sus derechos básicos, lo que contrasta con la voluntad comunitaria de incentivar esta libertad partiendo, por ejemplo, de la búsqueda de empleo más allá de las fronteras, como muestra la reciente aprobación del Real Decreto 379/2015, de 14 de mayo, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la financiación de la acción "tu trabajo EURES-FSE"<sup>56</sup>, financiada por el Fondo Social Europeo con el objeto de impulsar la movilidad laboral intraeuropea<sup>57</sup>.

Por tanto, el legislador no descarta que los fronterizos que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente se pongan simultáneamente a disposición de los servicios de empleo de los Estados miembros involucrados, el de empleo y el de residencia, optimizando así sus opciones de encontrar un nuevo empleo; pero, para ello, tal y como establece el artículo 56 Reglamento (CE) núm. 987/2009, deberán informar de su intención a la Institución y a los servicios de empleo de su lugar de residencia que es quien abona, en su caso, las prestaciones de desempleo, pudiendo los servicios del último Estado de empleo pedir a los del Estado de residencia que transmitan los datos pertinentes relativos a la inscripción y a la búsqueda de trabajo del desempleado; obviamente, el Estado de residencia que abona las prestaciones es el que podrá imponer prioritariamente el cumplimiento de determinadas obligaciones y/o actividades de búsqueda de empleo al desempleado, no afectando de manera negativa el incumplimiento por parte del desempleado de las obligaciones y actividades de búsqueda de empleo en el Estado miembro en que haya ejercido su última actividad a las prestaciones concedidas en el Estado miembro de residencia<sup>58</sup>. Por último, de conformidad con el apartado tercero del artículo precitado, *“a los efectos de la aplicación del artículo 65, apartado 5, letra b), del Reglamento de base, la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el trabajador en último lugar indicará a la institución del lugar de residencia, a petición de esta, si el trabajador tiene derecho a las prestaciones en virtud del artículo 64 del Reglamento de base”*.

En definitiva, conforme al artículo 65.1 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, las personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente deben ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro donde realiza su prestación laboral, recibiendo las prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro competente como si residieran en dicho Estado miembro, las cuales serán otorgadas por la institución del Estado miembro competente; sin embargo, las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él se pondrán, en principio, a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, aunque, como medida complementaria, podrán ponerse a disposición de los servicios de Empleo del Estado miembro en el que hayan transcurrido sus últimos periodos

<sup>56</sup> Publicado en el BOE en fecha de 10 de junio de 2015.

<sup>57</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en RAMÍREZ BENDALA, M<sup>a</sup>. D. (Dir.) *et al: Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, cit., págs. 33 y 34.

<sup>58</sup> *Ibidem*, págs. 34 y 35.

de actividad por cuenta ajena o propia –artículo 65.2 Reglamento (CE) núm. 883/2004–; también es importante destacar que resulta de aplicación para los trabajadores fronterizos el mandato del artículo 64 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, siempre y cuando se cumplan las condiciones fijadas por el mismo, mandato por el cual los trabajadores desempleados que cumplan con los requisitos de la legislación del Estado miembro para buscar nuevo trabajo en él conservarán su derecho a prestaciones de desempleo en metálico<sup>59</sup>. Excepto los trabajadores fronterizos, las personas en situación de desempleo que no regresen a su Estado miembro de residencia se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sujetas en último lugar.

En ambos casos, las prestaciones en metálico las debe abonar el Estado miembro de residencia siempre y cuando el trabajador en desempleo total resida en un Estado distinto del de empleo, ya que, si por cualquier razón, fija su nuevo domicilio en el Estado de empleo, será este último quien deberá hacerse cargo del abono de las prestaciones, teniendo en cuenta las ya efectivamente percibidas; ahora bien, previamente los trabajadores desempleados han de registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan o en el que realizaron su última actividad por cuenta ajena o propia, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro; si además optaran por registrarse como demandantes de empleo en el Estado miembro en el que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia, deberán cumplir los requisitos aplicables en dicho Estado miembro –artículo 65.3 del Reglamento (CE) núm. 883/2004–; el Estado miembro en el que estuvieron trabajando por última vez, reembolsará a la institución del lugar de residencia el importe total de las prestaciones durante los tres primeros meses; en cualquier caso, el importe del reembolso durante este período no puede superar el importe que se debe pagar, en caso de desempleo, con arreglo a la legislación del Estado miembro competente –artículo 65.6 Reglamento (CE) núm. 883/2004–; cabe la posibilidad de que el período de reembolso se amplíe a cinco meses cuando el interesado haya completado, en los veinticuatro meses anteriores, períodos de actividad por cuenta ajena o propia por un total de al menos doce meses en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar, cuando los mismos puedan tenerse en cuenta para generar un derecho a prestaciones de desempleo –artículo 65.7 Reglamento (CE) núm. 883/2004–; en todo caso, los Estados pueden pactar otras formas de reembolso o renunciar a cualquier reembolso entre las instituciones que de ellos dependen –artículo 65.8 Reglamento (CE) núm. 883/2004–<sup>60</sup>.

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir que el régimen de exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación de los Reglamentos (CE) núm. 883/2004 y 987/2009 se desarrolla en los artículos 63 a 65 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y en los artículos 55 y 56 del Reglamento (CE) núm. 987/2009, advirtiéndose que estos preceptos ponen de manifiesto cómo el principio de la libre circulación de trabajadores y, por ende, los principios de conservación de los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social y de exportación de prestaciones, alcanzan no sólo a los trabajadores migrantes en activo, sino también a las personas desempleadas, que mantendrán el disfrute

<sup>59</sup> ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (Coord.) *et al*: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., pág. 220.

<sup>60</sup> *Ibidem*, págs. 221 y 222.

de la prestación por desempleo cuando se desplazan a otro Estado miembro para buscar un empleo<sup>61</sup>.

Por tanto, los nuevos Reglamentos de coordinación introducen diversos cambios y novedades en el régimen de exportación de la prestación por desempleo respecto a la regulación anterior, siendo los más relevantes los siguientes, a saber<sup>62</sup>:

- La supresión de la cláusula de residencia: que es extensible, con carácter general, a todas las prestaciones económicas –artículo 7 Reglamento (CE) núm. 883/2004<sup>63</sup>–, a diferencia del artículo 10 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, que únicamente la extendía a *las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios*, omitiendo la referencia expresa al desempleo –aunque se entendía incluida–.
- Las personas desempleadas fronterizas: el Reglamento (CE) núm. 883/2004 incorpora varias novedades, tales como: a) el deber de inscribirse en los servicios públicos de empleo del último Estado miembro de empleo –en caso de desempleo parcial– o del Estado miembro de residencia –en caso de desempleo total–; b) la posibilidad que dispone el desempleado fronterizo total de estar inscrito simultáneamente tanto en los servicios de empleo del Estado de residencia –obligatorio– como del último Estado de empleo –opcional–, aunque la prestación se abone únicamente con cargo al Estado de residencia; c) el reconocimiento expreso a las personas fronterizas en situación de desempleo total de la posibilidad de exportar la prestación por desempleo desde el Estado de residencia hacia otro Estado miembro –el último Estado de empleo u otro diferente– con el objetivo de buscar un empleo.
- La exportación de la prestación por desempleo parcial: a diferencia del artículo 69.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, que limitaba la exportación a los trabajadores en desempleo total, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 no precisa nada al respecto, dejando la puerta abierta a que los trabajadores en desempleo parcial también puedan exportar.

<sup>61</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”. Comunicación adscrita a la Ponencia III: “Los nuevos Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social”, cit., pág. 3.

<sup>62</sup> *Ibidem*, págs. 13 y 14.

<sup>63</sup> El cual dispone que “*salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudor*”. Además, el artículo 63 titulado “*disposiciones especiales para la supresión de las cláusulas de residencia*”, estipula que “*a efectos del presente capítulo, el artículo 7 se aplicará únicamente en los casos previstos en los artículos 64 y 65 –es decir, en los supuestos de desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro y de personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente– y con las limitaciones que en ellos se establecen*”.

- El contenido del certificado E-303 que la persona desempleada solicitará para exportar la prestación por desempleo antes de desplazarse a otro Estado miembro: omite toda referencia a la cuantía de la prestación que se ha de abonar al desempleado con arreglo a la legislación del Estado competente –artículo 55.1 Reglamento (CE) núm. 987/2009–, a diferencia del artículo 83.1.a) del Reglamento (CEE) núm. 574/1972, que hacía mención expresa a este punto.
- La prórroga del período de exportación de la prestación por desempleo: es posible hasta un máximo de 6 meses, cuando así lo autoricen los servicios o instituciones del Estado competente, a diferencia del artículo 69.2 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, que únicamente establecía la posibilidad de ampliar el plazo en casos excepcionales y por los servicios o instituciones competentes, sin concretar el período de ampliación. El período de exportación de la prestación por desempleo podrá sobrepasar el plazo de 6 meses cuando *“la legislación del Estado miembro competente sea más favorable”* y, por tanto, prevea un plazo superior, previsión no recogida en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71.
- El número de exportaciones de la prestación por desempleo: el Reglamento (CE) núm. 883/2004 no limita el número de veces que una misma prestación por desempleo puede exportarse, a diferencia del artículo 69.3 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, que limitaba la exportación a *“una vez entre dos periodos de actividad”*.
- El pago de la prestación por desempleo durante el período de exportación: ya no corresponde a la institución del Estado de destino –artículo 70.1 Reglamento (CEE) núm. 1408/71– sino a la institución del Estado competente, de ahí la omisión a la cuantía de la prestación en el certificado E-303.
- La conservación del derecho a la prestación cuando se retorna al Estado competente tras el vencimiento del período de exportación: el artículo 64.2 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 señala que el interesado no perderá el derecho aunque regrese al Estado competente tras el vencimiento del período máximo de exportación si la legislación del Estado competente es más favorable o si los servicios o instituciones del Estado competente permiten el regreso en fecha posterior –esta previsión no se contemplaba en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71–.
- Los Reglamentos (CE) núm. 883/2004 y 987/2009 refuerzan la cooperación entre los Estados, competente y de destino; por otra parte, las competencias de estos dos estados cambian; así, el Estado de destino ya no abona la prestación por desempleo durante el período de exportación y su competencia principal es la de control. Por su parte, el Estado competente es quien abona la prestación.

El resultado de aplicar la legislación del Estado de residencia al fronterizo en paro total no resulta adecuada, es incluso más complicada que el recurso a la norma general aplicable al migrante común que permite la opción entre prestaciones mediante la puesta a disposición de los servicios de empleo de uno u otro Estado; siguiendo la lógica migratoria desde Estados miembros menos desarrollados hacia los más desarrollados, esta decisión legislativa supone un ahorro sustancial para los Estados de empleo, pues la prestación foránea a reembolsar parcialmente nunca podrá ser superior a la propia y normalmente tendrá un monto inferior; por su parte, los Estados de residencia soportan un gasto adicional e imprevisto en sus sistemas de Seguridad Social y un incremento de su carga administrativa en relación al cálculo de la prestación con salarios foráneos y a la solicitud de reembolso parcial al que tiene derecho; en suma, la carga burocrática, la complejidad del cálculo y el sistema de reembolsos no parecen un fuerte apoyo a esta opción política que en muchos casos hace sentirse discriminado al trabajador fronterizo en comparación con sus compañeros de trabajo por el simple hecho de ser migrante, lo cual, por ende, desincentiva el correcto ejercicio de su derecho a la libre circulación de trabajadores en la UE reconocido en los artículos 45 y ss. TFUE<sup>64</sup>.

### 3.4. Personas aseguradas en un régimen especial de funcionarios

El artículo 57 Reglamento (CE) núm. 987/2009 regula las disposiciones de aplicación de los artículos 61, 62, 64 y 65 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 concernientes a las personas aseguradas en un régimen especial de funcionarios, el cual, por un lado, dispone que *“los artículos 54 y 55 del Reglamento de aplicación –relativos a la totalización de períodos y cálculo de las prestaciones y a las condiciones y límites de la conservación del derecho a las prestaciones para un desempleado que se desplaza a otro Estado miembro– se aplicarán mutatis mutandis a las personas aseguradas en un régimen especial de desempleo para funcionarios; y, por otro, que “el artículo 56 del Reglamento de aplicación –sobre las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente– no se aplicará a las personas aseguradas en un régimen especial de desempleo para funcionarios. Además, añade que “el desempleado acogido a un régimen especial de desempleo para funcionarios, que se encuentre en situación de desempleo total o parcial, y que haya residido, mientras ocupaba su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, disfrutará de las prestaciones previstas en el régimen especial de funcionarios de conformidad con las disposiciones de la legislación del Estado miembro competente como si residiese en el territorio de ese Estado miembro”*, las cuales se abonarán por la institución competente, a su cargo.

## 4. CONCLUSIONES

Los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social en la UE han propiciado la creación de Reglamentos de coordinación comunitaria de las prestaciones de Seguridad Social para determinar en qué sistema nacional debe estar asegurado o protegido un ciudadano de la UE en caso de tratarse de dos o más países, todo ello, a fin de evitar la concurrencia de diferentes legislaciones aplicables y las dificultades que podría acarrear,

---

<sup>64</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en RAMÍREZ BENDALA, M<sup>a</sup>. D. (Dir.) *et al*: *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, cit., pág. 37.

renunciando, por el momento, a utilizar la técnica de armonización de las legislaciones nacionales –a pesar de que cada vez es más problemática la inexistencia de una ordenación de normas mínimas europeas–.

Estas medidas en materia de Seguridad Social pretenden prevenir que los ciudadanos de la UE que trabajen y residan en un Estado miembro distinto al suyo de origen pierdan una parte o todos sus derechos de Seguridad Social, ya que la incertidumbre sobre los derechos generados en un Estado desmotivaría a un ciudadano europeo para desplazarse por la UE si no se le garantiza que tendrá los mismos derechos que si no hubiera ejercido su derecho a la libre circulación de trabajadores en la Unión.

Sin embargo, los requerimientos establecidos por los distintos Estados miembros para poder acceder a la prestación por desempleo son múltiples, complicando aún más si cabe la coordinación de esta materia. Al respecto, se han introducido en las últimas décadas modificaciones drásticas, por lo que el devenir de los regímenes de prestaciones de desempleo será un asunto fundamental objeto de debate en los próximos años, como lo demuestra el hecho de que actualmente existan iniciativas en curso acerca de la creación de una prestación de desempleo comunitaria básica para todos los Estados miembros de la UE para constituir un sistema europeo común o único de Seguridad Social –aún siendo conscientes de las dificultades para su implantación–.

## Las mutuas y la prestación por cese de actividad de los autónomos adheridos

### The mutual insurance companies and the social security benefit for standstill of self-employed workers

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

DOCTOR EN DERECHO, ABOGADO EJERCIENTE

UNIVERSIDAD DE GRANADA

#### Resumen

La Prestación por cese de actividad de los autónomos adheridos es una de las prestaciones económicas más controvertidas que gestionan las Mutuas Colaboras con la Seguridad Social.

Esta percepción supone una ayuda por desempleo a todos aquellos trabajadores por cuenta propia que cumplieran con una serie de requisitos fácilmente demostrables a priori, como haber cotizado por las contingencias profesionales y evidenciar cierto nivel de pérdidas económicas. Las Leyes 32/2010 de 5 de agosto, y posteriores, establecieron un sistema específico de ayudas con unas expectativas que actualmente se han visto defraudadas, pues un creciente número de trabajadores han dejado de solicitar esta prestación llevados por su escasa cuantía y una creciente desconfianza por un acceso cada vez más difícil motivado por unos requisitos que condicionan el acceso a los correspondientes beneficios.

Las causas de este fenómeno no sólo guardan relación con el grado de eficiencia en la participación de las Mutuas Colaboradoras en la gestión de prestaciones, sino a numerosas dificultades de naturaleza político-legislativas, y sociales. Si no se abren vías de solución a esta problemática, dicha percepción carecerá de sentido y practicidad.

#### Abstract

The social security benefit for standstill of self-employed persons is one of the most controversial economic benefits managed by Mutual Collaborators with Social Security.

This evaluation carries the receipt of unemployment aid for every self-employed worker who meets a series of criteria that could be easily demonstrated a priori, such as having contributed for professional contingencies and evince a certain level of economic losses. The Laws 32/2010 of August 5, and later, established a specific system of aid with a series of expectations that have now been defrauded, as a growing number of workers have stopped requesting this benefit due to a small amount and a growing distrust for an increasingly difficult access owing to some requirements that determine the access to the corresponding benefits.

The causes of this phenomenon are not just related to the degree of efficiency in the participation of Mutual Collaborators in the management of benefits, but also to numerous political-legislative, and social difficulties. If there is no solution to this problem, this evaluation will lack of meaning and practicality.

#### Palabras clave

Prestación; Autónomos; Desempleo; Mutuas

#### Keywords

Benefit; Self-employed; Unemployment; Mutual Collaborators

## 1. INTRODUCCIÓN

La Prestación por cese de actividad de los autónomos adheridos, nació como una solución paliativa al empobrecimiento económico del trabajador autónomo, cuya situación empresarial venía marcada por la acaecida insostenibilidad de su proyecto empresarial o el desempleo gestionadas por las Mutuas Colaboras con la Seguridad Social.

Con anterioridad a 2010, la asunción de la cobertura de este colectivo adherido a las Mutuas, no incluía la posibilidad de cobrar una prestación de esta naturaleza. Tras las nuevas reformas, se dio la opción voluntaria de percibir una ayuda por desempleo a todos aquellos trabajadores por cuenta propia que cumplieran con una serie de requisitos fácilmente demostrables a priori, como haber cotizado por las contingencias profesionales y evidenciar cierto nivel de pérdidas económicas.

La participación eficiente de las entidades privadas en la gestión de prestaciones<sup>1</sup>, ha sido algo específico del sistema español de gestión de los riesgos profesionales.

En el caso de esta prestación (que podría haber beneficiado a cifras cercanas a los dos millones de autónomos afiliados a la Seguridad Social), ha habido excepciones a su concesión derivadas de una serie de dificultades posiblemente político-legislativas, institucionales o sociales.

Añadido a este problema y a pesar de nuevas reformas, esta desconfianza es creciente, pues actualmente un 20% de este colectivo refleja suscrito para beneficiarse de la ayuda por desempleo, una atribución con un importe muy bajo al tener una cotización muy reducida.

Para poder analizar este fenómeno, y los agentes que lo desencadenan, se hace necesario considerar en qué consiste esta prestación y entrar a conocer si la dificultad de su gestión es atribuible al legislador o a la propia Mutua Colaboradora.

## 2. LAS MUTUAS Y LAS MEDIDAS PALIATIVAS AL DESEMPLEO

Como alternativa a los mecanismos de desempleo establecidos a favor de los trabajadores por cuenta ajena, la Ley 32/2010 de 5 de agosto, estableció un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, si bien ligando el acceso al mismo a que los beneficiarios hubiesen dado cobertura previa a las contingencias profesionales.

Tras años de vigencia del sistema de cobertura por cese de actividad, el mismo no acababa de despegar, pudiendo afirmarse que las expectativas que generó “se han visto defraudadas”<sup>2</sup>. Los motivos de este fracaso se sitúan en la rigidez en el acceso a la prestación, la dificultad de cumplir los requisitos que condicionaban el acceso a los correspondientes beneficios, (en especial en lo que se refiere a la acreditación de la situación de cese de actividad, o los costes que el sistema implicaba para los beneficiarios). La Ley 35/2014 pretende salir al paso de tales deficiencias con el objetivo, según se establece en su preámbulo, de suavizar los requisitos y las formalidades de acceso a la protección y posibilitar la extensión de nuevos beneficiarios al mismo, aunque manteniendo el carácter voluntario de dicha cobertura, sin perjuicio de decisiones posteriores<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Estas siguen siendo públicas mediante la fórmula de la colaboración de Mutuas

<sup>2</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de las Mutuas*. Bomarzo. Albacete, 2015, pág. 16.

<sup>3</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.A. La reforma del régimen jurídico de las Mutuas colaboradoras de la seguridad social y de la regulación de la cobertura de la prestación por cese de actividad. Un breve análisis con ocasión de la Ley 35/2014 de 26 de diciembre CEF Laboral social. Diciembre 2014 p. 11, vid. <http://www.laboral-social.com/files-laboral/PANIZOMUTUAS.pdf>

Este ámbito de protección, alcanza como se señaló al principio a los trabajadores autónomos comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), incluyendo a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), o bien ser Trabajador por Cuenta Propia o armador asimilado<sup>4</sup> incluido en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. La Ley 32/2010, de 5 de agosto estableció un sistema específico de protección para los trabajadores por cuenta propia<sup>5</sup> que, pudiendo y queriendo ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo, hubieren cesado en esa actividad<sup>6</sup>.

Esta situación que comprende el abono de una prestación económica mensual por cese de actividad y la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, podría llevar a confusiones terminológicas con la idea del retiro, pues "el asegurado cesa efectivamente en su actividad"<sup>7</sup>, pero a diferencia del primero, éste se concede cuando el trabajador llega al final de su vida laboral. Las medidas se aplicaron con el fin de flexibilizar los requisitos de acceso a la prestación y ampliar los beneficiarios. La Ley 35/2014<sup>8</sup> de 26 de diciembre (BOE del 29) estableció la voluntariedad de la cobertura del cese de actividad para los trabajadores por cuenta propia o autónomos a partir del 1 de enero de 2015.

Dicha opción, deberá formalizarse con la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social con la que el trabajador autónomo haya formalizado el documento de adhesión para la cobertura de las contingencias comunes en el momento de causar alta en este Régimen Especial y sus efectos coincidirán con los de dicha alta. La renuncia o cobertura del riesgo que no se formalice con el alta, deberá efectuarse antes del 1 de octubre de cada año y surtirá efectos a partir del 1 de enero del año siguiente. Si el trabajador adherido opta por la cobertura, la Mutua gestionará dichos servicios derivados de la prestación económica por cese de actividad y procederá al reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, así como su dotación.

### **3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD.**

Las primeras dificultades que tienen los autónomos para poder acogerse a la prestación por cese de actividad, dentro del ámbito de la Seguridad Social, están insertas en la propia normativa.

---

<sup>4</sup> El Real Decreto 1541/2011, por un lado, amplía el ámbito subjetivo con los armadores de embarcaciones que, independientemente de su condición de empresarios de dicha embarcación, prestan servicio a bordo de la misma como el resto de la tripulación, enrolados como un tripulante más y percibiendo una parte del Monte Menor, si la retribución es a la parte, o un salario, como el resto de los tripulantes (disp. adic. sexta) y, por otro, y en este caso con entrada en vigor diferida a 1 de enero de 2012, desarrolladas las condiciones y supuestos específicos por los que se rige esta prestación para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios (disp. adic. quinta).

<sup>5</sup> Desarrollada por RD 1541/2011, de 31 de octubre.

<sup>6</sup> Cfr. MALDONADO MOLINA, J.A., "Gestión y control de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para representantes sindicales. Escuela Julián Besteiro. UGT 2015".

<sup>7</sup> DURAND, P., La política contemporánea de Seguridad Social, cit., p. 265.

<sup>8</sup> Vid. CABERO MORÁN, E.: "La Ley 35/2014 y sus Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social", Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núms. 2 y 3, 2015

Para resolver esta problemática se hace necesario someter a análisis los requisitos establecidos en el RD.1541/2011 de 31 de octubre<sup>9</sup> para el trabajador autónomo comprendido en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)<sup>10</sup>:

*1º- "Estar afiliado y en situación de alta en la Seguridad Social, tener cubiertas las contingencias profesionales y estar al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social".*

La cuota de autónomos es uno de principales obstáculos del colectivo para acceder a la prestación. No todos los trabajadores pueden abonar la cuota mensual a la Seguridad Social, (en el caso de que se opte solo por contingencias comunes), sin importar el volumen de ingresos. Como requisito de acceso a la prestación, la norma debería bajar considerablemente estas cotizaciones por igual a todos los trabajadores con el objeto también de facilitar la contratación y, de esta manera, el crecimiento y la competitividad empresarial". Esta reducción de las cotizaciones sería "tanto por Contingencias Profesionales, como por Contingencias Comunes". Otras asociaciones también han reclamado la cotización según el volumen de ingresos del autónomo.

*2º- "Contar con un período mínimo de cotización por cese de actividad de doce meses continuados e inmediatamente anteriores al cese, siendo computable el mes en que se produzca el hecho causante del cese de actividad".*

Este precepto, ofrece para el trabajador una garantía a medias, pues cotizar por cese de actividad aumenta la cuota de autónomo pero por otro, no asegura al cien por cien al trabajador que, una vez cerrado su negocio disponga de esa prestación, por la gran cantidad de documentación que debe presentar, la propuesta de lege ferenda se basaría en la equiparación de las prestaciones por desempleo para todos los autónomos con los trabajadores por cuenta ajena en tiempo, cantidades y condiciones administrativas". Esto podría provocar un cambio, así como una mayor flexibilidad por parte de las Mutuas colaboradoras, que son quienes gestionan la concesión de esta prestación, hasta ahora entregada solo al 20% de los autónomos que la solicitan.

*3º- "Que el cese en la actividad desarrollada por el trabajador se deba a motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, causas de fuerza mayor, pérdida de licencia administrativa, violencia de género, divorcio o acuerdo de separación matrimonial y sea debidamente justificado".*

La mayoría de las solicitudes de cese de actividad son rechazadas, es decir, de 1.381 solicitudes cursadas, 1.027, el 70% no consigue acreditar correctamente" la caída de los ingresos o el descenso de la actividad. Esto se debe a que los autónomos que se encuentran

---

<sup>9</sup> Vid. Capítulo I (Arts. 1-10) del Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

<sup>10</sup> Quedan comprendidos en esta categoría incluidos los trabajadores del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA), que inicien la cotización por cese de actividad a partir del 1 de enero de 2012 y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), o bien ser Trabajador por Cuenta Propia o armador asimilado incluido en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

en el régimen fiscal de los módulos, están obligados a ingresar a Hacienda la cantidad correspondiente a factores de valoración que, en teoría, definen su capacidad económica y de ingresos. Por ejemplo, la extensión del local o el número de trabajadores.

*4º "Suscribir el compromiso de actividad para el mantenimiento de la prestación a fin de realizar las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el Servicio Público de Empleo correspondiente así como a efectos de cumplir las obligaciones de los artículos 17.1 g) y h) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto".*

El problema que genera el compromiso de este requisito a la hora de pedir esta prestación, tiene una dificultad de carácter administrativo, que se debería resolver en otras ramas del derecho positivo, pues el solicitante, en la mayor parte de los casos lo suscribe sin darse cuenta, al firmar el impreso de una solicitud de prestaciones y no leer la letra pequeña que figura al dorso. Es con dicho acto, cuando acepta el llamado "compromiso de actividad", que le obliga a cumplir con los requisitos establecidos en la ley.

Por ello, desde el momento de la solicitud, el trabajador puede incurrir por ignorancia en una infracción leve establecida en el ART. 24 la LISOS<sup>11</sup>: "No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación. El requerimiento se puede hacer por carta, sms, mail o llamada telefónica".

*5º "No haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, salvo que no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello".*

Este requisito no ofrece dificultades, pero la realidad de las cifras está demostrando que la mayor parte de los autónomos prefiere ahorrarse esta cotización. Por un lado, por la escasa protección que brinda, con pocos meses de cobertura y, sobre todo, por las dificultades que tiene el proceso de demostrar el cese involuntario de actividad.

*6º "Que no concurra ninguna de las incompatibilidades previstas en la Ley 32/2010, de 5 de agosto".*

Se hace necesario que para el acceso a estos derechos se cumplan los requisitos impuestos por el derecho positivo, evitando criterios arbitrarios.

#### **4. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN**

La duración de la cuantía, dependerá del tiempo que el trabajador/a haya estado cotizando<sup>12</sup>:

<sup>11</sup> Letra a) del número 3 del artículo 24 redactada por el número dos del artículo 8 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social («B.O.E.» 1 marzo).

<sup>12</sup> Vid. MUTUA UNIVERSAL. Guía Básica para Autónomos: relación y trámites con la Seguridad Social y con las Mutuas de Accidentes Colaboradoras con la Seguridad Social, p.30, y en [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Trabajadores/Trabajadoresdelmar/ProtecCese/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/Trabajadoresdelmar/ProtecCese/index.htm)

AUTÓNOMOS DE MENOS DE 60 AÑOS	
MESES COTIZADOS	DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN
12 a 17	2 Meses
18 a 23	3 Meses
24 a 29	4 Meses
30 a 35	5 Meses
36 a 42	6 Meses
43 a 47	8 Meses
48 o más	12 Meses

AUTÓNOMOS DE MÁS DE 60 AÑOS	
MESES COTIZADOS	DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN
12 a 17	2 Meses
18 a 23	4 Meses
24 a 29	6 Meses
30 a 35	8 Meses
36 a 42	10 Meses
43 o más	12 Meses

La cuantía de la prestación será del 70% de la base reguladora, calculada según el promedio de las bases por las que el trabajador hubiera cotizado<sup>13</sup> durante los 12 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad. La cantidad máxima podría alcanzar el 175% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), excepto si el trabajador tiene a su cargo a uno o más hijos. En ese caso la cuantía quedará establecida en el 200% y 225%, respectivamente<sup>14</sup>.

Como señala MALDONADO MOLINA, esta cobertura por cese de actividad<sup>15</sup>, se ha incluido dentro de la cobertura por contingencias profesionales de los autónomos, de modo que como se ha señalado anteriormente, tiene un carácter optativo (solo procede si se opta por cotizar por contingencias profesionales y se gestiona por las Mutuas (salvo supuestos excepcionales). Así, el órgano gestor de esta prestación es la Mutua, que se encarga de la gestión de las funciones y servicios derivados de dicha prestación, el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones, y el pago. En cuanto al

<sup>13</sup> El tipo de cotización correspondiente a la protección por cese de actividad, se fijará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, siendo del 2,2%, aplicable a la base de cotización del autónomo. Los trabajadores autónomos acogidos al sistema de protección por cese en la actividad tendrán una reducción de 0,5 puntos porcentuales en la cotización por la cobertura de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Como recurso para que éstos puedan realizar los cálculos relativos a sus percepciones mensuales, existen herramientas on line a través de webs como: [www.paroparaautonomos.com](http://www.paroparaautonomos.com).

<sup>14</sup> Véase: [http://www.autonomosdecco.es/ccooautonomos/Inicio:925424EL\\_DESEMPLEO\\_DE\\_LOS\\_TRABAJADORES\\_AUTONOMOS](http://www.autonomosdecco.es/ccooautonomos/Inicio:925424EL_DESEMPLEO_DE_LOS_TRABAJADORES_AUTONOMOS)

<sup>15</sup> Cfr. MALDONADO MOLINA, J.A., "Gestión y control de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para representantes sindicales. Escuela Julián Besteiro. UGT 2015"

procedimiento de formalización por cese de actividad<sup>16</sup>, su período de vigencia y efectos, se rigen por las normas de aplicación a la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social<sup>17</sup>.

Por tanto, el autónomo que se encuentre en esta situación tiene respecto de la Mutua unas obligaciones similares a las que tiene un desempleado respecto del Servicio Público de Empleo:

- Proporcionar la documentación e información que resulten necesarios a los efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación de la prestación.
- Solicitar la baja en la prestación por cese de actividad cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos.
- Comparecer a requerimiento del órgano gestor.
- Participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, que se determinen por el órgano gestor.  
En este sentido, el autónomo debe suscribir el compromiso de actividad para mantener la prestación por desempleo, realizando actividades que el Servicio Público de Empleo pueda convocar<sup>18</sup>.

A tenor de lo citado, los trabajadores por cuenta propia que no tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con una Mutua, la tramitación de la solicitud y la gestión de la prestación por cese de actividad corresponderá:

- En el ámbito del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, al Instituto Social de la Marina.
- En el ámbito del RETA, al Servicio Público de Empleo Estatal.

## **5. INCUMPLIMIENTO DE NORMATIVA EN LA GESTIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS**

Una de las causas que han desencadenado la pérdida de confianza del trabajador autónomo a la hora de solicitar las prestaciones ha venido dada por la ausencia del grado de eficiencia de la propia Mutua en la gestión de prestaciones.

<sup>16</sup> Véase más ampliamente el desarrollo de los aspectos relativos a este epígrafe en el Capítulo 5, epígrafe 5.6 titulado "Las infracciones y sanciones administrativas de las Mutuas en el Texto Refundido de la LISOS, apartado I. Incumplimiento de normativa en la gestión por cese de actividad de los trabajadores autónomos", p. 85.

<sup>17</sup> Vid. art. 16 Ley 32/2010, (redactado por Ley 35/2014).

<sup>18</sup> Estas actividades pueden ser formativas, de orientación profesional o de promoción de la actividad emprendedora. Además, deberá cumplir las obligaciones propias especificadas en los artículos 17.1 g) y h) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

Esta falta de compromiso, encuentra su respuesta normativa en la LISOS en el art. 28.2<sup>19</sup>, tipificando como infracción grave no atender a las solicitudes de cobertura de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos con los que tengan formalizada la cobertura por contingencias profesionales.

Por seguridad jurídica, las Mutuas encuentran limitaciones, y sufren de un intervencionismo estatal que permite que su naturaleza asociativa no lo sea en términos absolutos. Hay cinco puntos en el precepto del 28.2 de la LISOS que refuerzan esta teoría que desde un principio empezaron a sostener con la anterior LGSS y LISOS, SEMPERE NAVARRO, Y ARIETA MARTÍNEZ.

Dentro de las labores que la LISOS concede a la Mutua<sup>20</sup>, están las contempladas en el marco normativo de las funciones y servicios derivados de la gestión de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos<sup>21</sup>.

La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tiene por objeto, desde un punto de vista sancionador, controlar la actuación de las Mutuas en este marco, contribuyendo a regular el sistema específico de protección para los trabajadores autónomos y TRADES que, ejercen actividades económicas o profesionales a título lucrativo.

Para tener una visión global de este ámbito de protección del art. 28.9 de la LISOS, se hace necesario delimitar primero en qué es y en qué consiste el objeto de protección del bien:

Los pilares principales del sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, fueron implantados (tal como se señaló al principio) con la derogada Ley 32/2010, de 5 de agosto<sup>22</sup>, creando un derecho sustantivo «ex novo».

A tal fin, los destinatarios<sup>23</sup> de esta protección, gozan de una prestación económica que gestiona la Mutua. Ésta, comprende los siguientes derechos:

1º. El abono de una prestación económica mensual por cese de actividad.

---

<sup>19</sup> Número 2 del artículo 28 redactado por el apartado cinco de la disposición final segunda de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos («B.O.E.» 6 agosto).

<sup>20</sup> El art.22.5 LISOS en la redacción dada por la Disposición final segunda que modifica el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, formaliza la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en su caso, de la incapacidad temporal del personal a su servicio, así como de los trabajadores autónomos la protección por cese de actividad en entidad distinta de la que legalmente corresponda.

<sup>21</sup> Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

<sup>22</sup> Ley 32/2010, derogada por la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS. En la actualidad la protección por cese de actividad, se encuentra recogida en el título V de la LGSS 2015.

<sup>23</sup> Según el ámbito objetivo de protección del Art.2.1 de la Ley 32/2010 son, aquellos sujetos que voluntariamente hayan optado por cotizar para esta contingencia, y están comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), los trabajadores del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA), que inicien la cotización por cese de actividad a partir del 1 de enero de 2012 y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), o bien los trabajadores por Cuenta Propia o armador asimilado incluido en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

- 2º. La cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.
- 3º. Programas formativos y de inserción laboral para facilitar la reincorporación del autónomo al mercado de trabajo.

Dentro del catálogo de infracciones que puede cometer la Mutua a la hora de conceder estas prestaciones, el art. 28.9 LISOS, tipifica una sola acción omisiva que puede dar lugar a otras cuatro nuevas faltas graves.

Tales son consistentes en una inobservancia por parte de la Mutua, de la normativa relativa al reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación derivada de la gestión de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos<sup>24</sup>.

Estas infracciones atentan contra la protección Cese de Actividad de los Trabajadores Autónomos (en adelante protección CATA), la cual tiene por objeto proteger al trabajador autónomo que, por motivos ajenos a su voluntad, cesa totalmente en su actividad laboral de forma temporal o definitiva.

Esta nueva protección, supone un avance en el proyecto de lograr la equidad con el nivel de protección dispensado al trabajador por cuenta ajena. Por esta razón, la LISOS se ha adaptado a estas nuevas necesidades tipificando el citado cuarteto de acciones:

- 1º. Inobservancia por parte de la Mutua, de la normativa relativa al reconocimiento por cese de actividad.
- 2º. No aplicar lo dispuesto sobre las causas de suspensión del derecho a la protección por cese de actividad.
- 3º. Vulnerar las condiciones de extinción del derecho a la protección por cese de actividad.
- 4º. Infracción de la normativa relativa a la reanudación por cese de actividad.

**1º- Inobservancia por parte de la Mutua, de la normativa relativa al reconocimiento por cese de actividad.**

Esta medida, es una de las soluciones diseñadas con las que el legislador pretende acabar con el factor que ayuda a desincentivar aún más a los autónomos para cotizar por cese de actividad, es decir la dificultad para cobrar esta prestación.

La LISOS sanciona la inobservancia por parte de la Mutua de la normativa relativa al reconocimiento dentro de su marco de obligaciones. En este sentido, como entidad gestora, debe comprobar de manera objetiva, si en cada solicitud se cumple el principal requisito<sup>25</sup>

<sup>24</sup> El número 9 del artículo 28 fue introducido por el apartado seis de la disposición final segunda de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos («B.O.E.» 6 agosto).

<sup>25</sup> Sin duda, éste está claramente entresacado del requisito de encontrarse en situación legal de desempleo previsto y desarrollado para trabajadores por cuenta ajena, en esta línea, véase el art. 208 de la LGSS.

que se necesita para conceder dicha prestación al beneficiario, es decir, que éste se encuentre en situación legal de cese de actividad.

La acción omisiva del art.28.9 LISOS conlleva automáticamente también dos conductas:

1º No valorar cada una de las situaciones de cese en la actividad para estos trabajadores por cuenta propia que se establecen en el RD 1541/2011<sup>26</sup>.

2º Incumplir el mandato legal, de tener en cuenta la documentación a presentar por los citados trabajadores con objeto de confirmar esta situación legal de cese.

Esta actuación lesiva, por tanto, se tipifica como una infracción grave, pues la no observancia de la normativa, cierra aun más la puerta a los autónomos para tener acceso al cobro de la prestación, y al Sistema de Seguridad Social por no contar con autónomos incentivados a aportar el 2,2% de cotización adicional por cese.

En sentido práctico los datos estadísticos que se verán a continuación, muestran que la actual redacción del art.28.9 de la LISOS, después de estos últimos años no ha contribuido en gran medida a condicionar el comportamiento infractor de la Mutua.

Desde el año 2010<sup>27</sup>, cerca del 80% de las solicitudes para liquidar el paro del autónomo por cualesquiera causas de las expresadas en la ley, fueron desestimadas, y ello fue debido a la dificultad para acreditar formalmente el cese de actividad del negocio, cuyas bases fueron desarrolladas en el Real Decreto 1541/2011 de 31 de octubre. El legislador por mejorar esta situación, introdujo en **2015** diferentes **novedades en términos generales, destinadas a facilitar el acceso a la prestación** e incrementar el porcentaje de autónomos que se pudiesen beneficiar de la misma.

Estas medidas estaban incluidas en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 35/2014<sup>28</sup>. Y ello ha hecho que, según datos facilitados por OPA, el 47% de las solicitudes presentadas en 2015 hayan sido aprobadas, una cifra considerablemente superior al 17% de

---

<sup>26</sup> El Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, amplía considerablemente el catálogo de situaciones por cese de actividad que contenía el artículo 5 de la derogada Ley 32/2010.

Actualmente, las situaciones legales de cese de actividad quedan determinadas por:

1º- Motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos. (Artículo 4).

2º- Cese de actividad por fuerza mayor. (Artículo 5).

3º- Pérdida de licencia administrativa (Artículo 6).

4º- Violencia de género (Artículo 7).

5º- Divorcio o acuerdo de separación matrimonial. (Artículo 8).

6º- Acreditación de la situación legal de cese de actividad en los trabajadores autónomos económicamente dependientes. (Artículo 9).

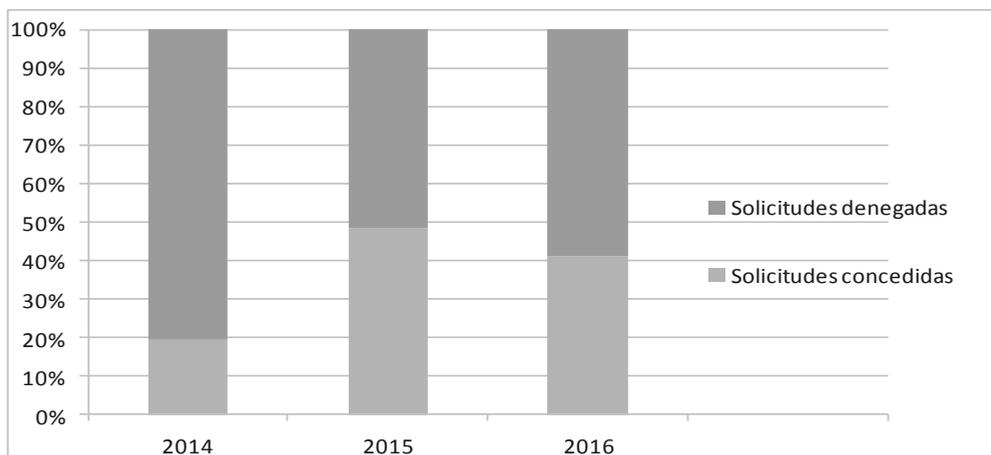
7º- Situación legal de cese de actividad por aquellos trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente, o por los socios trabajadores, y aspirantes a socios en periodo de prueba, de las de cooperativas de trabajo asociado. (Artículo 10).

<sup>27</sup> Datos ofrecidos por la Organización de Profesionales y Autónomos (OPA).

<sup>28</sup> Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

años anteriores. En 2016 la tónica es similar, por lo que cabe decir que estas medidas correctoras han tenido efecto, pero no el suficiente.

Según este estudio entre los años 2014 y 2016 reflejados en la ilustración 1, después de los esfuerzos del legislador, las Mutuas siguen sin conceder las suficientes prestaciones<sup>29</sup> cuyos requisitos marca la ley y continúan también actuando con criterios no del todo claros e introduciendo calificaciones subjetivas.



**Ilustración 4:** En el siguiente cuadro, véase contraste comparativo de solicitudes presentadas y denegadas, según datos facilitados por OPA.

La redacción del artículo de la LISOS, no ayuda al cumplimiento del cometido del reglamento aprobado por el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, un ejemplo relevante es el reconocimiento de cese de actividad motivado por razones económicas o por pérdidas.

En este apartado, con la finalidad de conceder un mayor número de prestaciones, se viene a imponer al autónomo, unas nuevas condiciones muy factibles<sup>30</sup> para la demostración de la causa del abandono de la actividad.

En todo caso, la LISOS con su art.28.9, obliga a la Mutua a pronunciarse siguiendo la normativa vigente debiendo entrar a valorar justificadamente sobre este aspecto facilitando el acceso a la prestación teniendo en cuenta los datos aportados por el trabajador.

<sup>29</sup> Este fenómeno persiste aun habiéndose superado las dificultades iniciales marcadas por la ley para conseguir la aprobación de la prestación por cese de actividad, ya que antes de la derogación de la Ley 32/ 2010 de 6 de agosto, los requisitos que exigían las mutuas para demostrar el cese de actividad eran muy rigurosos.

<sup>30</sup> De manera ejemplificativa, desde la aprobación de la nueva Ley de Mutuas en otoño de 2014, para acreditar el cese de actividad por pérdidas sólo es necesario alegar un 10% menos de ingresos que de gastos., una medida que ha dado resultados positivos, a pesar de que el legislador olvidó, que buena parte del colectivo está sujeto a efectos del IRPF al Régimen Objetivo de Módulos, basado en criterios de beneficios estimados, por lo que no sólo no lleva contabilidad, sino que en ningún caso el autónomo puede demostrar el rendimiento neto negativo o pérdidas contables, como convencionalmente son conocidas.

En definitiva, si la Mutua sigue, a pesar de las reformas legales, obstruyendo el acceso a la prestación, ignorar los preceptos legales para el reconocimiento de cese de actividad, contribuye exponencialmente aun más al aumento del porcentaje de autónomos que no se pueden beneficiar de la misma.

## **2º- No aplicar lo dispuesto sobre las causas de suspensión del derecho a la protección por cese de actividad.**

Este precepto tipifica que incumplir con la suspensión del derecho, supone por parte de la Mutua, continuar abonando de manera ilícita la prestación económica y la cotización al beneficiario. Esta conducta omisiva, supone un ataque frontal al Sistema de Seguridad Social y por ello, el concepto de gravedad viene dado por el daño causado, un aspecto genérico donde que deja en un segundo plano la cuantía del perjuicio a la Seguridad Social.

El derecho a la protección por cese de actividad debe obligatoriamente suspenderse por la Mutua en los siguientes supuestos<sup>31</sup>:

- A) Durante el período que corresponda por imposición de sanción debida a infracción leve o grave, en los términos establecidos en la LISOS<sup>32</sup>.
- B) Durante el cumplimiento de condena que implique privación de libertad<sup>33</sup>.
- C) Durante el período de realización de un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, salvo que su duración sea igual o superior a doce meses, siempre que genere derecho a la protección por cese de actividad como autónomo<sup>34</sup>.
- D) Supuestos de traslado de residencia al extranjero<sup>35</sup>.
- E) La salida ocasional al extranjero por tiempo no superior a 30 días naturales por una sola vez cada año, siempre que esa salida esté previamente comunicada y autorizada por el órgano gestor.

Todos estos hechos en sí, son constitutivos de una infracción grave por razón de su previsión en el tipo aplicado, y su comisión lejos de ser imprudente es intencionada, pues las Mutuas poseen una relación de sujeción especial de tutela de la Administración, y por ende, conocen la normativa a la que están sujetas en su función colaboradora, por tanto en ningún caso podrá justificar que su actuación se ampare dentro de la creencia de que su actuar era lícito.

---

<sup>31</sup> El artículo 15 sobre suspensión y reanudación del derecho a la protección del Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, en su inciso 1º, dispone que el derecho a la protección por cese de actividad se suspenderá y reanudará de acuerdo con lo establecido tanto en el citado artículo, como en el artículo 10 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

<sup>32</sup> Vid. Art. 10.1.a) Ley 32/2010 de 5 de agosto

<sup>33</sup> Vid. Art. 10.1.b) Ley 32/2010 de 5 de agosto

<sup>34</sup> Vid. Art. 10.1.c) y 11.1.c) Ley 32/2010 de 5 de agosto

<sup>35</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1.f) de la Ley 32/2010, 5 de agosto, el derecho a la protección por cese de actividad queda suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, o perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

La lógica que ha seguido el legislador para perseguir el ilícito de esta conducta, no se basa por tanto en la sanción de una simple irregularidad, sino en la conjunción de un elemento volitivo y cognoscitivo en la actuación de la Mutua para atentar contra los intereses consolidados de la propia Administración y confirmados por los tribunales.

### **3º- Vulnerar las condiciones de extinción del derecho a la protección por cese de actividad.**

La Mutua como entidad colaboradora, puede denegar la extinción de la prestación por cese de actividad y seguir concediendo ilegítimamente al trabajador la prestación de manera ininterrumpida, causando un perjuicio económico al Sistema de Seguridad Social.

El incumplimiento de esta obligación<sup>36</sup> por parte de la Mutua, atenta contra la observancia de los casos de extinción del derecho a la protección por cese de actividad, generando las siguientes conductas:

- a) No observar por dolo o negligencia, el agotamiento del plazo de duración de la prestación.
- b) Ignorar las sanciones impuestas al destinatario de la prestación en los términos establecidos en la LISOS.
- c) No conceder la extinción al trabajador mientras se encuentre en plena realización de un trabajo por cuenta ajena o propia<sup>37</sup> durante un tiempo igual o superior a 12 meses<sup>38</sup>.
- d) Continuar con la concesión de la prestación aun habiendo cumplido el trabajador la edad de jubilación ordinaria o, teórica<sup>39</sup> y sus requisitos.
- e) Por resistencia administrativa al reconocimiento de pensión de jubilación o de incapacidad permanente.
- f) Desatender el incumplimiento de la justificación presentada por el trabajador autónomo por traslado de residencia al extranjero<sup>40</sup>.
- g) Seguir concediendo la prestación aun habiendo renunciado voluntariamente el trabajador al derecho, o habiendo fallecido.

La comisión de las condiciones de extinción del derecho a la protección por cese de actividad, comporta situaciones de cobro indebido al trabajador, donde se le obliga al

---

<sup>36</sup> Sus principios se establecieron en el artículo 11 en sus incisos 1º y 2º de la Ley 32/2010. Véase art. 11 de la derogada Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

<sup>37</sup> A los efectos del art. 15.1.a) del RD 1541/2011, de 31 de octubre, se considerará trabajo toda actividad, que genere o pueda generar retribución o ingresos económicos, por cuenta ajena o propia, incompatibles con esta protección.

<sup>38</sup> Para este último caso, y según lo dispuesto en el art.11.1.c) Ley 32/2010, la Mutua debe conceder la extinción siempre que se genere derecho a la protección por cese de actividad como trabajador autónomo.

<sup>39</sup> Éste es el caso de los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

<sup>40</sup> Supondrá la extinción del derecho si el traslado de residencia al extranjero se realiza incumpliendo la declaración del beneficiario (para la búsqueda o realización de trabajo, o perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional), por un periodo continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea, Vid. Art. 15.1.b)

reintegro de prestaciones indebidamente percibidas<sup>41</sup>. En todo caso, será el órgano gestor<sup>42</sup> el que declare como indebida la prestación.

La Mutua, comunicará a la Tesorería General de la Seguridad Social la decisión declarando indebida la prestación, siendo de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

#### **4º- Infracción de la normativa relativa a la reanudación de la prestación por cese de actividad.**

Esta inobservancia por parte de la Mutua de lo establecido en la norma, da lugar a dos conductas lesivas que implican numerosos incumplimientos, tales son:

1º-No reanudación de la prestación<sup>43</sup> y la cotización a la Seguridad Social cuando se hubiera suspendido el derecho a la protección por cese de actividad en las siguientes circunstancias:

- A) Ante un cese de actividad justificado, no reanudar la prestación y a la cotización a la Seguridad Social a partir del día primero del mes siguiente al del cese de actividad en el caso de que la suspensión del derecho se produjo por el trabajo por cuenta propia.
- B) En caso de que esta suspensión se produjese por cualquier otra causa, no reanudar el derecho a la prestación y a la cotización a la Seguridad Social a partir del día siguiente al de la finalización de esta causa aun habiendo declarado el trabajador de forma justificada<sup>44</sup>, que ha finalizado la misma y habiendo aportado la documentación justificativa que le hubiese requerido el órgano gestor.
- C) No reanudar la prestación y de la cotización a la Seguridad Social a partir del día de presentación de la petición, cuando dicha solicitud de reanudación se haya presentado fuera del plazo antes indicado de 15 días, descontando del periodo que exista entre el día en el que expiró el plazo de solicitud y el día en el que se presentó la misma.

---

<sup>41</sup> Dentro de las obligaciones de los trabajadores autónomos., está el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Vid art.347.1. f) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>42</sup> Corresponde a la Mutua como entidad gestora, declarar como indebida la prestación en los supuestos en los que las prestaciones hayan sido indebidamente percibidas como consecuencia de cualquier situación que haya generado un cobro indebido. Vid. Art 31.1.d) Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

<sup>43</sup> Vid. Art.15.2 R.D 1541/2011, de 31 de octubre.

<sup>44</sup> Al igual como sucede en la prestación por desempleo, la protección por cese de actividad, debe reanudarse en los términos que empezó a esbozar el artículo 10.3 de la Ley 32/2010, es decir, previa solicitud del interesado, siempre que éste acredite que ha finalizado la causa de suspensión y que se mantiene la situación legal de cese de actividad.

Como consecuencia, la no reanudación por inobservancia legal de la Mutua, supone la negativa a que el trabajador pueda percibir la prestación por cese de actividad que restase por la cuantía reconocida en el momento del nacimiento del derecho, así como de la cotización a la Seguridad Social por la base reguladora correspondiente al nacimiento del derecho<sup>45</sup>.

2º-Proceder en los casos de suspensión por sanción, a la reanudación cuando esa sanción haya supuesto la reducción y pérdida del período de percepción hasta el agotamiento de la duración del derecho.

Dentro del complejo mundo de las infracciones a la Seguridad Social y quienes pueden cometerlas, estas dos conductas infractoras deberían tipificarse específicamente como delitos autónomos. Esto es debido a que, para su determinación el legislador ha mirado inextricablemente hacia la ratio iuris o valor jurídico protegido por la norma; que en primer caso, atenta contra los intereses del beneficiario al no concederle la Mutua la reanudación de su prestación y en un segundo caso donde la misma, concede de manera ilícita el derecho de percepción a dicho beneficiario.

J. Vulnerar lo establecido en la normativa respecto a la gestión del desarrollo de convocatorias y acciones específicas de formación, orientación profesional, información, motivación, reconversión o inserción profesional del trabajador autónomo que se determinen

El nuevo art. 28.10 de la LISOS, (al igual que el artículo anterior), tiene por objeto, la protección de los trabajadores autónomos en su cese de actividad bajo la citada Ley 32/2010, de 5 de agosto.

La esfera de la protección por cese, no sólo comprende el abono de una prestación económica mensual por cese de actividad y la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, sino que también se complementa con medidas o acciones de formación e inserción laboral<sup>46</sup> para facilitar la reincorporación del trabajador autónomo al mercado de trabajo.

Dentro de la tarea gestora de las prestaciones por cese de actividad, la Mutua tiene encomendada sólo la gestión de las prestaciones económicas, dejando el Art.19.1 RD. 1541/2011 al SEPE, el desarrollo de convocatorias y acciones específicas de formación, orientación profesional, información, motivación, reconversión o inserción profesional del trabajador autónomo que se determinen.

---

<sup>45</sup> En definitiva, hasta que la situación no se regularice y se subsane la actuación lesiva de la Mutua, el no reconocimiento de la reanudación bien por resistencia administrativa o negligencia de la misma, priva al trabajador temporalmente de:

A)-El derecho al disfrute de la prestación económica pendiente de percibir.

B)-Derecho a la cotización, no pudiéndose contar como establece la ley a partir del primer día del mes siguiente al de la solicitud de la reanudación.

<sup>46</sup> Vid. Art 329.2, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Para entrar a conocer las en este sentido las faltas que en esta prestación de servicios pueden cometer las Mutuas, así como las debilidades<sup>47</sup> que ofrece el marco de infracciones del citado art. 28.10 de la LISOS, analicemos previamente qué son los programas individualizados de Orientación y Formación Profesional, y qué papel desempeñan las Mutuas.

En el periodo de cese, el trabajador, necesita en muchos supuestos de una nueva y adecuada formación para poder llevar a cabo una reincorporación al mercado laboral con éxito, pues hay personas que ante la adversidad ven siempre una oportunidad de mejora y de poder demostrar toda su capacidad<sup>48</sup>.

Estas medidas formativas, le permitirán además, desempeñar su trabajo de forma más competitiva e incluso le capacitará para afrontar tareas nuevas con menores reticencias, pues se sentirán mejor preparados. Ello, proporciona un enriquecimiento profesional y personal que le favorecerá de una buena disposición para la continua mejora de sus competencias y resultados.

La formación en el periodo de cese de actividad, no sólo es una medida necesaria para conseguir cierto nivel formativo para desempeñar un mejor servicio a la clientela, sino, además un factor esencial para mejorar la motivación laboral<sup>49</sup>.

El papel de la Mutua en estas acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional, es de suma importancia pues, aun estando encomendadas estas funciones al SEPE, dichas prestaciones necesitan para su gestión de una actividad colaborativa por parte de la Mutua que detallaremos a continuación:

## **6. COLABORACIÓN ENTRE LA MUTUA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO CORRESPONDIENTES**

Para poder llevar a cabo la aplicación de estas medidas específicas de formación, orientación profesional, y promoción de la actividad emprendedora por cese de actividad, bien la Mutua<sup>50</sup>, el Servicio Público de Empleo Estatal o el Instituto Social de la Marina)

---

<sup>47</sup> Sometiendo a un análisis exhaustivo la literalidad del Art.28.10 de las LISOS, puede inducirse a pensar que esta redacción carezca de sentido pues el legislador no puede prohibir a la Mutua el incumplimiento de obligaciones que legítimamente están encomendadas al SEPE.

<sup>48</sup> "Para las personas inteligentes no existe la suerte, pero si la oportunidad". Vid dicha referencia y otras realizadas al Prof. SANTOS RAMÍREZ, J.A, en: <http://www.monografias.com/trabajos33/motivacion-laboral/motivacion-laboral.shtml>

<sup>49</sup> Este último aspecto es el sustrato de la motivación del trabajador, la cual según SANTOS RAMÍREZ "Es un proceso, reflejo de la personalidad del individuo". Esta será por tanto uno de los factores básicos que le hará partir con ventaja en un mercado laboral saturado y competitivo. Véase SANTOS RAMÍREZ, J.A.: Estudios de Psicología laboral y Administración de Recursos Humanos. San Salvador, Universidad de El Salvador. 1993), pág..68.

<sup>50</sup> Siempre que el trabajador tenga concertada con la Mutua la cobertura de la protección por cese de actividad en el momento del cese. Véase art.28.1 Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre.

deberán cooperar y colaborar<sup>51</sup> con los Servicios Públicos de Empleo correspondientes en la realización de estas tareas de acuerdo a sus competencias.

El Servicio Público de empleo Estatal para llevar a cabo la gestión de los citados servicios de formación conforme a la normativa, necesita previamente que las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social o entidades gestoras (con la que el trabajador y trabajadora autónomos haya formalizado el documento de adhesión), identifiquen expresamente a estos beneficiarios mediante un reconocimiento previo.

Este reconocimiento, posibilita la concesión del disfrute de estas prestaciones siendo esta labor, una parte inicial del proceso de gestión<sup>52</sup> del desarrollo de las citadas convocatorias y acciones específicas de formación, orientación profesional, información, motivación, reconversión o inserción profesional del trabajador autónomo

Para ello, las Mutuas o entidades gestoras, han de comunicar mensualmente al citado Servicio Público de Empleo las resoluciones que éstas hayan dictado, reconociendo al trabajador autónomo como beneficiario de las prestaciones por cese de actividad.

Dicha comunicación se realizará en la forma y con el contenido que determine el Servicio Público de Empleo Estatal, que dará traslado de la misma, conjuntamente con la información derivada de la gestión realizada por el mismo, a los respectivos Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.

Tras este trámite, los Servicios Públicos de Empleo (SEPE), facilitan a los beneficiarios de la protección por cese de actividad, todas las acciones específicas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora. En todo caso, también verificarán que dicho beneficiario esté a disposición del mismo Servicio Público de empleo o de la Mutua siempre que se le convoque.

En los supuestos en los que el beneficiario incumpla dichas obligaciones, el SEPE podrá requerir su comparecencia debiendo informar a la Mutua sobre dicho incumplimiento.

El art.28.10 de la LISOS, constituye un tipo de Infracción grave por parte de la Mutua, que se materializa en un incumplimiento de cooperación, el cual, de manera automática, desencadena de manera inevitable una obstrucción administrativa para la concesión legítima de la prestación por cese de actividad.

---

<sup>51</sup> Vid. Art.27.1 Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

<sup>52</sup> La LGSS en su art.346.1 en cuanto al órgano gestor, señala expresamente: "Salvo lo establecido en el artículo anterior y en el apartado 3 de este artículo, corresponde a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social la gestión de las funciones y servicios derivados de la protección por cese de actividad, sin perjuicio de las competencias atribuidas a los órganos competentes en materia de sanciones por infracciones en el orden social y de las competencias de dirección y tutela atribuidas al Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el artículo 98.1".

## 7. FALTAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE COOPERACIÓN

La no observancia de la Ley por parte de la Mutua, genera dos acciones relativas a la gestión de la misma, en cuanto al incumplimiento de cooperación con los Servicios públicos de empleo. Éstos, pueden ser sancionables sino media causa alguna de justificación, tales son:

1º-No comunicar mensualmente al SEPE las resoluciones que éstas hayan dictado, reconociendo<sup>53</sup> al trabajador autónomo como beneficiario también de las prestaciones económicas por cese de actividad.

2º-No realizar dicha comunicación a forma y contenido que determine el Servicio Público de Empleo Estatal, impidiendo que el SEPE dé traslado de la misma, a los respectivos Servicios Públicos de Empleo Autónomos.

Estas dos acciones, conllevan finalmente a concluir que el legislador ha permitido que el art.28.10 de la LISOS, guarde una estrecha relación con el 28.9, pues para que el trabajador autónomo tenga derecho a las prestaciones relativas a las acciones específicas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora, necesita por parte de la Mutua que no vulnere la normativa y cumpla con lo establecido para hacer posible la gestión de la prestación, mediante un reconocimiento previo de su situación, una condición que le da derecho a disfrutar no solo de la prestación formativa, si no económica, por ello se debe concluir que la infracción del art 28.9, genera automáticamente la infracción del 28.10.

K. La declaración o denegación de la fuerza mayor como situación legal del cese de actividad de los trabajadores autónomos sin tener en consideración la documentación aportada por el solicitante.

Además de los motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos y el cese de actividad de los trabajadores autónomos y TRADE, existen otras causas como las de fuerza mayor<sup>54</sup> para alegar cese de actividad, y que necesitan de una documentación propia para justificar las causas alegadas.

El art.28.11 de la LISOS, constituye una garantía para el beneficiario de que la Mutua con la que tenga cubierta sus contingencias profesionales, someterá a exámen la documentación aportada por el trabajador a fin de declarar a los efectos del artículo 6.1.b) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, sobre la concurrencia o no de esta circunstancia<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> La falta de comunicación al SEPE puede ser una infracción debida a otra negligencia en la falta de reconocimiento de la prestación del trabajador, (art.28.9 LISOS) un aspecto que el número 10 del presente artículo lo subsume con el término genérico de "gestión".

<sup>54</sup> La LGSS califica como situación legal de cese de actividad la sobrevenida por fuerza mayor, éste es un factor determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional. Véase. Artículo 331.1.b) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>55</sup> En este sentido, la acreditación de fuerza mayor, se hará mediante declaración expedida por los órganos gestores en los que se ubique territorialmente el negocio o la industria afectados por el acontecimiento causante de fuerza mayor. Vid. Art. 6.1.b) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

Para ello, el trabajador autónomo presentará a la Mutua:

- A) Una declaración jurada, en la que deberá constar la fecha de la producción de la fuerza mayor.
- B) La documentación en la que se detalle, mediante los medios de prueba que estime necesarios, en qué consiste el suceso, su naturaleza imprevisible, o previsible pero inevitable, su relación con la imposibilidad de continuar con la actividad, indicando si la fuerza mayor es determinante del cese definitivo o temporal de la actividad y en este último caso, la duración del cese temporal aunque sea estimada, y cualesquiera otros aspectos que permitan al órgano gestor declarar tal circunstancia.

La finalidad del cumplimiento de estos requisitos, es la obtención por parte del trabajador de una declaración de fuerza mayor<sup>56</sup> que abra la puerta al abono de una prestación económica mensual por cese de actividad y la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

Dentro del campo de actuación de las Mutuas, la LISOS considera infracción grave, la declaración o denegación de la fuerza mayor sin tener en consideración la documentación aportada por el solicitante<sup>57</sup>.

La prestación económica por cese de actividad se complementa con acciones de formación e inserción laboral para facilitar su reincorporación al mercado de trabajo, gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas o por el Instituto Social de la Marina.

La declaración o denegación de la fuerza mayor como situación legal del cese de actividad de los trabajadores autónomos sin tener en consideración la documentación aportada por el solicitante, genera situaciones de indefensión jurídica, económica y moral de los autónomos, pues en este y otros casos según aluden algunas Mutuas por razones subjetivas y de normativas internas, no siempre la documentación o pruebas que aleguen tal contingencia, no suponen una causa técnica, productiva u organizativa para acceder a la prestación por cese de actividad.

En temas similares, las Mutuas consultadas admiten no solo lo «farragoso» de esta ley, sino el carácter “subjetivo” de su aplicación. “Ante la duda, porque también se producen casos de picaresca y de intento de fraude, directamente denegamos la solicitud de la prestación por cese de actividad, porque no hay que olvidar que las Mutuas estamos gestionando el dinero público”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> La declaración o denegación de esta circunstancia, no viene dada por la arbitrariedad de la Mutua en un papel de policía médica, sino que ésta debe pronunciarse justificadamente sobre este aspecto en base un mandato legal expreso. En este inciso, la LISOS vela por esta garantía de reconocimiento en su art.28.9, obligando a la Mutua.

<sup>57</sup> Véase número 11 del artículo 28 introducido por el apartado seis de la disposición final segunda de la derogada Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos («B.O.E.» 6 agosto).

<sup>58</sup> Vid.<http://www.lasprovincias.es/v/20140308/alicante/mutuas-deniegan-tres-cada-20140308.html>

## 8. CONCLUSIONES

El funcionamiento cohesionado de nuestro Ordenamiento jurídico pasa por reconocer que las Mutuas, como entidades dotadas con personalidad jurídica, son sujetos susceptibles de incurrir en la responsabilidad derivada del incumplimiento de las previsiones legales que regulan sus obligaciones en el ámbito de su relación jurídica con la Seguridad Social.

El sistema de cobertura por cese de actividad ha mostrado y sigue mostrando deficiencias graves pues no consigue a pesar de sus reformas, ser eficaz debido a la rigidez en el acceso a la prestación, este aspecto crea situaciones oportunistas que invitan a las Mutuas a la comisión de un gran número de infracciones en esta y otras materias de Seguridad Social.

Como contramedida para tipificar estas y otras actuaciones, el art. 55 del RMAT realiza un reenvío específico al Capítulo III Sección del Texto Refundido la LISOS («Infracciones en materia de Seguridad Social»), pero este catálogo no es una vía óptima para solucionar las deficiencias de la Ley 35/2014 que dan origen al problema.

Según se establece el preámbulo de la citada Ley, el objetivo, es suavizar los requisitos y las formalidades de acceso a la protección y posibilitar la extensión de nuevos beneficiarios al mismo, aunque manteniendo el carácter voluntario de dicha cobertura, sin perjuicio de decisiones posteriores.

Las innovaciones que se introducen en la regulación del sistema de protección por cese de actividad siguen adoleciendo de los siguientes elementos:

1º Falta de mayor flexibilidad por parte del legislador para establecer los requisitos de acceso a la prestación, un factor que incrementa considerablemente las dificultades que tienen los autónomos para poder acogerse a la prestación por cese de actividad, la mayoría de las solicitudes de cese de actividad son rechazadas.

2º Falta de diligencia por parte de la Mutua para realizar las verificaciones de reconocimiento de dichas prestaciones.

3º El consecuente de los dos anteriores apartados, es decir, el número reducido de solicitudes de concesión de esta prestación a pesar de la aparente flexibilidad de los últimos cambios normativos.

La gestión de la prestación por cese de actividad continúa siendo insuficiente y supone para los autónomos una pérdida de confianza pese a las reformas.

Dentro de las propuestas de Lege Ferenda, para resolver definitivamente los problemas planteados, y evitar el oportunismo de las Mutuas en su discrecionalidad a la hora de conceder las prestaciones, se debería por tanto de volver a regular con más nitidez ciertas disposiciones del Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, relativas a la redacción de los siguientes artículos:

1º Nacimiento del derecho a la protección (Artículo 2.1 apartados letra "a-g")

2º Acreditación de la situación legal de cese de actividad por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos (Artículo 4) Con unas medidas que diesen mayores facilidades de flexibilización y acreditación de pérdidas, teniendo en cuenta también, las reducciones de ganancias tras el pago de impuestos estatales como el IVA, IRPF, podremos al menos contar con un nuevo instrumento legal que haga definitivamente eficaz una prestación que hubiera sido fundamental para evitar el cierre de numerosas PYMES, pero que bien gestionada sigue siendo hoy todavía una garantía para una buena parte de autónomos que ven como el cierre temporal o total de sus negocios no es sólo un problema económico, sino también suponer un importante obstáculo social en términos personales y familiares.

3º Acreditación de la situación legal de cese de actividad en los trabajadores autónomos económicamente dependientes. (Artículo 9): Deberían de adaptarse todas estas disposiciones a la realidad de este colectivo, que en parte es el más desprotegido

4º Artículo 10: Acreditación de la situación legal de cese de actividad por los trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente, por los socios trabajadores, y aspirantes a socios en periodo de prueba, de las de cooperativas de trabajo asociado.

Por otra parte se debería regular una participación más comprometida de las asociaciones de autónomos de mayor peso específico en las Comisiones de Control y Vigilancia de las Mutuas, paso también de gran trascendencia, ya que será la única fórmula de realizar un seguimiento de la gestión de estas entidades con respecto a las prestaciones propias de los autónomos, puesto que estos en la Ley, aunque sean cotizantes, no se les reconoce el carácter de asociados, sino únicamente de simples adheridos, por lo que no participan directamente en las decisiones orgánicas ni tampoco pueden acceder a los órganos de gobierno mutuales.

Son pasos mejorables, pero que al menos van colocando al colectivo en un nivel de capacidad de gestión de sus propias cotizaciones que hasta ahora no teníamos.



## La dimensión de género de la (des)protección por desempleo The gender issue of unemployment benefits

BORJA SUÁREZ CORUJO

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID*

ADRIANA HURTADO JARANDILLA

*GRADUADA EN DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID*

### Resumen

El presente trabajo trata de identificar las razones que determinan que la insuficiente protección que reciben las mujeres desempleadas. Como principal explicación se apunta a la configuración del sistema de protección por desempleo con el fin de proteger trayectorias laborales típicamente masculinas. Junto a ello, se constata que el agotamiento del modelo ante el paro de larga duración y los recortes de los últimos años tienen un mayor impacto negativo en las mujeres.

### Abstract

This article aims to identify the reasons that cause the lack of protection suffered by unemployed women. As a main explanation, it points at the shaping of unemployment benefits as it tends to give more generous protection to typically male labour trajectories. Besides it verifies that the exhaustion of benefits due to the rise of long-term unemployment and the cutbacks in recent years have a more relevant negative impact on women.

### Palabras clave

desempleo; mujer; seguridad social; recortes; discriminación

### Keywords

unemployment; women; social security; cutbacks; discrimination

Seguramente uno de los aspectos más olvidados en el análisis de la protección por desempleo a través de prestaciones económicas (políticas pasivas de empleo) es el relativo al género. Pese a que, como se comprobará a lo largo de este trabajo, el tratamiento que reciben las mujeres desempleadas es sensiblemente peor que el de los hombres, otras cuestiones como el salario o las pensiones reciben en general más atención. De ahí el interés de esta modesta investigación.

### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de abordar las razones que explican el peor tratamiento recibido por las mujeres en el ‘sistema’ de protección por desempleo, conviene hacer dos consideraciones desde una perspectiva general.

Puede sorprender, quizá, la persistencia de un problema de discriminación transversal que afecta a todas las sociedades, incluidas las más avanzadas del entorno europeo, a pesar de los esfuerzos y avances que se han producido. Cabe constatar, en este sentido, la centralidad de la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres como valor sobre el que se

fundamenta la Unión Europea y como uno de los principios rectores que deben guiar toda la actividad desplegada por las instituciones que la conforman<sup>1</sup>. Una previsión reforzada por el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prescribe que “(1)a igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”.

Dentro de este marco –que lógicamente se proyecta sobre el ordenamiento jurídico español– se vienen desarrollando desde hace años muy diversas iniciativas, más o menos ambiciosas, como el reciente *Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019*<sup>2</sup>. Sin ánimo de entrar en su contenido, no está de más subrayar que contiene un amplio elenco de actuaciones dirigidas a paliar, entre otros graves problemas, una fuerte “disparidad entre sexos en el mundo laboral”<sup>3</sup> reflejada en una insuficiente participación de la mujer en el mercado de trabajo y en marcadas diferencias en materia de retribuciones y protección social. Por eso, aunque en absoluto puede decirse que no se hayan producido avances en las últimas décadas<sup>4</sup>, lo cierto es que se constata que queda todavía un larguísimo camino que recorrer.

Por otro lado, resulta indudable que la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo (brecha salarial, sobrerrepresentación femenina en el trabajo a tiempo parcial, en puestos vinculados a los roles tradicionalmente femeninos –sector servicios– y en trabajo no remunerado –tareas domésticas y cuidados a familiares–)<sup>5</sup> es uno de los factores que explican la peor posición que ocupan dentro de la Seguridad Social. Pero no debe pasarse por alto que es también la propia articulación jurídica del sistema la que penaliza a las mujeres a través de una acción protectora más limitada, también en materia de desempleo. De ahí que resulte imprescindible una actuación conjunta en los dos planos (el laboral y el específico de protección social), siendo eso sí conscientes de que el ritmo de corrección de las debilidades y desequilibrios es distinto.

## 2. EJES EXPLICATIVOS DE LA PEOR POSICIÓN DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Dejando a un lado los problemas de discriminación existentes en el mercado de trabajo –cuyo análisis excede el objeto de este trabajo–, las principales razones que explican

---

<sup>1</sup> Véanse los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea, así como el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>2</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, disponible en [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/strategic\\_engagement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/strategic_engagement_en.pdf). Como antecedente, véanse las acciones contempladas en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de septiembre de 2010, titulada “Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015”* [COM(2010) 491 final – no publicada en el Diario Oficial], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:em0037&from=ES>

<sup>3</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Compromiso estratégico...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>4</sup> Tales acciones han permitido la consecución de ciertos logros como el aumento de la tasa de empleo femenina en la UE que alcanza un máximo nivel histórico en 2015 (con un 64,5%) [COMISIÓN EUROPEA, *Report on equality between women and men 2015*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2016, p. 10, disponible en [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/annual\\_reports/160422\\_annual\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/annual_reports/160422_annual_report_en.pdf)].

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Compromiso estratégico...*, *op. cit.*, pp. 7-9.

que la protección de las mujeres desempleadas sea menor que la que reciben los hombres pueden ser presentadas en tres ejes fundamentales.

### 2.1. El sesgo estructural del sistema como principal eje discriminatorio.

En primer lugar, cabe identificar un sesgo estructural del sistema que como tal deriva su propia configuración, y que supone un peor tratamiento de las trayectorias de cotización y de las actividades típicamente femeninas a efectos de acceso y disfrute de las prestaciones por desempleo.

Cabe comenzar por subrayar que el diseño del sistema de protección por desempleo está claramente presidido por una lógica contributiva que dificulta el disfrute de la prestación a aquellas personas con más dificultades para acceder al mercado de trabajo con estabilidad y niveles salariales aceptables. Más allá incluso de esta dependencia de la cotización, llama la atención que el peso de la contributividad condicione también la acción protectora del nivel asistencial (en verdad, un nivel ‘semicontributivo’)<sup>6</sup> y de los apéndices ordinario (renta activa de inserción) y extraordinarios (Programa Prepara y Programa de Activación para el Empleo), produciéndose así el desamparo de un número importante de desempleados, mayoritariamente mujeres<sup>7</sup>.

Además, desde esta lógica fuertemente contributiva el sistema de protección por desempleo prima las carreras de cotización más ‘típicas’ que corresponden habitualmente a los hombres, pues la observancia de los requisitos derivados de dicho patrón contributivo se da con mayor facilidad en las carreras masculinizadas. Dicho de otra forma, concurren diversos condicionantes negativos para las mujeres en el acceso efectivo a este tipo de prestaciones que derivan de sus más irregulares trayectorias en el mercado de trabajo. Sin ánimo exhaustivo, estos condicionantes que reflejan un mayor riesgo de ‘atipicidad’ son los siguientes.

- Un factor determinante es, sin duda, la baja tasa de actividad femenina (53,6%)<sup>8</sup>, casi 12 puntos porcentuales inferior a la de los hombres. Aunque históricamente este indicador ha evolucionado al alza –en particular, durante los primeros años de crisis económica–, a partir de 2011 se aprecia una ralentización (hoy el nivel de actividad es el mismo que en ese año), seguramente relacionado con el mayor impacto que tiene en las mujeres el ‘efecto desánimo’<sup>9</sup>. Parece, así pues, volver a estabilizarse el desfase existente entre hombres y mujeres, una clara manifestación de dependencia económica.
- A pesar de ese nivel más bajo de actividad, el número de desempleadas es más alto que el de parados (masculinos): durante los años de crisis, y como consecuencia del estallido de la burbuja inmobiliaria, hubo más hombres

<sup>6</sup> 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. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 201.

<sup>7</sup> No por casualidad el 55,3% de los perceptores de subsidios asistenciales por reunir un período de cotización insuficiente para acceder a la prestación contributiva afectaba a mujeres [Fuente: SEPE, agosto de 2016.]

<sup>8</sup> Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (tercer trimestre de 2016).

<sup>9</sup> CES, *Informe sobre la participación laboral de las mujeres en España*, CES, Madrid, pp. 40-41.

desempleados en términos absolutos, al contrario de lo que había sido la regla hasta ese momento. A partir del cuarto trimestre de 2015, vuelven a ser más numerosas las desempleadas. Ello explica que vuelva a abrirse brecha en la tasa de desempleo: 20,6% en el caso de las mujeres, tres puntos superior a la que corresponde a los hombres.

Este desequilibrio es aún más marcado si atendemos a los datos de paro registrado. Así, en noviembre de 2016, más del 56% de personas paradas eran mujeres (2,1 millones del total de 3,8 millones)<sup>10</sup>. Este dato –unido a que revela que la población ocupada femenina es inferior en 1,7 millones a la masculina– estaría poniendo de manifiesto una mayor inestabilidad laboral. En concreto, el hecho de que un 51,2% de las altas en prestación contributiva por despido individual correspondan a mujeres revelaría una vulnerabilidad de las trabajadoras frente al despido<sup>11</sup>.

- Otra de las desventajas que sufren las mujeres tiene que ver con su mayor presencia en las actividades económicas sumergidas. Aquí se incluyen, como mejor ilustración, la prostitución y otras actividades ligadas al comercio del sexo<sup>12</sup>. Pero también deben mencionarse por su indiscutible relevancia los trabajos familiares –definidos por el Estatuto de los Trabajadores a efectos de su exclusión del ámbito de aplicación de esta norma en el artículo 1.3, e)–, que son desempeñados dentro de una explotación familiar (habitual en la agricultura, pesca, comercio...) de la que generalmente no son titulares las mujeres que aportan su trabajo sin reconocimiento –o un reconocimiento limitado– de sus derechos<sup>13</sup>.
- Las condiciones de empleo y de trabajo también reflejan una mayor precariedad, vulnerabilidad, de las mujeres. El problema de la temporalidad –en muchos casos injustificada– les afecta más intensamente (27,2%, un punto más que los hombres) por mucho que la crisis económica y el drástico ajuste en términos de empleo provocara un estrechamiento de la diferencia entre sexos que ahora parece volver a abrirse. Mucho más evidente es el contraste en el trabajo a tiempo parcial: casi tres de cada cuatro personas con este tipo de contrato (73,6%) son mujeres, con lo que ello implica a efectos de remuneración y de consiguiente (infra)cotización<sup>14</sup>. No debe extrañar por ello que el número de beneficiarios con prestación contributiva por desempleo parcial –sea porque provengan de una relación laboral a tiempo parcial, sea porque se compatibilice la prestación con un empleo a tiempo parcial– corresponda en un 75% de los casos a mujeres y tan sólo un 25% a hombres<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal ([www.empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es)).

<sup>11</sup> Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal ([www.empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es)). Datos correspondientes a agosto de 2016.

<sup>12</sup> Vid. QUESADA SEGURA, R. “Género y trabajo informal”, en: AA.VV. (dir. J.L. MONEREO PÉREZ y S. PERÁN QUESADA) *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, Comares, Granada, 2016, p. 181 ss.

<sup>13</sup> De nuevo: QUESADA SEGURA, R. “Género y...”, *op. cit.*, pp. 170 ss.

<sup>14</sup> Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (tercer trimestre de 2016).

<sup>15</sup> LAGO PEÑA, M. “Análisis gráfico: Recorte en la protección por desempleo en España”, *Cuadernos de acción sindical*, octubre de 2015, Confederación Sindical de CCOO, p. 11.

- En esta línea cabe enmarcar también la significativa y persistente brecha salarial (diferencia en el salario promedio anual) entre hombres y mujeres, que supera en la actualidad el 23%. En la misma alarmante, se constata que un 55% de los trabajadores tienen un nivel de ingresos inferior a dos veces el salario mínimo interprofesional (casi un 19% no llega al umbral del SMI)<sup>16</sup>.
- Por último, cabe también mencionar en este punto que las mujeres se ven perjudicadas por un diseño normativo de la cobertura por desempleo que deliberadamente excluye una actividad laboral [artículo 251.1, d) TRLGSS], la desempeñada como empleadas de hogar<sup>17</sup>, que se caracteriza por su fuerte feminización: no sólo porque casi el 90% de quienes desarrollan estas tareas son mujeres, sino porque representan un significativo 7% de la población total femenina ocupada<sup>18</sup>

Mención aparte merece la falta de reconocimiento ('productivo') de las actividades de cuidados a dependientes (hijos y mayores) y de apoyo a la familia, en general, que protagonizan casi de forma exclusiva las mujeres. Esta invisibilidad de tareas que resultan imprescindibles para el desarrollo de la economía productiva genera un grave perjuicio, pues les expulsa del mercado laboral o limita su participación en éste; pero además el que se trate de actividades fuertemente feminizadas refuerza los roles de género y estereotipos de la sociedad que resulta muy difícil de combatir.

Datos ilustrativos de esta injusta realidad son la alta proporción de mujeres cuya inactividad responde a la atención de las labores del hogar (alrededor de un 90% del total de inactivos por esta causa<sup>19</sup>), a los cuidados de personas dependientes (95%) y a otras responsabilidades familiares o personales (93%). Y este protagonismo femenino en los cuidados se proyecta también sobre el mercado laboral. Así, entre la población ocupada, el porcentaje de mujeres que disfrutan de excedencias para el cuidado de hijos y familiares es abrumadoramente superior al de los hombres: 93,3% y 84,6% en 2015, respectivamente. En la misma línea, la proporción de mujeres empleadas a tiempo parcial por razón de cuidado de personas dependientes o por otras responsabilidades familiares es también muy elevada (95,3% y 92,3%, respectivamente)<sup>20</sup>.

Dentro de un sistema de protección social esencialmente contributivo, el desarrollo de este tipo de tareas 'invisibles' sitúa a muchas mujeres en una posición de evidente subordinación y vulnerabilidad con todas las implicaciones que ello tiene. Centrando la atención en los cuidados, cabe constatar desde una perspectiva general que existen algunas

<sup>16</sup> Fuente: *Encuesta de Estructura Salarial 2014* (INE), noviembre de 2016.

<sup>17</sup> La naturaleza laboral de la relación es indiscutible por mucho que se caracterice y regule como relación laboral de carácter especial. Véase 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*. Pese a que la Disposición Adicional 2ª de esta norma instaba al Gobierno a elaborar un acuerdo de la "... viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera", tal compromiso no se llegó a cumplir. Hoy este tipo de actividad da lugar a la inclusión en el Sistema especial para empleados de hogar dentro del Régimen General (artículos 250 ss. TRLGSS).

<sup>18</sup> Según los datos de la EPA (INE) correspondientes al segundo trimestre de 2016, 630.300 personas realizaban esta actividad, de las cuales 561.500 eran mujeres que representaban el 6,7% del total de ocupadas.

<sup>19</sup> Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (tercer trimestre de 2016).

<sup>20</sup> Fuente: Instituto de la Mujer a partir de datos EPA (INE).

prestaciones familiares de naturaleza contributiva que, de forma modesta, vienen a paliar las lagunas e insuficiencias de cotización (una parte del problema) a través del reconocimiento del tiempo dedicado a tareas de cuidado como periodo cotizado. Dejando a un lado el complemento por maternidad en las pensiones contributivas (artículo 60 TRLGSS), lo más destacable son las tímidas medidas de lo que la LGSS denomina “protección de la familia”<sup>21</sup>.

La más importante es la prestación familiar ‘contributiva’ prevista en el artículo 237 TRLGSS, en virtud del cual, que se reconoce “... la consideración de período de cotización efectiva” a “los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores [...] disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción” (apartado 1) y “de otros familiares, hasta el segundo frado de consanguinidad o afinidad” que cumplan ciertos requisitos de incapacidad y dependencia económica (apartado 2). En idéntica línea, el mismo precepto extiende esta fórmula de cobertura a los períodos de reducción de jornada para el cuidado de menores y de familiares al amparo del artículo 37.6 ET: las cotizaciones abonadas durante ese tiempo “se verán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido” durante un mayor o menor período según se trate de menores o de otros familiares (apartado 3). Y, por último, se contemplan igualmente beneficios por cuidado de hijos o menores que se articulan como periodos cotizados (hasta un máximo de 270 días por hijo) para dar protección a situaciones de interrupción de “... la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación”.

El problema, común a las tres previsiones mencionadas, es que el reconocimiento de los periodos de cotización ‘ficticia’ se aplica al grueso de las contingencias protegidas (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad; junto a riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal, en el supuesto de reducción de jornada y de beneficios por cuidados), excluyendo en los tres casos la protección por desempleo: por omisión, en los dos primeros casos (apartados 1 y 3 del artículo 237 TRLGSS); y de forma explícita en el último de ellos en el que se proclama que “(l)os periodos computables en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos se aplicarán a todas las prestaciones, excepto a las prestaciones y subsidios por desempleo...”<sup>22</sup>.

## **2.2. El agotamiento del sistema ante el paro de larga duración como segundo eje (indirecto).**

Un segundo eje explicativo del peor tratamiento recibido por las mujeres en el sistema de protección por desempleo tiene que, de forma indirecta, con la incapacidad de dicho sistema para dar una respuesta adecuada a situaciones de paro masivo y enquistado, que se

<sup>21</sup> GRAU PINEDA, C. – RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 40 ss.

<sup>22</sup> Artículo 6.4 del *Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social*.

prolongan en el tiempo dificultando extraordinariamente la reinserción de las personas desempleadas afectadas. Este agotamiento del modelo pone de manifiesto la existencia de insuficiencias relacionados con la propia articulación jurídica de la acción protectora (problemas endógenos), al tiempo que se agrava como consecuencia de una orientación de la política económica que prima la reducción del déficit público sacrificando el empleo y su calidad<sup>23</sup>. Lo que aquí interesa destacar es que las principales víctimas de esta creciente desprotección son, de nuevo, las mujeres.

Ya hemos visto que a pesar de que la tasa de actividad femenina es sensiblemente inferior a la masculina el número (absoluto) de desempleadas es mayor que el de trabajadores parados, algo que se refleja en una significativa diferencia de tres puntos porcentuales en la tasa de desempleo. Lo llamativo es que si las mujeres paradas representan un 50,8% de la población total sin empleo, la proporción de paradas se incrementa al 52,3% cuando tomamos como referencia el paro de larga duración (más de un año en desempleo)<sup>24</sup>. Cabe observar que el desequilibrio en detrimento de las mujeres es aún más claro si tomamos como referencia las personas paradas en edades comprendidas entre los 30 y 50 años, pues en tal caso las mujeres representan el 56,4% del total<sup>25</sup>. Además hay que hacer notar que la crisis económica que estalla en 2008 provocó una fuerte caída del porcentaje de desempleadas de larga duración: pasamos de tasas superiores al 60% antes de aquel año a porcentajes en el entorno del 45% desde 2010. El ajuste de empleo masculino ligado al sector inmobiliario, característico de la primera fase de la crisis, explica esta evolución que empieza a corregirse en 2013, momento en el que vuelve a crecer la proporción de mujeres que llevan más de un año sin encontrar un empleo.

Lo cierto es que este enquistamiento de las situaciones de desempleo que afecta de forma más intensa a las mujeres tiene efectos negativos graves. De un lado, se ven más expuestas al riesgo de agotar las distintas prestaciones y subsidios existentes; así lo revelan las altas en el nivel asistencial motivadas por el agotamiento de la prestación contributiva pertenecía a mujeres (53,4% son mujeres), el número de perceptores de la renta mínima de inserción (52%) y, en particular, el número de participantes en el Programa de Activación para el Empleo (64%). Por otro lado, más allá de la (des)protección económica ante el desempleo, es evidente que esta situación dificulta la reincorporación al mercado laboral ante la posible obsolescencia de las competencias y capacitaciones profesionales. En este sentido, la evolución descrita parece poner de manifiesto la falta de eficacia de las políticas activas de empleo dirigidas a las mujeres, pese a encontrarse entre los colectivos prioritarios en el desarrollo de la Estrategia Española de Activación para el Empleo<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Ampliamente sobre esta evolución: SUÁREZ CORUJO, B. “El colapso de la protección por desempleo en tiempos de crisis”, *Derecho de las relaciones laborales*, n° 7, 2016, pp. 655 ss.

<sup>24</sup> Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (segundo trimestre de 2016).

<sup>25</sup> Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (segundo trimestre de 2016).

<sup>26</sup> Artículos 2, d) y 4bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Sobre este particular: PERÁN QUESADA, S. “Género y políticas de empleo” [en: AA.VV. (dir. J.L. MONEREO PÉREZ) *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 779 ss.].

### 2.3. Los recortes de 2012 y 2013 como tercer eje de discriminación.

El bienio 2012-2013 se caracterizó por la concentración de ‘reformas’ estructurales de calado en el ámbito sociolaboral. La protección por desempleo no es una excepción a pesar de que también en este periodo se impulsan medidas extraordinarias que extienden, siquiera modestamente, la acción protectora (Programa de Activación para el Empleo como mejor ilustración). En concreto, la suma de (pequeños) recortes normativos que afectan a los niveles contributivo y asistencial<sup>27</sup> van a conformar una reforma ‘invisible’ que responde a tres principios inspiradores<sup>28</sup>: la reducción de la partida de gasto dedicada a la protección económica del desempleo, la apuesta por una salida del paro a cualquier precio y el reforzamiento del control y de las sanciones.

A la vista de esas directrices, cabría pensar que los recortes son neutros en términos de género. Bien al contrario, puede afirmarse que han afectado en mayor medida a las mujeres amplificando con ello las desigualdades ya existentes. Los aspectos más destacables son los siguientes.

No cabe duda de que lo más relevante son los recortes que afectan a la protección por desempleo de quienes trabajan a tiempo parcial que, como ya se ha apuntado, mayoritariamente (tres cuartas partes) son mujeres. Por un lado, hay que señalar el refuerzo de la contributividad de la acción protectora en búsqueda de una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y la cuantía de la prestación<sup>29</sup>. Unido a otros problemas que no se corrigen –como la infraprotección de los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’ (quienes concentran en un número reducido de días las horas de trabajo)–, esta mayor exigencia repercute negativamente en la cuantía de la prestación contributiva. Además, los ajustes restrictivos también afectan a la cuantía del subsidio asistencial en caso de pérdida de trabajo a tiempo parcial. En particular, frente al reconocimiento de la cuantía ordinaria (80% del IPREM), desde 2012 se percibe un monto que es calculado de forma proporcional a las horas previamente trabajadas<sup>30</sup>.

Otra de las modificaciones con un significativo impacto negativo en la cobertura por desempleo es el duro ajuste sufrido en 2012 por el subsidio para mayores de 55 años. Algunos aspectos en particular afectan en particular a las trabajadoras desempleadas<sup>31</sup>. Es el caso de la reconfiguración del requisito de carencia de rentas sustituyendo un criterio de dimensión individual por una más restrictiva vinculación a la unidad familia<sup>32</sup>, el cual es más

<sup>27</sup> Se trata, fundamentalmente, del *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* (artículos 17 ss.); *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* (Disposición Final 1ª) y *Real Decreto-ley, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social* (artículos 6 ss.).

<sup>28</sup> De nuevo: SUÁREZ CORUJO, B. “El colapso...”, *op. cit.*, p. 663.

<sup>29</sup> PÉREZ DEL PRADO, D. *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 47 ss.

<sup>30</sup> Artículo 278.1 TRLGSS.

<sup>31</sup> GALA DURÁN, C. “Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación”, en: AA.VV. *La protección por desempleo: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 279

<sup>32</sup> No basta con que el solicitante carezca de rentas superiores al 75% del SMI, sino que además se exige que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número (...)

probable que perjudique a un mayor número de mujeres dada la más habitual subordinación económica de éstas en las parejas de esa edad. También cabe referirse a la reducción de la cotización de la entidad gestora por la contingencia de jubilación (rebaja de la base de cotización del 125% al 100% de la base mínima vigente), una medida que ha de perjudicar más a aquellas personas con trayectorias laborales más cortas, irregulares y con percepciones salariales más bajas.

Igualmente debe mencionarse que el endurecimiento de los requisitos formales de acceso (inscripción como demandante de empleo) y mantenimiento de la prestación (en salidas al extranjero) tiene una mayor incidencia en las mujeres en la medida en que el número de paradas registradas supera en casi medio millón el de hombres.

### **3. LA DESPROTECCIÓN DE LAS DESEMPLEADAS: PRESENTE Y (NEGRAS) PERSPECTIVAS**

La confluencia de estos tres ejes ofrece como resultado un deterioro de la acción protectora que reciben las trabajadoras desempleadas. Es cierto que a primera vista podría pensarse que la posición relativa de las mujeres respecto de los hombres ha mejorado, dado que de los casi dos millones (1,92) de beneficiarios totales ligeramente algo más de la mitad son mujeres (50,4%)<sup>33</sup>. De hecho, a lo largo de los últimos años las desempleadas beneficiarias de prestaciones/subsidios han pasado de representar en el nivel contributivo un 39% en 2010 al actual 50,4%, al tiempo que, de forma menos marcada pero también al alza, refuerzan su posición en el nivel asistencial subiendo del 46,8% al 50,2% en idéntico periodo.

Sin embargo, esta mejora relativa poco tiene que ver con un incremento de la protección. Más bien es el reflejo de la evolución de la crisis y su impacto sobre los trabajadores (masculinos). Así, la fortísima destrucción de empleo de la primera recesión (2008-2009) afectó de forma más intensa a los hombres (mayoritarios en el sector de la construcción), lo que explica el intenso crecimiento de este colectivo en el sistema de protección por desempleo. En la segunda parte de la crisis y en la poscrisis (recuperación con persistentes altas tasas de desempleo), los hombres consiguen salir del paro con mayor facilidad<sup>34</sup> lo que explica que ahora sólo el 44% de las personas paradas registradas sean hombres.

Por eso hay que denunciar el agravamiento de la precaria posición de las mujeres (también) en el sistema de protección por desempleo que se produce en paralelo a la evolución –menos favorable a las mujeres– del mercado de trabajo. Dos indicadores así lo ponen de manifiesto.

---

de miembros que la componen, no supere ese mismo 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (artículo 275.4 TRLGSS).

<sup>33</sup> Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal ([www.empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es)), octubre 2016.

<sup>34</sup> Desde 2015, el ritmo de reducción del desempleo es mayor para los hombres que para las mujeres, como demuestran los datos de la EPA (INE). Por ejemplo, en el segundo trimestre de 2016, el número de parados masculinos descendió respecto al anterior trimestre un -5,4%, mientras que el porcentaje para las mujeres fue del -3,7%; en el primer trimestre, la tasa de variación intertrimestral fue del -0,4% para los hombres, mientras que para las mujeres fue positiva (+0,9%).

Por un lado, se constata un fuerte deterioro de la cobertura. Ciertamente este debilitamiento de la acción protectora es común a ambos sexos, como demuestra la alarmante caída de la tasa de cobertura general en los últimos años, desde el 78,4% en 2010 al 54,1% en la actualidad<sup>35</sup>. El problema para las mujeres es que su posición relativa es peor de forma constante, pues este indicador siempre es inferior para ellas respecto de los hombres desempleados en alrededor de 6 puntos<sup>36</sup>. Así, el número de beneficiarias de prestaciones/subsidios por desempleo se ha reducido, desde 2012, un 29% en el nivel contributivo y un 24% en el asistencial<sup>37</sup>.

Por otro lado, la calidad de la protección también se resiente. Se aprecia un claro sesgo desde esta perspectiva reflejado en que las mujeres son mayoritarias en los niveles de protección más precarios (PRAE, RAI, renta agraria y subsidios de trabajadores eventuales agrarios)<sup>38</sup>. Pero, además, la imparable caída de la cuantía media de las prestaciones contributivas desde 2012 afecta de forma más intensa a las desempleadas en la medida en que es para ellas alrededor de un 20% inferior<sup>39</sup>.

Como reflexión final, cabe advertir sobre las sombrías perspectivas para las mujeres en el sistema de protección social, en general, y de desempleo, en particular. La ‘salida’ de la crisis, el escenario de poscrisis en el que nos encontramos, pone de manifiesto de forma cada vez más clara que las (mal llamadas) reformas estructurales que se han llevado a cabo en los últimos años –fundamentalmente en 2012 y 2013– no sólo no han servido para corregir los problemas y debilidades más enquistadas del modelo de protección por desempleo y del mercado de trabajo sobre el que pivota. Sino que, más bien, han agravado muchas de estas insuficiencias con el consiguiente impacto negativo en bienestar social.

Una de las caras más dramáticas en este ámbito es la brecha de género. Todo parece indicar que la posición de las mujeres ha salido mal parada de los devastadores años de crisis. Pese a que en términos relativos el impacto especialmente negativo recayó sobre los hombres en el inicio, las diferencias entre sexos han ido poco a poco recomponiéndose. Hoy la situación de las mujeres respecto de los hombres resulta cada vez más parecida a la existente antes de la crisis, lo que implica para ellas una mayor vulnerabilidad de las mujeres ante el desempleo y unas proyecciones desoladoras en materia de igualdad y empleo.

---

<sup>35</sup> Fuente: SEPE (octubre 2016). Recuérdese que la tasa de cobertura se define como el cociente entre el número total de beneficiarios de prestaciones y la suma del número de parados registrados en SISPE con experiencia laboral y los beneficiarios del subsidio de eventuales agrario ([www.empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es)).

<sup>36</sup> CCOO, “Análisis gráfico: Recorte en la protección por desempleo en España”, *Cuadernos de Acción Sindical*, octubre 2015, p. 10. En agosto de 2016 esa diferencia era incluso mayor: mientras que el 59,8% de los hombres parados percibían algún tipo de prestación, el porcentaje de las mujeres paradas receptoras de prestación era tan sólo del 51,4%.

<sup>37</sup> Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal ([www.empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es)).

<sup>38</sup> En agosto de 2016, el porcentaje de mujeres receptoras de estos programas era: 64,3% en el Programa de Activación para el Empleo; 51,9% en la Renta Activa de Inserción; 66,1% en subsidio de eventuales agrario y 53,3% en renta agraria. (Fuente: SEPE).

<sup>39</sup> En julio de 2015, el importe medio de la prestación contributiva de las mujeres ascendía a 703 euros, muy inferior a la prestación media masculina, 869 euros. *Vid.* CCOO, “Análisis gráfico: Recorte...”, *op. cit.*, p. 11.

Estudios de  
Doctrina  
Judicial

LABORUM



## La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C-531/15)

### Breastfeeding protection: consequences derived from a wrong risk assessment. STJUE commentary, 19th October, Otero Ramos (C-531/15)

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

*PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

#### Resumen

La cuestión prejudicial versa sobre cómo ha de interpretarse el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54, inversión de la carga de la prueba, a un supuesto de trabajadora en período de lactancia natural, para lo cual, el TJUE tiene que razonar, previamente, si nos hallamos ante un supuesto de discriminación. Para poder solventar la cuestión, el TJUE tiene que reformular la cuestión prejudicial y añadir la interpretación de otro precepto, el artículo 4.1 de la Directiva 92/85, esto es, de cómo ha de practicarse la evaluación de un riesgo de una trabajadora en período de lactancia natural. Es resuelta declarando que la inversión de la carga de la prueba procede cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente pero, con anterioridad, la trabajadora perjudicada tiene que acreditar los hechos, o aportar los elementos de prueba, que demuestren que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 porque, en tal caso, nos hallamos ante un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

#### Palabras clave

Evaluación del riesgo de una trabajadora en período de lactancia natural (artículo 4.1 de la Directiva 92/85). Supuesto de discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, cuando no se efectúa de conformidad a la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo. Procedencia de inversión de la carga de la prueba ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente acreditado previamente por la trabajadora afectada que la evaluación del riesgo fue incorrectamente practicada. Competencia del tribunal nacional tal comprobación y valoración.

#### Abstract

The reference for the preliminary ruling deals with the question of how to understand article 19.1 of Directive 2006/54, the reversal of the burden of proof, in relation to a worker who is breastfeeding; to do so, the CJEU must first consider if we are facing a case of discrimination. In order to resolve this issue, the CJEU must reformulate the reference for the preliminary ruling and add its interpretation for another precept, article 4.1 of Directive 92/85, i.e., how a risk assessment should be conducted in relation to a worker who is breastfeeding. This reference is solved by declaring that reversing the burden of proof is appropriate when the worker in question impugns a decision on the risk assessment in front of a court or another competent authority; but she must previously have proven the facts, or provided supporting evidence that shows that the risk assessment presented by her job was not accomplished in accordance with the article 4.1 of Directive 92/85, because, in that case, we would be facing a case of direct discrimination by reason of gender.

#### Keywords

Breastfeeding worker risk assessment (article 4.1 of Directive 92/85). Direct discrimination by reason of gender, within the meaning of Directive 2006/54, when not executed in accordance with occupational health and safety regulations. Reversal of the burden of proof in front of a court or another competent authority, previously proved by the worker the fact that the risk assessment was improperly practiced. Responsibility of the national court to make such verification and assessment.

## 1. LOS ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos (C-531/15), obedece a una petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia relativa a la interpretación de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba en los asuntos, como el de autos, en los que la parte demandante alega la no aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo prevista en 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 (Directiva 2006/2004). El litigio principal versa sobre una trabajadora en período de lactancia que considera que sus condiciones laborales afectaban negativamente a su salud y/o la de su hija. El recurso se interpone con arreglo a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), Ley que traspone al ordenamiento interno español la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE). Los antecedentes de hecho son los siguientes:

La trabajadora, Sra. Otero Ramos, presta sus servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, *dependiente del Servicio Gallego de Salud*. El 22.12.2011, dio a luz a su hija a la que cría, en exclusiva, mediante lactancia materna, es decir, natural y no artificial. El 19.3.2012, informa a su empresario de tal circunstancia y de que las funciones que requería su puesto de trabajo podían tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia y exponerla a riesgos para su salud y seguridad debido, en particular, “a la complejidad del ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), a las radiaciones ionizantes, a las infecciones nosocomiales y al estrés”<sup>1</sup>. En consecuencia, presentó una solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo y de aplicación de medidas preventivas. El 10.4.2012, la dirección del Centro Hospitalario emitió un informe en el que indicaba que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia natural de su hija y procedió a denegar la solicitud presentada.

El 8.5.2012, la demandante solicita a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de A Coruña la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural a efectos de reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural (artículo 51.2 en relación al artículo 39.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural). En la tramitación del correspondiente expediente, el INSS tuvo en cuenta, por un lado, una declaración de la jefa de recursos humanos del Centro Hospitalario en la que se exponía que el puesto de trabajo, enfermera en el servicio de urgencias, “figuraba como exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo que había confeccionado el propio Hospital previa consulta con representantes de trabajadores” y, por otro lado, un informe emitido por un Doctor del Servicio de Medicina Preventiva que confirmaba que se había “valorado a la Sra. Otero Ramos y que era apta para el desempeño de las tareas propias de su

---

<sup>1</sup> Apartado 26.

puesto de trabajo”<sup>2</sup>. En base a estos documentos, el 10.5.2012 el INSS tramita el expediente y desestima la solicitud de la Sra. Otero Ramos por no haber acreditado que “el puesto de trabajo presentara un riesgo para la lactancia de su hija”<sup>3</sup>, indicándosele que no procedía la iniciación del procedimiento dirigido a la obtención de la prestación.

Se desea poner de manifiesto, por su trascendencia en el comentario de la sentencia –y tal y como se desprende de los autos–, que no queda argumentado porqué el puesto de trabajo está exento de riesgo ni motivado porqué la trabajadora afectada era apta para el desempeño de su puesto de trabajo, esto es, no individualiza ni especifica cuáles son las condiciones de trabajo ni cómo afectan éstas a la trabajadora y así evaluar si existe (o no) riesgo para la madre y/o el hijo lactante; no se garantiza, pues, una valoración objetiva ni subjetiva del riesgo, aparte de carecer de la pertinente motivación que exige el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de todo acto administrativo. Resaltar igualmente que, en base a los certificados emitidos por el Hospital, poca opción le quedaba a la Entidad Gestora salvo haber remitido a la Inspección de Trabajo el expediente para que actuara de oficio por una presumible incorrecta evaluación del riesgo y de las medidas preventivas a adoptar; por cierto, y en general, la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo o un cambio de puesto de trabajo, antes de llegar (directamente) a la suspensión del contrato de trabajo, lo que supone un ejercicio responsable y activo por parte de los servicios de prevención y de la empresa.

El 11.7.2012, la Sra. Otero Ramos interpuso demanda contra la resolución del INSS denegando ante el Juzgado de lo Social núm.2 de A Coruña, alegando que su puesto de trabajo la exponía a riesgos para la lactancia de su hija. En apoyo de su demanda, “presentó un escrito firmado por su superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias del Centro Hospitalario, en el que se indicaba, “en esencia, que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija”<sup>4</sup>. El 24.10.2013, el Juzgado de lo Social desestima la demanda “debido a que no se había demostrado que su puesto de trabajo presentara el riesgo alegado”. Además, considera “que el litigio de que conocía era similar a otros en los que el Tribunal Supremo y el tribunal remitente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, habían adoptado un criterio rigorista en cuanto a la apreciación de la prueba concerniente a la existencia de riesgo relevante para la concesión de la prestación, y que, en el caso de autos, no existían elementos nuevos que justificaran que se apartase de dicho criterio”<sup>5</sup>. Por eso, es de agradecer que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia planteara la cuestión prejudicial a resultados de lo acontecido.

Contra la sentencia de instancia la demandante interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el cual decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales siguientes contenidas en el apartado 38 de la sentencia:

---

<sup>2</sup> Literalidades contenidas en el apartado 29 de la sentencia.

<sup>3</sup> Apartado 30.

<sup>4</sup> Apartado 31. En concreto, *vid* el apartado 27 de las Conclusiones de la Abogada General.

<sup>5</sup> Apartado 32.

1) ¿Resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54<sup>6</sup>, a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26.4, en relación con el apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva 92/85<sup>7</sup>?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, ¿se pueden considerar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 19 de la Directiva 2006/54 la existencia de riesgos para la lactancia natural en el ejercicio de la profesión de enfermera destinada en un servicio de urgencias hospitalarias acreditados a través de un informe fundado emitido por un médico que es a la vez el jefe del servicio de urgencias del hospital donde la trabajadora presta sus servicios?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta, ¿se pueden considerar demostrativas, en cualquier supuesto y sin posibilidad de cuestionamiento, de que no ha habido vulneración del principio de igualdad en el sentido del citado artículo 19, las circunstancias de que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora es de los que figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa, previa consulta con representantes de trabajadores, y de que el servicio de medicina preventiva/prevención de riesgo laborales del hospital de que se trata ha emitido una declaración de aptitud, sin que se contengan más especificaciones acerca de cómo se han alcanzado esas conclusiones en dichos documentos?

4) En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta y negativa a la tercera pregunta, ¿cuál de las partes –trabajadora demandante o empleadora demandada– tienen, de conformidad con el artículo 19 de la Directiva 2006/54, la carga de acreditar, una vez se acredita la existencia de riesgos para la madre o el hijo lactante derivados de la realización del trabajo, (1) que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del lactante –artículo 26.2 en relación con el apartado 4 LPRL, que traspone el artículo 5.2 de la Directiva 92/85–, y (2) que el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados –artículo 26.3 en relación con el apartado 4 LPRL, que traspone el artículo 5.3 de la Directiva 92/85–.

---

<sup>6</sup> A cuyo tenor, “los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

<sup>7</sup> Por cuya virtud, si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la lactancia de una trabajadora, y no se puede llevar a efecto la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo por no resultar técnica y/u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, “la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud”.

## 2. LOS ASPECTOS PROCESALES Y MATERIALES DE LA SENTENCIA

El análisis de la sentencia se ha dividido en los siguientes apartados: (II.1) observaciones preliminares, la reformulación de las cuestiones prejudiciales planteadas, por el TJUE, (II.2) la evaluación del riesgo, (II.3) la aplicación de la Directiva sobre igualdad a la lactancia natural y (III.4) la inversión de la carga de la prueba, señalando que es característico de la misma el hallarnos ante una *sentencia interpretativa*.

### 2.1. Observaciones preliminares: La reformulación de las cuestiones prejudiciales planteadas

Sabido es que la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE), es un procedimiento que permite a un órgano jurisdiccional nacional consultar al TJUE sobre la interpretación o validez del Derecho de la Unión Europea con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Ambas finalidades son ejercidas por el Alto Tribunal con el objetivo proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta que le permita dirimir el litigio del que conoce de conformidad con el ordenamiento de la Unión Europea. Es desde esta interpretación y óptica, lo que le permitió al TJUE reformular las cuestiones que fueron planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y declarar que “el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones prejudiciales remitidas por dichos órganos jurisdiccionales” [sentencias de 8 de marzo de 2007, Campina (C-45/0619)<sup>8</sup>; de 14 de octubre de 2010, Fuß (C-243/09)<sup>9</sup>; de 30 de mayo de 2013, Worten (C-342/12)<sup>10</sup>; de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull (C-5/12)<sup>11</sup> y de 13 de febrero de 2014, TSN e YTN (C-512/11 y C-513/11)<sup>12</sup>]; corresponde al TJUE extraer los elementos de Derecho “del conjunto de elementos aportados por el tribunal nacional y, especialmente, de la motivación del auto de remisión”<sup>13</sup>.

En aplicación de esta jurisprudencia entiende que aunque, desde un punto de vista formal, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia limitase sus cuestiones prejudiciales a la interpretación del artículo 19 de la Directiva 2006/54 y del artículo 5.2 y 3 de la Directiva 92/85, la impugnación de la Sra. Otero Ramos versa (en el fondo) sobre la *evaluación de los riesgos* que presentaba su puesto de trabajo, base de la resolución el INSS, por considerar que tal evaluación no se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85. Cómo se practicó esta evaluación –en realidad, cómo ha de practicarse–, es la base de la cuestión prejudicial planteada, de la interpretación que ha de efectuarse del artículo 19 de la Directiva 2006/54 solicitada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

A results de tal reformulación, según el Alto Tribunal, la primera cuestión prejudicial, tiene por objeto dilucidar si el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54 “se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora

<sup>8</sup> Apartado 30.

<sup>9</sup> Apartado 39.

<sup>10</sup> Apartado 30.

<sup>11</sup> Apartado 40.

<sup>12</sup> Apartado 32.

<sup>13</sup> Apartado 40.

impugna, ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate, la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo”, en la medida en que supuestamente no se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85. Caso de respuesta afirmativa, “mediante sus cuestiones prejudiciales segunda a cuarta el tribunal remitente desea saber cómo se ha de aplicar el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 a una situación como la controvertida en el litigio principal”<sup>14</sup>.

## 2.2. La evaluación del riesgo

Hay que partir del artículo 4.1 de la Directiva 92/85, a cuyo tenor, “para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2” (de la Directiva 92/85) para poder: 1) apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras y 2) determinar las medidas que deberán adoptarse. Así pues, la Directiva impone la obligación al empresario de proteger a estas trabajadoras (embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia), especialmente sensibles por su condición biológica, frente a *riesgos determinados y concretos* a los que pueda estar expuesta y que deriven del ejercicio de la actividad profesional, y lo ha de hacer de forma *individualizada*, no genérica. Por eso, la evaluación del riesgo se basa en un procedimiento que garantice una *valoración objetiva* del riesgo, la cual, puede ser corregida en función de las circunstancias *subjetivas* de la persona que ocupe un determinado puesto de trabajo, tal y como se establece en el artículo 5 del Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) en relación al artículo 16.2.a) LPRL.

En aplicación del artículo 4.1 de la Directiva 92/85 fueron elaboradas unas Directrices por “la Comisión, en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo” (artículo 3.2 de la Directiva 92/85). Estas Directrices tienen por objetivo “servir de guía” para la evaluación del riesgo (artículo 3.2 de la Directiva 92/85). Están contenidas en la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia<sup>15</sup>. En ellas se dice explícitamente que son “de máxima importancia todas las medidas dirigidas a la protección de la salud de los trabajadores, en particular de algunos grupos especialmente vulnerables, como es, evidentemente, el de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sobre todo por el hecho de que los riesgos a que pueden estar expuestas podrían ser perjudiciales no sólo para su salud, sino también para la del niño que va a nacer y el recién nacido, habida cuenta del estrecho contacto fisiológico, e incluso emocional, existente entre la madre y el niño”. Por

<sup>14</sup> Apartados 42 y 43.

<sup>15</sup> COM/2000/0466 final.

consiguiente, la Comisión considera que son “un instrumento eficaz y eminentemente práctico” que ha de servir “de guía para la evaluación de los riesgos para la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”. Sobre la base de esta evaluación, “la determinación de las medidas que han de adoptarse” habrá de “efectuarse de modo más eficaz”. Indican, asimismo, que la evaluación debe comprender, por lo menos, tres fases: 1) identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales); 2) identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia); 3) evaluación de los riesgos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Pues bien, como señala la Abogada General, Eleanor Sharpston, estas Directrices “dejan meridianamente claro que es difícil que una evaluación a grandes rasgos, genérica, del puesto de trabajo, de las condiciones que rodean a determinados puestos y del estado general medio de salud de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o que desee amamantar a su hijo cumpla los requisitos del artículo 4, apartado 1”<sup>16</sup>.

Así lo entiende y recoge el TJUE señalando, mediante un análisis exhaustivo de las Directrices<sup>17</sup>, que: 1) De ellas “se desprende que la evaluación de los riesgos constituye un *examen sistemático* de todos los aspectos de la actividad profesional” que comprende las tres fases indicadas contenidas en las mismas. 2) Los empresarios “deben realizar un *examen periódico* de los riesgos durante todo ese período para evitar o reducir en la medida de lo posible la exposición de estas trabajadoras a riesgos para la salud o la seguridad, en particular la exposición a determinadas sustancias... (puesto que) algunas de ellas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a las mismas. 3) Indican que, “en determinados casos, puede ser necesario recabar el *asesoramiento de especialistas* en el ámbito de la medicina del trabajo”. 4) Contienen dos cuadros detallados: El primero relativo a “la evaluación de los riesgos, los *peligros de carácter general* y las situaciones asociadas a los que están expuestas la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia”. El segundo, titulado “*peligros específicos*”, señala que, “puesto que el embarazo es un estado dinámico que implica transformaciones constantes, las mismas condiciones de trabajo pueden plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, tras la reincorporación al puesto de trabajo o durante el período de lactancia”; algunos de estos problemas “pueden preverse y afectan en general a todas las mujeres; otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal”. A results de este análisis el Alto Tribunal considera que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85, “la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un *examen específico* que tenga en cuenta la *situación individual* de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”<sup>18</sup>.

Y aquí reside el *quid* de la cuestión, puesto que de los antecedentes de la sentencia se deduce que, tanto la declaración de la jefa de recursos humanos del Centro Hospitalario,

<sup>16</sup> Apartado 43, recomendándose la lectura de los apartados 44 y 45 sobre la interpretación de cómo han de ser evaluados los riesgos según las Directrices.

<sup>17</sup> Apartados 47 a 50.

<sup>18</sup> Apartado 51.

efectuada previa consulta con representantes de trabajadores, como el informe emitido por un Doctor del Servicio de Medicina Preventiva, no han evaluado el riesgo según las prescripciones del ordenamiento de la Unión Europea ni según su trasposición al ordenamiento interno español: el artículo 26 LPRL y el RSP máxime, cuando la trabajadora “presentó un escrito firmado por su superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias del CHU, que indicaba, en esencia, que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija”<sup>19</sup>, que contradecía los anteriores documentos. Asimismo, es de presuponer que la evaluación practicada no siguió las prescripciones contenidas en las Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo elaboradas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo<sup>20</sup>, teniendo en cuenta que, el Anexo VII, cuando menciona los agentes físicos en su apartado A.1.f), dice explícitamente, “movimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”, lo que supone, a nuestro entender, que su aplicación no haya de ser automática; igualmente, es de presumir que la evaluación tampoco se efectuó conforme a las Orientaciones para la evaluación del riesgo durante la lactancia natural elaboradas por la Asociación Española de Pediatría y el INSS (a revisar, se considera, tras esta sentencia del TJUE), que explícitamente indican:

1) Respecto a los riesgos biológicos que, “son varias las entidades que tienen posibilidades de transmitirse por la lactancia, ya sea por la presencia del agente infectante en la leche, o porque el contacto estrecho con la madre lo facilite. No obstante, de aquellas susceptibles de ser transmitidas, solo un número muy reducido puede llegar a producir enfermedad” bien especificado que “se entiende por exposición a agentes biológicos la presencia de éstos en el entorno laboral debido a la naturaleza de la actividad, y ello ocurre en laboratorios de investigación, en la *asistencia sanitaria* y en los trabajos relacionados con el manejo de animales, sus excretas o sus productos (Zoonosis)”; que se “debe valorar el riesgo según el tipo de trabajo que desarrolle la trabajadora, por ejemplo, sería más probable en personal sanitario de unidades de pacientes con VIH, laboratorios, etc... Estas trabajadoras tendrán que tomar las medidas necesarias para evitar una infección por VIH a causa de un accidente laboral y, en caso de que entraran en contacto con sangre de un paciente portador de VIH, o sufrieran un pinchazo accidental con material biológico, presuntamente infectado por VIH, deberán ponerlo de inmediato en conocimiento de una unidad de medicina preventiva, la cual evaluará el posible riesgo de infección accidental y aconsejará las medidas profilácticas a poner en marcha” (sin comentarios); que en caso de la hepatitis B, “la transmisión por la leche materna es posible aunque no es frecuente”, en el de la hepatitis A, “la transmisión a través de la leche humana se ha observado en un caso publicado, pero no

<sup>19</sup> Apartado 31, aunque se desconoce si este escrito figura en el expediente administrativo, antes de dictarse la resolución, o, por el contrario, fue aportado por la demandante en vía judicial, como prueba.

<sup>20</sup> En ellas se dice explícitamente que “en las fichas de riesgo se han incluido los agentes citados en los anexos VII y VIII del RD 39/1997 y otros agentes para los que existe evidencia o sospecha de efectos sobre la maternidad, proponiendo una serie de criterios técnicos para identificar (evaluación inicial y periódicas) el riesgo potencial del puesto de trabajo que, en el momento de la comunicación de la situación por parte de la mujer, deberán revisarse en función de las condiciones de trabajo concretas (exposiciones múltiples, duración y frecuencia de la exposición, procedimiento de trabajo...) y de las características o estado de salud de la trabajadora (evaluación adicional). Una vez identificados y evaluados los riesgos, corresponderá al Servicio de Prevención, en base a la legislación y al arte propio de las especialidades preventivas, proponer las medidas preventivas idóneas”, pág. 7.

hay datos acerca de la frecuencia de su aislamiento en la leche materna” si bien (menos mal) “existe la posibilidad de tratamiento al lactante en el momento de conocer la infección mediante vacuna e inmunoglobulina”, concluyendo, respecto al personal sanitario que, “con carácter general, el mero hecho de existir posibilidad de tener accidente biológico, no puede ser admitido como riesgo durante la lactancia en el sentido estricto. No se admite como tal el hecho de tener o poder tener un accidente”<sup>21</sup>, ¿supone ello que se ha de seguir trabajando en el servicio de urgencias<sup>22</sup> en vez de trasladar a la trabajadora a otro servicio exento (o con menos riesgo), en su caso, suspender la actividad laboral?. Honestamente, esta conclusión es difícil de mantener tras esta sentencia interpretativa del TJUE.

2) Respecto a los riesgos psicosociales expresa que “tanto la *nocturnidad* como los *trabajos a turnos* (propios de un servicio de urgencias) no implican por sí mismos un claro riesgo para la lactancia, aunque podemos estar de acuerdo en que ambas circunstancias van a repercutir en una lactancia más incómoda debido al horario. Por ello entendemos que puede excluirse a la mujer en dicha circunstancia de la turnicidad y de la nocturnidad, sin que ello tenga que implicar la suspensión de la actividad laboral”, ¿no es un claro ejemplo, para éste y todos los trabajos con estas características, que lleve aparejado la obligación del empresario de trasladar a la trabajadora a otro puesto de trabajo?<sup>23</sup>. Honestamente, tras esta sentencia, se considera que sí.

La cuestión siguiente a interpretar por el TJUE es, si una evaluación incorrectamente practicada por los servicios de prevención, más purista, no conforme a lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85, vulnera el principio de igualdad.

### 2.3. La aplicación de la Directiva sobre igualdad a la lactancia natural

Aclarado en qué condiciones se ha de evaluar el riesgo tratándose de una trabajadora en período de lactancia natural, el TJUE entra a dilucidar la interpretación del artículo 19 de la Directiva 2006/54, en especial, la inversión de la carga de la prueba, por cuya virtud, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad, cuando los hechos permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, recordando, previamente, que el mencionado precepto, en su apartado 4.a), establece expresamente que esta regla se aplica a las situaciones cubiertas por la Directiva 92/85.

Desde esta perspectiva, la actuación del Alto Tribunal reside en determinar si una evaluación del riesgo de una trabajadora en situación de lactancia natural, incorrectamente practicada, constituye una discriminación por razón de sexo en el sentido de la Directiva 2006/54. Para ello, realiza una interpretación que acredita, de nuevo, que el avance en los derechos sociales de la mujer –en el caso de autos, en período de lactancia– es gracias, y sobre todo, a pronunciamientos como éste. En él, acoge las conclusiones de la Abogada General basadas en una premisa esencial –y nos atrevemos a decir, elemental–, a saber: que

<sup>21</sup> Págs. 53 a 56 y 66.

<sup>22</sup> Vid las definiciones de “urgencia” y “emergencia” de la OMS y extraídas del manual *Unidad de urgencias hospitalarias. Estudios y recomendaciones* elaborado en el 2010 por el entonces denominado Ministerio de Sanidad y Política Social, página 5.

<sup>23</sup> Págs. 58, mismo sentido, conclusiones, pág.67.

“la condición de madre en período de lactancia está ‘vinculada’ al embarazo y la maternidad”<sup>24</sup>; que “la condición de madre en período de lactancia está incluida en la expresión en relación con el embarazo o el permiso por maternidad”<sup>25</sup> contenida en el artículo 2.2.c de la Directiva 2006/54<sup>26</sup>.

Es sabido que la finalidad de la Directiva 92/85 es la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y, como señala uno de sus Considerandos, esta protección, en cualquiera de estas situaciones, “no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”. Es ésta, precisamente, la línea argumental de la jurisprudencia del TJUE, declarando, al respecto, que “el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz (Directiva 92/85/CEE), consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz” [SSTJUE de 8 de septiembre de 2005, McKenna (C-191/03)<sup>27</sup> y 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09)<sup>28</sup>].

Es decir, el objetivo del Derecho de la Unión Europea, de estas Directivas, es proteger la maternidad en un sentido omnicompreensivo, lo que abarca el embarazo, el parto y el puerperio, e incluye, la lactancia natural. En palabras del TJUE, “el permiso de maternidad tiene por objeto proteger a la trabajadora embarazada, a la trabajadora que ha dado a luz y a la trabajadora en período de lactancia”<sup>29</sup>, declarando, en su virtud, que “la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad” por lo que “las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz”<sup>30</sup>, en consonancia, por cierto, con los tratados internacionales, en especial, el Convenio OIT núm.103 sobre la protección de la maternidad (revisado), artículo 5, y, más explícitamente, el Convenio OIT núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000), artículo 3, a cuyo tenor, “todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o *lactantes* a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo”, Convenio éste último que entró en vigor el 7 febrero 2002 y que, según la página web de la OIT, no ha sido ratificado (aún) por España.

En este sentido, recordando su propia jurisprudencia el TJUE en su apartado 61, declara que, “al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere ‘al embarazo y a la

---

<sup>24</sup> Apartado 50.

<sup>25</sup> Apartado 1.

<sup>26</sup> A cuyo tenor, “a efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá...el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”.

<sup>27</sup> Apartado 42.

<sup>28</sup> Apartado 68.

<sup>29</sup> Apartado 58.

<sup>30</sup> Apartado 59.

maternidad', el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra" [SSTJUE de 12 de julio de 1984, Hofmann (C-184/83)<sup>31</sup>; de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93)<sup>32</sup>; de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96)<sup>33</sup>; de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria (C-203/03)<sup>34</sup>; y 30 de septiembre de 2010, Roca-Álvarez (C-104/09)<sup>35</sup>].

En consecuencia, tratar de forma menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación" del artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54, y "constituye una *discriminación directa por razón de sexo*"<sup>36</sup> porque, como señala la Abogada General, la expresión "trato menos favorable" incluye la aplicación incorrecta de los requisitos del artículo 4.1 de la Directiva 92/85 "a una mujer que está en período de lactancia. Si ello ocurre, se priva a la persona afectada de la protección que debería obtener con arreglo a esta disposición y se la expone a riesgos. En particular, ello es así porque entonces el empresario no procederá a adoptar las medidas preventivas necesarias con arreglo al artículo 5 de esa Directiva para proteger la seguridad y salud de la trabajadora"<sup>37</sup>. En su virtud, la sentencia declara que "no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en período de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario"<sup>38</sup>.

Es pues, de nuevo, la inexistencia de la evaluación del riesgo del puesto de trabajo que desempeña una trabajadora en período de lactancia, conforme a las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 92/85, lo que determina que nos hallemos ante una discriminación directa por razón de sexo (artículo 2.2.c de la Directiva 2006/54), incluida en el artículo 14.1.c) de la Directiva 2006/54 en la medida en que está relacionado con las *condiciones de empleo y trabajo* de una trabajadora en período de lactancia puesto que tales condiciones se verían afectadas si, como consecuencia de la mencionada evaluación, se constata la existencia de un riesgo para la seguridad o salud la trabajadora o repercusión sobre la lactancia, en cuyo caso, se ha de proceder a la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo, cambio de puesto de trabajo y, en último extremo, a una suspensión del contrato de trabajo durante el período que fuera necesario para la protección de la seguridad o salud de la madre y/o el hijo (artículo 5 de la Directiva 92/85). Ello supone, dicho sea de paso que, la suspensión del contrato no opera como una y única solución.

En su virtud, el TJUE resuelve esta primera cuestión prejudicial declarando que el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54 debe aplicarse cuando una trabajadora en período de lactancia impugna, ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del

---

<sup>31</sup> Apartado 25.

<sup>32</sup> Apartado 20.

<sup>33</sup> Apartado 17.

<sup>34</sup> Apartado 43.

<sup>35</sup> Apartado 27.

<sup>36</sup> Apartado 60.

<sup>37</sup> Apartado 57.

<sup>38</sup> Apartado 62.

Estado miembro de que se trate, el no llevarse a cabo la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo según lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85.

Resta por analizar las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, esto, es, cómo se ha de aplicar el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54.

#### **2.4. La inversión de la carga de la prueba**

Finalizamos como empezamos el comentario de la sentencia, con un tema procesal, sobre cómo se ha de aplicar el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54, precepto que versa sobre la inversión de la carga de la prueba y, lo primero que hace el TJUE es aclarar que las reglas relativas a la prueba previstas en este precepto “no se aplican en el momento en que la trabajadora de que se trata solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o, como en el litigio principal, la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, exigiendo que se lleve a cabo una evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85” sino que “sólo han de aplicarse en una fase posterior, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente”<sup>39</sup>. Y ello es así porque, estos supuestos, tiene la particularidad de constar de dos fases: En un primer momento, “incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Sólo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación” [sentencia de 21 de julio de 2011, Kelly (C-104/10)<sup>40</sup>]. En palabras de la sentencia objeto de comentario, incumbe, en primer lugar “a la trabajadora que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presentar, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”; que puedan demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 y que, por lo tanto, “ha sido discriminada”. Acreditado estos extremos, ya procede la inversión de la carga de la prueba e incumbe a la parte demandada (el empresario) demostrar que no ha existido vulneración del principio de no discriminación<sup>41</sup>.

Así pues, cuando una madre trabajadora solicita una certificación y su empleador lleva a cabo una evaluación de los riesgos con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 (la primera fase del proceso de concesión de protección con arreglo a la Directiva), aún no se aplican las reglas del artículo 19.1 de la Directiva 2006/54. Y no procede su aplicación porque, como razona la Abogada General, este “procedimiento, como tal, está incluido en la competencia del empleador”. En cambio, las reglas de inversión de la carga de la prueba del artículo 19 de la Directiva 2006/54, “adquieren relevancia cuando la decisión subsiguiente es objeto de recurso ante un tribunal u otra autoridad competente”, es entonces cuando entran en juego estas reglas para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato

<sup>39</sup> Apartado 67.

<sup>40</sup> Apartado 30.

<sup>41</sup> Apartados 68 a 70.

(Considerando 30 de la Directiva 2006/54) y que se consigan los objetivos perseguidos por las Directivas 92/85 y 2006/54, objetivos que no se alcanzarían “si los recursos interpuestos contra decisiones que deniegan la protección exigieran a la mujer afectada que demuestre que está en riesgo” puesto que es “poco probable que tenga acceso a los especialistas en salud laboral necesarios para evaluar su puesto de trabajo, sus condiciones de trabajo y los riesgos a los que ella o su hijo pueden estar expuestos, o que disponga de los medios para correr con los gastos de dicha evaluación”<sup>42</sup>.

Aplicado estos argumentos al supuesto de autos, la demandante presentó un escrito de su superiora jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias que, en palabras del TJUE, “parece indicar de manera motivada que su puesto de trabajo presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural, y, por lo tanto, contradecir los resultados de la evaluación de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo en que se fundamenta la resolución del INSS y que dicha trabajadora impugna”. Los documentos en que se basa la evaluación del riesgo, como señala la Abogada General, “no contienen explicaciones motivadas sobre el modo en que se llegó a las conclusiones recogidas en ellos”. Como indica la sentencia, el escrito presentado por la demandante, la Sra. Otero Ramos, “constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual” y que “esta evaluación no era conforme con las exigencias establecidas” en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85. Por su parte, la parte demanda (el empresario), debe demostrar que la evaluación de los riesgos se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 así como presentar los elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección prevista en el artículo 5.1 y 2 de la Directiva 92/85 (adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto), no eran factibles por ser técnica u objetivamente imposibles puesto que “una declaración del empresario según la cual un puesto está clasificado de ‘exento de riesgo’, en combinación con una declaración según la cual la trabajadora de que se trata es ‘apta’ para el trabajo, sin proporcionar explicaciones que fundamenten estas conclusiones, no pueden, por sí solos, constituir una presunción *iuris et de iure*”, porque de ser así, tanto artículo 4.1 de la Directiva 92/85 como las reglas de prueba del artículo 19 de la Directiva 2006/54 “se verían privadas de todo efecto útil”<sup>43</sup>.

Resta por añadir que el TJUE también determina que la comprobación y valoración concreta de los hechos o elementos de prueba alegados por trabajadora afectada de los que se pueda desprender que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 92/85, de los que se pueda presumir la existencia de discriminación directa, es competencia del tribunal remitente, “único competente para apreciar a la luz de la normativa procesal nacional los hechos y los elementos de prueba pertinentes”<sup>44</sup>, quien se considera, “está obligado, al aplicar su Derecho nacional, a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue” [SSTJUE sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89); de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92) ; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer (C-397/01); y de 10 de

<sup>42</sup> Apartados 63 a 66 de sus Conclusiones.

<sup>43</sup> Apartado 74.

<sup>44</sup> Apartado 73.

marzo de 2005, Nikoloudi (C-196/02)], como así ha acontecido en los presentes autos, sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2017 (recurso de suplicación 0001052/2014), en virtud de la cual, estima totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la Sra. Otero Ramos.

Por lo expuesto, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta declarando que el artículo 19 de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 92/85 y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. En consecuencia, corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

Se concluye este comentario recalcando la importancia que tiene el que nos hallemos ante una sentencia interpretativa. En su virtud, los órganos e instituciones nacionales –incluidos los servicios de prevención de las empresas y los empresarios– deben aplicar los criterios interpretativos instaurados por la misma sobre la protección de la lactancia natural.

## La calificación del despido durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal: STSJ de Cataluña de 12 junio de 2017

### The qualification of the dismissal during the period of contract suspension for temporary disability: STSJ of Catalonia of June 12, 2017

AURELIA CARRILLO LOPEZ

DOCTORA EN DERECHO

#### Resumen

El objetivo del presente artículo consiste en analizar la evolución del concepto de incapacidad en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su adaptación a la legislación interna. Examinando el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las consecuencias derivadas del mismo.

#### Abstract

The objective of this article is to analyze the evolution of the concept of disability in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and its adaptation to domestic law. Examining the concept of disability of Directive 2000/78 / EC in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the derived consequences.

#### Palabras clave

despido; nulidad; improcedencia; incapacidad; discriminación; durabilidad

#### Keywords

dismissal; nullity; inadmissibility; disability; discrimination; durability

## 1. INTRODUCCION

La doctrina científica suele definir la suspensión como una interrupción temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo fundada en los problemas relacionados con la vida personal o profesional del trabajador o con el funcionamiento de la empresa, ya sea derivadas de acontecimientos impositivos de la vida profesional del trabajador (incapacidad temporal, cumplimiento del servicio militar, ejercicio de cargo público representativo, privación de libertad) de factores relacionados con el buen funcionamiento de la empresa (cierre legal, fuerza mayor temporal, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) o bien con la necesidad de compatibilizar la existencia del contrato de trabajo con el ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales por parte del trabajador (derecho de huelga, discriminación por razón de sexo o ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar)<sup>1</sup>.

Con independencia de las causas que justifican la suspensión, la figura tiene como finalidad fundamental proteger al trabajador, evitando que la producción de determinadas

<sup>1</sup> VIDA SORIA, J.: “La configuración jurídica general de la suspensión del contrato”, *RPS*, núm. 70, 1966. pág. 251; Botana López, J. M., “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *RMTAS*, núm. 38, 2002, pág. 276. En el ámbito jurisprudencial, sobre todo, STS de 25 de octubre de 2000 (F. J. 3º).

circunstancias conlleve de forma automática la extinción de la relación laboral protegiendo el principio de estabilidad del empleo<sup>2</sup>. Por tanto, es preciso centrarnos en la configuración de la causa de suspensión, que, tratándose de la incapacidad temporal del trabajador, plantea pocas dudas sobre el carácter obligatorio de la interrupción frente a la voluntad de las partes<sup>3</sup>. Establecido el carácter obligatorio de la suspensión por incapacidad temporal del trabajador y, por tanto, la imposibilidad de despedir al trabajador por haberse producido esa circunstancia, es preciso determinar la extensión de dicha prohibición<sup>4</sup>. Para ello, será necesario, partiendo de la configuración de la incapacidad temporal, determinar la incidencia que provocan los efectos de la suspensión sobre la institución del despido.

El despido durante el período de suspensión de la relación laboral sigue planteando ciertas dudas respecto a su calificación, sobre todo porque durante algún tiempo nuestro ordenamiento jurídico ha calificado con la nulidad al despido sin causa producido en estas circunstancias<sup>5</sup>. Así, la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores introdujo, junto a los supuestos de despido por incumplimiento de requisitos formales<sup>6</sup>, dos supuestos en los que la calificación de nulidad se relacionaba con la causa real del despido: los despidos discriminatorios o lesivos de los derechos sindicales del trabajador y los despidos de trabajadores en situación de suspensión del contrato.

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, suprimió la calificación de nulidad para los actos extintivos que, sin responder a una causa legal, se produjeran durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo, quedando relegados a la categoría del despido improcedente. A partir de este momento la nulidad quedó reservada para aquellos casos en que el despido tuviera como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley, o cuando se produjera con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores<sup>7</sup>.

Sin embargo, la extinción del contrato de trabajo durante el período de suspensión volvió a regularse como causa de nulidad unos años más tarde, si bien ahora su consideración se producía en el ámbito de la discriminación por razón de género, propiciada

<sup>2</sup> Vid.: RODRIGUEZ CARDO, I.A.: La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo, Aranzadi, Navarra, 2017, 120 y ss.

<sup>3</sup> Vid.: MONEREO PEREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, Nº 8, 2016, págs. 32 y ss.; CARRIZOSA PRIETO, E.: “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental? Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2007, *Temas Laborales*, Nº 96, 2008. Págs. 267-283. pág. 1 y ss.

<sup>4</sup> Vid.: LOPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2014, págs. 45 y ss.

<sup>5</sup> Al respecto, vid.: RODRIGUEZ CARDO, I.A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 112 y ss.

<sup>6</sup> Se consideraba nulo el despido disciplinario efectuado sin comunicación escrita o en la que faltasen los datos fundamentales como la fecha o la designación de los hechos que lo motivaron [art. 55.3 Ley 8/1980, de 10 de marzo, y art. 102.2 Real Decreto Legislativo 1568/ 1980, de 13 de junio (LPL, de 1980)], el despido objetivo en aquellos casos en que el empresario no ofreciera al trabajador la indemnización correspondiente (redacción originaria del art. 109 LPL), el despido por fuerza mayor sin autorización administrativa (art. 113 LPL en su redacción original) y los despidos de representantes de los trabajadores cuando no se hubiese observado la obligación legal de abrir expediente contradictorio (Art. 68 a) ET y 111 LPL, de 1980).

<sup>7</sup> Art. 55. 5 ET según la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

por la aparición de una serie de Directivas Comunitarias<sup>8</sup>, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por diversas disposiciones internas, primero por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y, más recientemente, por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>9</sup>.

La conclusión fundamental a la que llega la jurisprudencia del TS<sup>10</sup>, es que el despido durante el período de suspensión del contrato por IT, siempre que no resulte acreditada la causa, debe ser calificado de improcedente, salvo que se trate de un despido discriminatorio o lesivo de alguno de los derechos fundamentales reconocidos al trabajador<sup>11</sup>. Esta jurisprudencia, ya consolidada, se ha construido sobre el argumento fundamental de que el art. 108.2 LPL enumera con carácter exhaustivo los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin mencionar el despido durante la suspensión del contrato por voluntad del empresario cuando el motivo real no coincide con la causa formal alegada en la comunicación del cese.

Por tanto, es lógico que en los pronunciamientos examinados las alegaciones efectuadas por parte del trabajador se centren, bien en la discriminación por razón de enfermedad, bien en la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 de CE<sup>12</sup>.

Siguiendo la línea jurisprudencial, para que se dé una situación de discriminación es necesario, en primer lugar, que los criterios de diferenciación se basen en circunstancias utilizadas históricamente para segregar grupos de personas, y en segundo lugar, que como miembros de estos grupos segregados, las personas discriminadas tengan necesidades particulares de integración laboral y social<sup>13</sup>. Partiendo de estas consideraciones, el TS considera que la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no constituye uno de los supuestos de discriminación, aunque se trata de una contingencia inherente a la condición humana, no es específica de un grupo o colectivo de personas (de composición permanente), como ocurre,

---

<sup>8</sup> Directivas 92/85/CCE, de 19 de octubre, 96/34/CE, de 3 junio y 2002/73/CE, de 23 de septiembre.

<sup>9</sup> Vid.: GARCÍA-PERROTE ESCARTI, I.: en VV.AA., *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

<sup>10</sup> Vid.: STS de 18 de diciembre de 2007.

<sup>11</sup> Vid.: RODRIGUEZ CARDO, I.A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 112 y ss.

<sup>12</sup> Vid.: MONEREO PEREZ, J.L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, Murcia, 2017, págs.847 y ss.

<sup>13</sup> Más amplio es el concepto de discriminación que se acoge en la STS de 22 de noviembre de 2007, RJ 3907/2006 (F. J. 2º), donde se establece que "lo que caracteriza la prohibición de discriminación [...] es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista".

por ejemplo, con la incapacidad temporal derivada de enfermedades relacionadas con el embarazo<sup>14</sup>.

Tampoco se considera que la incapacidad funcional que genera una enfermedad no definitivamente inhabilitante, pueda asimilarse a la situación que padecen las personas discapacitadas, puesto que, frente al carácter temporal y transitorio de la primera, la discapacidad se presenta como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial que requiere de medidas para satisfacer las necesidades particulares que presenta el colectivo afectado<sup>15</sup>. Por tanto, a diferencia de la discapacidad, la enfermedad que genera una incapacidad laboral transitoria no esta protegida por la prohibición de discriminación ni constitucional ni legalmente<sup>16</sup>.

## 2. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del TSJ de Cataluña de 12 junio de 2017, tiene su origen en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, basada en los siguientes supuesto de hecho:

Con fecha de 17 de abril de 2014, la empresa Bootes Plus, contrató al Sr. Daouidi como ayudante de cocina con una jornada semanal de 20 horas y un contrato eventual de tres meses, posteriormente prorrogado 9 meses más y a jornada completa.

Con fecha de 3 de octubre de 2014, el Sr. Daouidi sufrió un accidente laboral al resbalar en la cocina, lo que le dislocó el codo izquierdo.

Dos semanas después de ese accidente laboral, el Jefe de Cocina telefoneó al Sr. Daouidi para interesarse por su estado de salud y preguntar acerca de la previsión de duración de dicha situación. El Sr. Daouidi le respondió que su reincorporación no podía ser inmediata.

Con fecha 26 de noviembre de 2014, estando aún en situación de incapacidad temporal, el Sr. Daouidi recibió comunicación escrita de despido disciplinario basada en no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo.

El 23 de diciembre de 2014, el Sr. Daouidi interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona con objeto de que se declarase la nulidad de su despido, basándose en que dicho despido vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art.

---

<sup>14</sup> Vid.: DUEÑAS HERRERO, L.J.: “La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación?. La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad en la Directiva 200/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 1-12-16”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, Nº 5, pág. 430.

<sup>15</sup> Vid.: FERNANDEZ ORRICO, F. J.: “Discriminación laboral por razón de discapacidad y su equiparación con otras situaciones cercanas en el marco de la UE”, Congreso Nacional de la AEDTSS, Tarragona 2017, pág. 10

<sup>16</sup> En este sentido se pronuncia la STJCE de 11 de Julio de 2006 (*Asunto Chacón Navas*), donde expresamente se declara que una persona despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por 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 por razón de discapacidad. Vid. CABEZA PEREIRO, J.: “La discriminación por discapacidad: el caso Chacón Navas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2013, Nº 12, pág. 304.

15 de la CE) y otra parte, lo considera discriminatorio, con arreglo a la /78 y a la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 y C-337/11).

### 3. ANALISIS JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Según la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, la enfermedad y las situaciones de incapacidad temporal derivada de accidentes laborales no son un factor discriminatorio, por lo que, en tal situación, el despido no puede considerarse nulo en el sentido del artículo 55, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores.

El Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona se cuestiona si la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal, entraría el concepto de “discriminación directa por discapacidad”, como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78. Por lo que suspende el procedimiento y lo eleva como cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En Sentencia de 1 de diciembre de 2016<sup>17</sup>, el TJUE resuelve dicha cuestión prejudicial, reconociendo la posibilidad de considerar discriminatorio todo cese basado en la incapacidad del trabajador, aunque esta sea temporal<sup>18</sup>. El TJUE admite la posibilidad de que estos despidos fuesen declarados nulos, en caso de que tal incapacidad pueda ser considerada como de carácter “duradero”, de tal forma que pueda ser considerado como “discapacidad”. Así pues, el TJUE considera que para poder calificar al trabajador como una “persona con discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78<sup>19</sup> y que cumple los requisitos contenidos en la definición adoptada por el Tribunal de Justicia<sup>20</sup>, debe padecer dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan una limitación “duradera” para desempeñar un trabajo en condiciones de igualdad con los demás trabajadores<sup>21</sup>. Esto es, que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, cuestión que corresponde valorar al juez nacional (en el presente caso será el Juez de lo Social nº 33 de Barcelona)<sup>22</sup>.

Por tanto, se emplaza al juzgado remitente comprobar si en la situación del Sr. Daouidi concurren esos requisitos, debiendo comprobar el carácter duradero de la limitación derivada de la herida en el codo del trabajador.

<sup>17</sup> Rec. 695/2014, Pnte: Quetcutí Miguel

<sup>18</sup> Vid. LOPEZ RODRIGUEZ, J.: “La discapacidad e incapacidad temporal: a propósito de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, 2017, pág. 238 y ss.

<sup>19</sup> LCEur 2000,3383.

<sup>20</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentadas el 26 de mayo de 2016, Asunto C-395/15.

<sup>21</sup> Vid. RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: “El despido durante la incapacidad temporal y su calificación jurídica”, *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, Murcia, 2017, págs. 279 y ss.

<sup>22</sup> Vid. DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daoudi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, N° 3, Aranzadi, pág. 15 y ss.

Es decir que, a los efectos de determinar el carácter duradero, debe acreditarse que, como consecuencia de posibles secuelas, la limitación puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre<sup>23</sup>.

Para comprobar el carácter “duradero” de la limitación, el Abogado General establece algunas pautas:

1. El juzgado remitente puede basarse en documentos y certificados médicos que evalúen la duración probable de la deficiencia en cuestión.

2. En cambio, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia.

3. La calificación “temporal” de la limitación efectuada inicialmente no impide que posteriormente pueda considerarse duradera sobre la base de pruebas médicas.

La inclusión de una situación en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78 no debe depender de la calificación como “incapacidad temporal” en el sentido del Derecho nacional que se haya aplicado al demandante en el litigio principal. El Abogado General señala que en el caso enjuiciado el trabajador se halla en situación de incapacidad temporal “de duración incierta”<sup>24</sup>.

4. El plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido (en este caso, 53 días) no puede ser un criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador. Tal limitación podría perfectamente considerarse duradera aun cuando el trabajador fuese despedido inmediatamente después del accidente laboral. Adoptar una postura diferente sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados en la medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera.

### **3.1. Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 33 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2016**

Resuelta la Cuestión Prejudicial planteada, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, dicta sentencia con fecha de 23 de diciembre de 2016<sup>25</sup>, en la que declaraba la nulidad del despido, tras concluir que la limitación que padecía el trabajador constituía una “limitación duradera” y, por consiguiente, una situación de “discapacidad” a efectos de la Directiva 2000/78<sup>26</sup>, tal y como había indicado el TJUE en su sentencia.

---

<sup>23</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: Incapacidad temporal y despido: puede apreciarse discriminación por discapacidad ‘ex’ Directiva 2000/78 si la limitación es “duradera” (Comentario a las Conclusiones del Abogado General a Cuestiones Prejudiciales del Juzgado de lo Social de Barcelona núm. 33), *Revista de Derecho VLex*, Núm. 144, Mayo 2016, pág. 4 y ss.

<sup>24</sup> Vid.: FERNANDEZ MARTINEZ, S.: “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2017, nº 28, pág. 77.

<sup>25</sup> Rec. 1219/2014, Pnte: Agustí Maragall, J.

<sup>26</sup> LCEur 2000, 3383.

El Juzgado llega a la convicción de que la causa real del despido no fue el mero hecho del accidente laboral, ni la inicial situación de incapacidad temporal en sí misma, sino la percepción empresarial de que tal incapacidad temporal se tornaba en “duradera”, sin “una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”. Es por ello que el despido debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad.

Hasta el momento, la doctrina del Tribunal Supremo al respecto era clara: estas situaciones, en las que el empleador aduce "falta de rentabilidad en el mantenimiento del puesto de trabajo" podían dar lugar a un despido improcedente, pero, en ningún caso, nulo<sup>27</sup>. Este criterio jurisprudencial ha generado una situación en la que el empresario, desde la seguridad de que será aplicada esta doctrina, y asumiendo el coste económico de la declaración de improcedencia, despide sin necesidad de causa objetiva o real al trabajador enfermo o accidentado.

En su sentencia el Juez de lo Social, considera que el despido del trabajador accidentado, casi dos meses después del accidente y cuando seguía de baja médica, constituye una discriminación directa por razón de discapacidad, o indirecta porque su despido ha supuesto una "barrera" al impedir su recuperación, y con ella, la participación en igualdad de condiciones en la vida profesional. Además, la inconcreción de la causa de eventualidad en el propio contrato inicial como la evidencia del carácter permanente de su puesto de trabajo

La consecuencia de la declaración nulidad comporta la condena a la readmisión inmediata del actor, al pago de los salarios de tramitación devengados, y al pago de la indemnización solicitada por el trabajador, por daños morales y materiales.

Añade en sus conclusiones el juez que "la inconcreción de la causa de eventualidad en el propio contrato inicial como la evidencia del carácter permanente de su puesto de trabajo".

Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se haya pronunciado, una decisión empresarial de despedir a un trabajador por causa de ejercer derechos tan fundamentales como el de recibir prestaciones sanitarias y económicas, en situación de incapacidad temporal por causa de un accidente de trabajo, debiera entenderse que lesiona, también, ambos derechos fundamentales proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debiendo determinar asimismo la calificación judicial de nulidad del despido por atentar a tales derechos fundamentales.

### **3.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de Junio de 2017**

El TSJ de Cataluña en sentencia de 12 de junio 2017<sup>28</sup>, resuelve el recurso de suplicación a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 33 de Barcelona de 23 de diciembre 2016<sup>29</sup>, que declaraba la nulidad de la extinción del Sr. Daouidi, revocándola y calificando el despido como improcedente, volviendo al criterio tradicional de declarar improcedente el despido.

---

<sup>27</sup> Entre otras, STS Sala de lo Social de 12 Jul. 2004, STS de 27 de enero de 2009.

<sup>28</sup> Sentencia de 12 de junio 2017 [Rec. 2110/2017].

<sup>29</sup> Rec. 1219/2014, Pnte: Agustí Maragal.

El TSJ Cataluña, en base a lo dispuesto en la STS 3 de mayo 2016<sup>30</sup>, en la STJUE de 1 de diciembre 2016<sup>31</sup>, y siguiendo la doctrina STS de 27 de enero 2009<sup>32</sup>, manifiesta que no puede equipararse enfermedad a discapacidad, especialmente porque a pesar de la redacción dada al art. 4.2.c), párrafo 2º ET, por la Ley 62/2003, el ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables<sup>33</sup>.

Por lo que la *enfermedad* es una situación contingente de mera alteración de la salud, que suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. Y la *discapacidad* es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada<sup>34</sup>. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un ‘estatus’ que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido<sup>35</sup>.

Por lo que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Los discapacitados o las personas que sufren de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

A partir de estos elementos, el TSJ Cataluña entiende que la aplicación de dicha doctrina al supuesto enjuiciado, ya que en el momento en que fue despedido, e incluso teniendo en cuenta lo que sucedió con posterioridad al mismo, tal y como reflejan los hechos

<sup>30</sup> Rec. 3348/2014, entiende que el despido de la accionante (y de las 4 compañeras en situación análoga) no responde a un criterio discriminatorio por causa de enfermedad, porque la decisión de la empresa pretende “posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio”. De modo que no nos encontramos en el supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato sino, al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio”. Y confirma el criterio de suplicación mantenido por la STSJ Cataluña 1 de julio 2014 [rec. 956/2014], se refiere a una trabajadora que es despedida estando en situación de incapacidad temporal por sufrir un accidente de tráfico de camino al trabajo.

<sup>31</sup> C-395/2015, caso Daouidi.

<sup>32</sup> Rec. 602/2008, Pnte: Gullón Pérez.

<sup>33</sup> GOÑI SEIN, J.L.: “Salud laboral, discapacidad y violencia en el trabajo en el marco de la unión europea”, *Actum Social*, Nº 119, 2017, pág. 13 a 18.

<sup>34</sup> Vid. VELASCO PORTERO, M.T.: “Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013”, *Temas Laborales*, Nº 131, 2015, pág. 237.

<sup>35</sup> Vid. DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, 2017, Nº 3, págs. 123 y ss.

probados, no nos permite albergar ninguna duda, que el despido no fue discriminatorio, ni vulnerador de ninguno de los derechos fundamentales, ni tampoco los no fundamentales que se citan, ni por tanto está viciado de nulidad. La situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el actor cuando fue despedido, al margen de cuál fuera la intencionalidad de la empresa, solo permite calificarla de despido improcedente, pues no estamos ante un supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación, es más, ni el propio actor lo reconoció en su demanda.

Por tanto, habiendo transcurrido apenas un mes y medio desde que sufrió el accidente de trabajo, con una lesión de codo, que en principio parecía de carácter leve, y que curó, en un plazo más que razonable, en atención al momento en que fue dado de alta por curación sin secuelas, a la conclusión que se llega, es que la empresa no fundamenta su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el trabajador, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación, sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral.

Dicho esto, el TSJ, a partir de los considerandos (42 a 55) del caso Daouidi, insiste que “si alguna cosa ponen en evidencia, por la importancia que tienen en la resolución de este recurso, es que en principio el estado físico del trabajador accidentado es reversible; que “el concepto de limitación “duradera” de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de “discapacidad” al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme; el régimen Jurídico de la incapacidad “temporal”, con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU; que el “carácter “duradero” de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio y será el juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter “duradero”, ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico<sup>36</sup>.

En base a todo ello, el Tribunal de Justicia de Cataluña, revoca la nulidad, y declara el despido como improcedente.

#### 4. CONCLUSIÓN

El momento en que el demandante fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no al estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, a la única conclusión a que podemos llegar es que, al margen de la valoración que hace el Juzgado, y de la parte actora a través de su escrito de impugnación, es el demandante se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera<sup>37</sup>, pues, entre el accidente de trabajo y el despido,

<sup>36</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud”, *Revista de Información Laboral*, Nº 5, Aranzadi, 2017, pág. 23 y ss.

<sup>37</sup> Conforme la STJUE (*doctrina Ring*) de 11 de abril de 2013, un trato desfavorable por motivos de discapacidad solo se enfrenta con la protección dispensada por la Directiva 2000/78/CE cuando resulte de aplicación el concepto de «enfermedad equiparable» a discapacidad, concepto ha que tenido una traslación relativa a la doctrina jurisprudencial de nuestro país. Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido por enfermedad crónica y (...)”

apenas había pasado 53 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20 de julio de 2015. Aunque el actor solicitó la incapacidad permanente el 14 de septiembre de 2016, no es suficiente, para considerar que las limitaciones funcionales, a la luz de la doctrina de la sentencia que examinamos, pueda calificarse de duraderas, por tanto, en el supuesto enjuiciado, la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone dicha resolución ni tiene cabida a efectos de tutela, en la Directiva 2000/78, y en consecuencia de ello, la empresa no pudo cometer con el despido por esta causa ningún tipo de discriminación.

Por lo que, siguiendo la línea jurisprudencial, la falta de causa discriminatoria, hace que solo se pueda calificar improcedente el despido, pero deja la posibilidad para calificar la nulidad del despido, cuando en supuestos similares, pero que incapacidad temporal tenga el carácter de duradera y que se estime en el momento en que se notifica el despido al trabajador. Por lo que partir de ahora, serán estos los criterios a tener en cuenta en los despidos durante las situaciones de incapacidad temporal.

---

productividad: Sumando reveses comunitarios a la reforma laboral (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015, rec. núm. 3689/2015)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro Estudios Financieros*, N.º. 398, 2016, pág. 147.

## La aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación en el sector ferroviario. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 junio de 2017 (Rec. 157/2016)

### The application of reduction coefficients of the usual retirement age in the railway sector. Regarding the Sentence of 21 June 2017 (Rec. 1281/2014), delivered by the Employment Division of the Supreme Court

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

#### Resumen

Desde que se aprobara el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, los trabajadores del sector ferroviario han sido uno de los colectivos que, dentro de nuestro sistema de Seguridad Social, han podido disfrutar del derecho a la pensión de jubilación ordinaria a una edad reducida por razón de la naturaleza penosa o peligrosa de su actividad. Sin embargo, esta medida social no ha sido ajena a las reformas que, sobre todo en la última década, han procurado limitar el acceso anticipado a la pensión de jubilación al objeto de garantizar la viabilidad financiera del sistema. Lo que ha contribuido a conformar el marco normativo en el que actualmente se desenvuelve la citada medida social, y al que el presente comentario hace referencia de cara a analizar el último pronunciamiento del Tribunal Supremo en torno a la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos, para ciertas categorías profesionales de trabajadores ferroviarios, en el art. 3.1 RD 2621/1986.

#### Abstract

Since the passing of the RD 2621/1986, 24th December, the railway sector workers have been one of the collective inside the Spanish Social Security system, which have been entitled to receive the ordinary retirement pension at younger age due to the unhealthy or dangerous nature of their activity. However, this social measure has not been unaware of the reforms, which, especially in the last decade, had tried to limit the anticipated access to the retirement pension –in order to warrant the financial viability of the system. This has contributed to form the regulatory framework in which the previous mentioned social action is currently developed. Therefore, regarding this regulatory framework, this paper analyzes the last Supreme Court pronouncement on the application of reduction coefficients of the usual scheduled retirement age, for some professional categories of railway sector workers, by article 3.1 RD 2621/1986.

#### Palabras clave

coeficientes reductores; edad ordinaria; pensión de jubilación; trabajadores ferroviarios; actividad penosa o peligrosa

#### Keywords

reduction coefficients; usual retirement age; retirement pension; railway sector workers; unhealthy or dangerous occupation

### 1. DATOS RELEVANTES DEL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO

A través de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 junio de 2017 (Rec.1281/2014), se estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, en representación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 26 de noviembre de

2015 (Rec. 158/2015). Sentencia esta última que, acogiendo la demanda interpuesta frente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social por tres trabajadores pertenecientes al sector ferroviario, dejó sin efecto las resoluciones administrativas dictadas el 20 de enero de 2015 por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y declaró, en consecuencia, que dichos trabajadores tenían derecho a beneficiarse del coeficiente reductor de la edad de jubilación del 0,10 previsto en el art. 3.1 del RD 2621/1986, de 24 de diciembre –por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos<sup>1</sup>–.

Según se hace constar en los hechos declarados probados, los trabajadores habían prestado sus servicios por cuenta ajena inicialmente para la empresa pública estatal RENFE y posteriormente para la entidad empresarial ADIF (dependiente del Ministerio de Fomento), desempeñando en ambas las funciones propias de la categoría profesional de «conductor de vagoneta automóvil de línea electrificada». En concreto realizaban las tareas de: conducción, abastecimiento y reparación de averías de las vagonetas; control y conservación de las herramientas de trabajo y almacenillos de materiales de los propios vehículos; intervención en las líneas aéreas de contacto y alta tensión, realizando a pie otros cometidos de mantenimiento y reparación o montaje mecánico y eléctrico de dichas líneas; o preparación y acopio de herrajes, aislamientos y otros materiales con destino a trabajos de electrificación.

Además, también se destaca que los trabajadores reunían aptitudes en el conocimiento de las Instrucciones Generales de Circulación, así como del Reglamento de Maquinistas y Ayudantes que afectan al personal de conducción, y que, por tal motivo, estaban autorizados a la conducción de vagonetas automóviles.

Y por último se menciona y constata el hecho de que, en el ejercicio de su actividad profesional, los tres trabajadores tenían reconocido y percibían de manera efectiva el complemento retributivo «Plus de Peligrosidad», establecido (de acuerdo con la Normativa Laboral de la empresa RENFE, igualmente aplicable a la entidad ADIF en razón de lo dispuesto en su Convenio Colectivo) en atención a la índole y características de determinadas actividades ferroviarias.

De manera que, basándose en las circunstancias laborales descritas, los trabajadores ferroviarios decidieron presentar ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Navarra, con fecha de 21 de mayo de 2014, sendos escritos en los que solicitaban el reconocimiento de su derecho a la aplicación del coeficiente reductor de la edad ordinaria de jubilación del 0,10 *ex* art. 3.1 RD 2621/1986, de 24 de diciembre, en relación con sus respectivos periodos trabajados en la categoría profesional de «conductor de vagoneta automóvil de línea electrificada», por considerar que la referida disposición reglamentaria permitía acoger las funciones desempeñadas en dicha categoría a los efectos del reconocimiento del coeficiente reclamado.

Sin embargo, tales solicitudes fueron desestimadas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, mediante resoluciones de 28 de octubre y de 6 de

---

<sup>1</sup> BOE de 30 de diciembre de 1986.

noviembre de 2014, sobre el fundamento de que, con independencia de las funciones desempeñadas, el hecho de que la categoría profesional atribuida a los actores no se encontrara expresamente comprendida en el catálogo de las categorías señaladas en el art. 3.1 del RD 2621/1986, sin lugar a duda impedía el reconocimiento del derecho a la aplicación del coeficiente reductor controvertido. Decisión que su vez fue avalada por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, al desestimar los recursos de alzada con los que los actores agotaron la vía administrativa dando lugar a la apertura de la vía judicial.

## 2. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN EN EL SECTOR FERROVIARIO

Tradicionalmente, nuestro sistema de Seguridad Social ha venido permitiendo que, la edad mínima legal exigida con carácter general para causar derecho a la pensión contributiva de «jubilación ordinaria»<sup>2</sup>, sea reducida para ciertos colectivos de trabajadores sin que tal rebaja comporte, en contrapartida, una penalización en la cuantía de la pensión. Se trata de una modalidad de jubilación que la doctrina ha insistido en diferenciar de la «jubilación anticipada» propiamente dicha, entre otros motivos porque su cometido es el de fijar para determinados trabajadores una edad ordinaria de jubilación rebajada, y no el de permitirles acceder a la jubilación por debajo de la edad ordinaria que les resulte de aplicación. De ahí que, como acabamos de avanzar, la cuantía de la pensión no sufra en estos casos ninguna penalización (pues a diferencia de lo que ocurre en la jubilación anticipada –en la que siempre se produce penalización– el trabajador accede a la pensión a la edad ordinaria que le corresponde y no antes de alcanzarla)<sup>3</sup>.

En el plano legal, la posibilidad de acceso a la jubilación ordinaria a una edad reducida se encuentra consagrada en el actual art. 206 LGSS, por el que se habilita al Ejecutivo para que, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y mediante real decreto, rebaje la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación –a que se refiere el artículo 205.1.a) LGSS– en dos supuestos: a) en caso de grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca (apartado 1); y b) en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, o en un grado igual o superior al 45 por ciento siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias de que comporten de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida (apartado 2).

Por tanto, junto a circunstancias personales como la discapacidad, la realización de actividades penosas, tóxicas, insalubres o peligrosas también podrá justificar el

<sup>2</sup> Actualmente objeto de elevación paulatina hasta el año 2027 ex Disp. Transitoria 7ª LGSS; fecha en que quedará fijada en 65 ó 67 años, según se acrediten o no 38 años y 6 meses cotizados conforme al art. 205.1.a) LGSS.

<sup>3</sup> Destacan la diferencia entre la jubilación anticipada y la jubilación ordinaria a edad reducida, entre otros, MALDONADO MOLINA, J.A.: «Capítulo III. La edad pensionable», en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs), Granada, Comares, 2015, pp. 85-87; MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones», *Temas Laborales*, núm. 103, 2010, p. 117; y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La jubilación ordinaria», *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, p. 141.

establecimiento reglamentario de una edad de acceso a la jubilación ordinaria inferior a la fijada con carácter general, siendo varios los colectivos de trabajadores que, al amparo de este último supuesto habilitante atinente a la naturaleza de la actividad, han podido disfrutar de este beneficio en compensación al mayor sacrificio realizado en su vida laboral. En particular tienen reconocida una edad ordinaria de jubilación reducida (ya sea mediante el establecimiento directo de una edad de jubilación inferior a la mínima o legal, o bien mediante la aplicación de coeficientes reductores de la edad en función del tipo de actividad): los trabajadores incluidos en el Estatuto del Minero<sup>4</sup>, el personal de vuelo de trabajos aéreos<sup>5</sup>, los artistas y profesionales taurinos<sup>6</sup>, los bomberos al servicio de las administraciones y organismos público<sup>7</sup>, los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza<sup>8</sup>, y los trabajadores ferroviarios referidos en la sentencia del TS objeto del presente comentario<sup>9</sup>.

No obstante, el art. 206 LGSS contiene a su vez una serie de previsiones que fueron incorporadas al hilo de las modificaciones efectuadas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social<sup>10</sup>. La primera de ellas, en clara sintonía con las reformas de la época en materia de pensiones, que ya incentivaban la prolongación de la vida laboral activa y el retraso de la edad de jubilación, sólo concierne a las propuestas de reducción de la edad ordinaria por razón de la naturaleza de la actividad desempeñada, disponiendo que «el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación solo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo y conllevará los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero» (último párrafo del art. 206.1 LGSS). Por lo que a partir de ese momento quedó positivado que, tratándose de trabajos de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, insalubre o peligrosa y con elevados índices de morbilidad o mortalidad, la fijación de una edad ordinaria de jubilación reducida sólo podrá emplearse como un recurso subsidiario y condicionado a que no sea posible una modificación de las condiciones de trabajo que neutralice los riesgos perniciosos de esa actividad.

La siguiente previsión, contenida en el apartado 3 del art. 206 LGSS, establece una limitación para todos los supuestos de jubilación ordinaria a edad reducida (tanto por razón de la naturaleza de la actividad como por razón de discapacidad), indicando que, en ningún caso, la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad dará lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación a una edad inferior a 52 años. Aunque se ha de recordar que, conforme a lo estipulado en la Disp. Transitoria 2ª de la Ley 40/2007, esta prohibición –con lo que se pretende evitar que el acceso a la jubilación ordinaria pueda efectuarse por debajo de la edad mínima referida– no afectaría a los trabajadores incluidos en

---

<sup>4</sup> RD 2366/1984, de 26 de diciembre, (BOE de 15 de enero de 1985), sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto del Minero, aprobado por el Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre

<sup>5</sup> RD 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos (BOE de 31 de julio de 1986).

<sup>6</sup> Arts. 11 y 18 del ya citado RD 2621/1986, de 24 de diciembre.

<sup>7</sup> RD 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos (BOE de 3 de abril de 2008).

<sup>8</sup> Disp. Adicional 20ª LGSS, incorporada por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (BOE de 24 de diciembre de 2009).

<sup>9</sup> Art. 3 del RD 2621/1986, de 24 de diciembre.

<sup>10</sup> BOE de 5 de diciembre de 2007.

los diferentes regímenes especiales que, a 1 de enero de 2008, ya tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación (a quienes se les seguirá aplicando las reglas establecidas en la normativa anterior). Lo que en relación a los trabajadores ferroviarios (colectivo que ya contaba con coeficientes reductores de la edad de jubilación antes de la inclusión de esta previsión), comporta entender que tal limitación de edad sólo regirá para aquéllos que hayan causado alta y cotizado como tales a la Seguridad Social a partir de la fecha indicada<sup>11</sup>.

Además, también advierte la norma en el mismo apartado 3 (último párrafo), que los coeficientes reductores de la edad de jubilación sólo surtirán efectos para el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria, pero no serán tenidos en cuenta a los efectos de acreditar la edad exigida para causar derecho a la jubilación parcial, ni para devengar los beneficios previstos en el art. 210.2 LGSS sobre la cuantía de la pensión –en caso de que se acceda a la misma a una edad superior a la ordinaria–, ni para acceder a cualquier modalidad de jubilación anticipada.

Y por último dispone el precepto legal señalado (apartado 1 párrafo 2º) que, a los efectos de rebajar la edad de jubilación por razón de la naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre de la actividad, se habrá de observar el procedimiento general que reglamentariamente se establezca, en el que se incluirá «la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad. Se trata de una previsión».

El propósito de esta previsión, incorporada por la citada Ley 40/2007 (Disp. Adicional 2ª), y posteriormente reiterada en la Ley 27/2011, de 1 de agosto –sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social<sup>12</sup>– (en cuya Disp. Adicional 23ª ordenaba además al Gobierno que, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, dictara «las normas necesarias sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo, adecuando en su caso los porcentajes actuales de cotización [...]»), no fue otro que el de sistematizar una serie pautas o condiciones comunes y generales a las que someter las futuras ampliaciones del beneficio de los coeficientes reductores hacia nuevos colectivos. Y es que, hasta ese momento, y tal y como la doctrina puso de manifiesto, los colectivos que disfrutaban de una edad ordinaria de jubilación reducida (entre los que se incluían los trabajadores ferroviarios), se habían ido configurando de forma aluvional y sin atender a criterios generales claros que pudieran ser extensivos a otros colectivos en situación semejante<sup>13</sup>. Incluso se llegó a calificar de caprichosa y discriminatoria la selección de colectivos a los que se les había reconocido ese trato especial, al desempeñar actividades cuyo nivel de penosidad, toxicidad o peligrosidad no era mayor

<sup>11</sup> En este sentido, pero con referencia a los pilotos y copilotos de las líneas aéreas, ELORZA GUERRERO, F.: «La jubilación a edad ordinaria reducida de los pilotos de líneas aéreas desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en España», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 22, 2016, p. 53.

<sup>12</sup> BOE de 2 de agosto de 2011.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La jubilación ordinaria»..., óp. cit. pp. 142.

que el apreciado en otros grupos profesionales a los que, por el contrario, se les había privado de tal protección<sup>14</sup>.

Por lo que, a fin de suplir esa carencia de sistematización, y dando cumplimiento al mandato legal de reglamentar un procedimiento general al que atenerse para implantar nuevos coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación en distintos colectivos, sectores y ámbitos de trabajo, finalmente se promulgó el RD 1698/2011, 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 la Seguridad Social<sup>15</sup>.

### **2.1. El procedimiento general para establecer coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación establecido por RD 1698/2011, de 18 de noviembre**

Ya hemos avanzado que, con la aprobación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, quedó articulado con carácter general para todos los regímenes del Sistema (art.1), el régimen jurídico y el procedimiento general a seguir para establecer coeficientes reductores, o anticipar la edad ordinaria de jubilación, en nuevos colectivos o sectores de actividad cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad.

En líneas generales –y sin ánimo de reproducir con exhaustividad la ordenación técnica contenida en la citada normativa– se trata de un procedimiento que podrá iniciarse de oficio –por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social– o a instancia de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, mediante petición razonada, así como de las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos, sin que las empresas o trabajadores por cuenta propia o asalariados, individualmente considerados, estén legitimados para instar el inicio de las actuaciones (art. 10).

Una vez presentada la solicitud, la Secretaría de Estado de Empleo –en colaboración y con la participación de otros organismos– deberá llevar a cabo un estudio preceptivo en el que se analizarán los siguientes factores: la siniestralidad en el sector; la morbilidad y mortalidad por enfermedad y su relación directa con el trabajo, así como las incapacidades permanentes derivadas de enfermedad que se produzcan en grado superior a la media; las condiciones de trabajo teniendo en cuenta su peligrosidad, toxicidad, insalubridad, turnicidad, nocturnidad, y el sometimiento a ritmos de producción; los requerimientos físicos o psicológicos exigidos para la actividad; la edad aproximada a partir de la cual no es aconsejable entrar en el sector o colectivo, o desde la que no puede razonablemente desarrollarse la actividad; y las posibilidades de modificación de las condiciones de trabajo en el sector o actividad, teniendo en cuenta, de igual modo, la variable de género (art.11).

De modo que, sólo cuando del estudio realizado se desprenda que en el colectivo o sector laboral de que se trate existen tales riesgos (excepcionales índices de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad y elevados índices de morbilidad o mortalidad), y que es imposible evitarlos mediante una modificación de las condiciones de trabajo, la Secretaría

<sup>14</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>15</sup> BOE de 23 de noviembre de 2011.

de Estado de Empleo pondrá tales circunstancias en conocimiento de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para que, realizados los estudios e informes que considere pertinentes –entre los que obligatoriamente se incluirá un análisis de derecho comparado y un estudio sobre los costes que para la Seguridad Social comportaría el establecimiento de nuevos coeficientes reductores de la edad– inicie los trámites a fin de proceder a rebajar (mediante Real Decreto dictado a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración) la edad ordinaria de jubilación, con indicación de las escalas, categorías o especialidades que resulten afectadas (art. 12)<sup>16</sup>.

Por lo que resulta evidente que, conforme a las previsiones contenidas en la norma reglamentaria, ante todo deberá primar la modificación de las condiciones de trabajo frente al establecimiento de edades de jubilación reducidas, pasando a ser la jubilación temprana del trabajador el último instrumento de actuación ante el desempeño de actividades con un excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad<sup>17</sup>. Un planteamiento que, en línea con lo pretendido por la Ley 40/2007 (en relación con la consideración subsidiaria de la jubilación a edad reducida como medida para compensar el mayor riesgo de morbilidad o siniestralidad que entrañe la realización de ciertas actividades) también se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos del RD 1698/2011, al comenzar advirtiendo que, el establecimiento de medidas de reducción de la edad ordinaria de jubilación en nuevos sectores, grupos o colectivos, tendrá en todo caso «carácter sustitutivo», en tanto que sólo procederá «cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo» y, en última instancia y según se desprende de su articulado, cuando la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social así lo decida en base a los estudios realizados sobre (entre otros aspectos) los costes que para el sistema de Seguridad Social tendría la aplicación de los coeficientes reductores propuestos o el establecimiento directo de una edad reducida de acceso a la jubilación (art. 12 apartados 2 y 3). Lo que implica entender que, aun quedando acreditada la imposibilidad de modificar las condiciones de trabajo, será finalmente el criterio de la eficiencia económica el que realmente determine la pertinencia o no de aprobar nuevos coeficientes reductores de la edad.

No obstante, interesa recordar que, como indica el párrafo 2º del art. 1 RD 1698/2011, quedarán excluidos del régimen y procedimiento general establecidos en la comentada norma reglamentaria aquellos trabajadores encuadrados en una actividad que ya tuvieran reconocida en otra norma la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación o, en su caso, una anticipación de la misma. Aunque también se reconoce la posibilidad, *ex Disp. Adicional 1ª*, apartado 1, del RD 1698/2011, de que los colectivos que ya tuvieran reconocidos coeficientes reductores de edad (o una concreta edad ordinaria de jubilación inferior a la

---

<sup>16</sup> En caso contrario, este es, «cuando de los estudios e informes preceptivos se desprenda que existen, en el desarrollo de la actividad laboral o profesional, condiciones de trabajo que supongan excepcional penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad, y elevados índices de morbilidad o mortalidad, pero que es posible evitarlos mediante la modificación de las condiciones de trabajo, la Secretaría de Estado de Empleo lo comunicará a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal y a quienes hayan instado la iniciación del procedimiento, para que, conforme a la normativa vigente, se proceda a realizar dicha modificación dentro del sector o actividad, con indicación de si el cambio tiene carácter temporal o definitivo» (art. 11.5).

<sup>17</sup> En este sentido, 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 la Seguridad Social), Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 137-143.

general) puedan solicitar la modificación de los mismos a través del procedimiento general y con los requisitos previstos en el comentado real decreto. Indicando igualmente dicha disposición, en su apartado 2, que tal modificación en todo caso procederá «cuando se produzcan modificaciones en los procesos productivos que alteren de forma sustancial las condiciones de trabajo [...]», siempre que se respete «la situación de los trabajadores que hubiesen desarrollado la actividad concreta con anterioridad a la fecha en que surta efectos la mencionada modificación».

## **2.2. La reducción de la edad ordinaria de jubilación de los trabajadores ferroviarios conforme al RD 2621/1986, de 24 de diciembre**

Uno de los colectivos que, antes de la aprobación del citado reglamento regulador del procedimiento general para la aprobación de nuevos coeficientes reductores, ya gozaba del reconocimiento de una edad ordinaria de jubilación reducida al amparo del art. 154.2 LGSS –hoy día art. 206.1 LGSS–, es el de los trabajadores ferroviarios pertenecientes a grupos y actividades profesionales de naturaleza especialmente peligrosa o penosa. Así quedó consagrado en el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, al tiempo de integrar en el Régimen General de la Seguridad Social los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas, y en Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos el Régimen de Escritores de Libros.

En concreto, dicho reglamento conservó para el colectivo de ferroviarios, a pesar de ordenar su incorporación en el Régimen General, una de las particularidades que la normativa reguladora de su Régimen Especial recogía en relación a la edad de jubilación<sup>18</sup>, disponiendo en el apartado 1 de su art. 3, bajo la rúbrica «Reducciones en la edad mínima de jubilación por razón de trabajos excepcionalmente penosos o peligrosos», que la edad ordinaria de jubilación establecida con carácter general para el Régimen General de la Seguridad Social [actualmente fijada en el art 205.1 a) LGSS], será rebajada para los trabajadores ferroviarios pertenecientes a los grupos y actividades profesionales que en él se enumeran, en un número de años equivalente al que resulte de aplicar, al periodo de tiempo efectivamente trabajado en tales grupos y actividades, el coeficiente que corresponda en función de la actividad profesional desempeñada. A saber:

El 0,15, en caso de que la actividad sea la de: Jefe de Maquinistas, Maquinista de Locomotora de Vapor, Ayudante Maquinista de Locomotora de Vapor, u Oficial Calderero Chapista en Depósito.

Y el 0,10, cuando las funciones realizadas sean las de: Capataz de Maniobras, Especialista de Estaciones, Agente de Tren, Auxiliar de Tren, Maquinista Principal, Maquinista Tracción Eléctrica, Maquinista Tracción Diésel, Ayudante de Maquinista Tracción Eléctrica, Ayudante de Maquinista Autorizado Tracción Eléctrica, Ayudante de Maquinista Tracción Diésel, Ayudante de Maquinista Autorizado Tracción Diésel, Visitador de Entrada, Visitador de Segunda, Visitador de Primera, Visitador Principal, Operador Principal de Maquinaria de Vía, Operador Maquinaria de Vía, Ayudante de Maquinaria de Vía, Ayudante de Maquinaria de Vía Autorizado, Jefe de Equipo Calderero Chapista, Oficial

<sup>18</sup> Art. 13 Decreto 2824/1974, de 9 de agosto, por el que se aprobaba el texto refundido del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Ferroviarios (BOE de 7 de octubre de 1974).

de Oficio Calderero Chapista, Oficial de Oficio de Entrada Calderero Chapista, Jefe de Equipo Forjador, Oficial de Oficio Forjador, Oficial de Oficio de Entrada Forjador, Jefe de Equipo Fundidor, Oficial de Oficio Fundidor, Oficial de Oficio de Entrada Fundidor, Jefe de Equipo Ajustador-Montador, Oficial de Oficio Ajustador-Montador, Oficial de Oficio de Entrada Ajustador-Montador.

Si bien la norma matiza, acto seguido a la enumeración de estas categorías, que tales coeficientes reductores (0,15 ó 0,10) serán igualmente aplicables a las categorías extinguidas que, con distintas denominaciones y/o con idénticas funciones, han precedido a las actualmente vigentes<sup>19</sup>.

De otro lado, como reglas a tener en cuenta a los efectos de computar el tiempo efectivamente trabajado en tales grupos o actividades, la norma reglamentaria dispone que las fracciones de año superiores a seis meses se computarán como un año completo, aunque las inferiores se despreciarán, y que las diferentes fracciones de año correspondientes a actividades peligrosas o penosas que dispongan de coeficientes distintos, se computarán por un año cumplido en la actividad en la que se acredite la fracción más prolongada cuando la suma de todas ellas supere el semestre (art. 3.2 RD 2621/1986). A lo que añade, como regla importante que concierne a la cuantía de la pensión, que se asimilará a cotizado, al exclusivo efecto de determinar el porcentaje de pensión aplicable, el periodo de tiempo que medie entre la edad de jubilación reducida (edad real del cese) y la edad ordinaria de jubilación establecida con carácter general (art. 3.3 RD 2621/1986).

En cualquier caso, no fue esta la única singularidad que los trabajadores ferroviarios conservaron en materia de jubilación tras su integración del Régimen General de la Seguridad Social, destacando igualmente la modalidad de jubilación anticipada a los 60 años de edad que, con carácter transitorio, mantuvo la Disp. Transitoria Segunda del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, para los trabajadores ingresados en Renfe con anterioridad a 14 de julio de 1967 y para los ingresados en Feve con anterioridad a 19 de diciembre de 1969.

### **3. LA DICOTOMÍA JURISPRUDENCIAL ENTRE EL CARÁCTER ABIERTO O CERRADO DE LA LISTA DE CATEGORÍAS PROFESIONALES DEL SECTOR FERROVIARIO DETERMINANTES DE LA APLICACIÓN DE COEFICIENTES REDUCTORES DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN**

Una de las controversias que la posibilidad de acceder a la jubilación ordinaria a una edad reducida ha venido suscitando en el sector ferroviario, ha sido la de determinar si, el elenco de categorías profesionales que dan derecho a esta reducción *ex art. 3.1 del RD 2621/1986*, tiene carácter de *numerus apertus* o de *numerus clausus*, sobre todo a los efectos de considerar o no incluidos en este beneficio social a los «conductores de vagoneta automóvil de línea electrificada».

<sup>19</sup> Previsión que fue incorporada por la Disp. Adicional 9ª del RD 863/1990, de 6 de julio (sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1990, BOE de 7 de julio de 1990), al hilo de que la propia disposición actualizara las categorías profesionales que dan derecho a una reducción de la edad mínima de jubilación ordinaria.

A este respecto, la postura inicialmente defendida por la doctrina judicial<sup>20</sup> fue la de considerar que las actividades o profesiones recogidas por la citada norma no constituían un *numerus clausus* o lista cerrada, por cuanto en su último párrafo dispone (tras la enumeración de las mismas) que los coeficientes reductores que en él se reconocen serán también de aplicación a las categorías extinguidas que hayan precedido a las actuales con diferente denominación y/o idénticas funciones. Previsión que, según la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de diciembre de 2015 (Rec. 669/2015), debía relacionarse con el hecho de que la norma reglamentaria fuera promulgada en 1986; pues era lógico pensar, ante tal circunstancia, que los puestos de trabajo habían podido variar su denominación, y nada parecía impedir que se reconocieran los coeficientes reductores a actividades con idénticas funciones.

De manera que, partiendo del presupuesto de que el catálogo de categorías profesionales reglamentariamente enumerado tenía carácter abierto, dicha doctrina defendió que entre las mismas debía entenderse comprendida la categoría de «conductor de vagoneta automóvil de línea electrificada» por los siguientes motivos:

En primer lugar porque, aun tratándose de un colectivo no incorporado expresamente en el art. 3.1 del RD 2621/1986, sus funciones son sustancialmente análogas a algunas de las integradas en las categorías sí contempladas en la norma reglamentaria en cuanto a su contenido y a su peligrosidad. Aspecto este último (el de la peligrosidad) que todas las sentencias consideraban acreditado por el hecho de que los trabajadores de la categoría discutida tuvieran reconocido y asignado el «plus de peligrosidad» como complemento salarial, razonando que su abono por parte de la empresa implicaba que ésta formalmente reconocía la especial peligrosidad o penosidad de la actividad ejercida.

De hecho, algunas sentencias consideraron que la categoría «conductor de vagoneta automóvil de línea electrificada» era totalmente equiparable, en base a las funciones que la componen, a la de «conductor de máquina de tracción diésel» y a la de «operador de maquinaria de vía», ambas incluidas dentro de las categorías a las que la norma atribuye un coeficiente reductor del 0,10<sup>21</sup>.

En segundo lugar argumentaba esta corriente de la doctrina judicial que, si la finalidad de la norma no es otra que la de beneficiar a los trabajadores ferroviarios pertenecientes a grupos y actividades profesionales de naturaleza especialmente peligrosa o penosa, era evidente que las tareas de los «conductores de vagoneta automóvil de línea electrificada» encajaban en las que, por su peligrosidad, debían de beneficiarse de la aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación.

Y por último alegaba que, mantener una argumentación contraria, supondría un rigorismo excesivo que quedaría materializado, con apoyo en la literalidad del precepto discutido, en una injusta exclusión de funciones que representan una peligrosidad o

---

<sup>20</sup> SSTSJ de Cataluña, de 25 de noviembre de 2005 (Rec. 4412/2004), y de 28 de marzo de 2011 (Rec. 2157/2010); STSJ de Navarra, de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 158/2015), y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de diciembre de 2015 (Rec. 669/2015).

<sup>21</sup> STSJ de Cataluña, de 28 de marzo de 2011 (Rec. 2157/2010) y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de diciembre de 2015 (Rec. 669/2015).

penosidad análogas a las acogidas en las categorías profesionales expresamente definidas, colocando al colectivo afectado en una situación de desventaja no justificada desde la propia perspectiva protectora de la norma.

Sin embargo, en contra de atribuir el carácter de *numerus apertus* al art. 3.1 RD 2621/1986 –lo que permitiría hacerlo permeable a la consideración de funciones y condiciones similares a las recogidas como susceptibles de aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación– se pronunciaron posteriormente, entre otras, las SSTSJ de Madrid, de 23 de enero y de 14 de septiembre de 2015 (Rec. 824/2014 y 556/2015), de 7 de marzo de 2016 (Rec. 766/2015), de 21 de febrero de 2017 (Rec. 584/2016), y STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 7 junio 2017.

En particular, esta última corriente doctrinal ha venido sosteniendo que la asignación de coeficientes reductores no puede extenderse a otros grupos o categorías profesionales no incluidos expresamente en el art. 3.1 del RD 2621/1986, al tratarse de una lista cerrada y no abierta que impide entender comprendidas otras actividades o categorías distintas. Y ello, fundamentalmente, por cuanto no se puede desconocer:

De un lado, que tras la aprobación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, la introducción de nuevas categorías o actividades en el catálogo de las que dan derecho a una edad ordinaria de jubilación reducida, requeriría activar el procedimiento previsto a tal efecto en dicho Reglamento por quienes estuvieran legitimados para ello, sin que la empresa a nivel individual ni el trabajador puedan reclamar la ampliación de dichas actividades a fin obtener el beneficio de los coeficientes reductores.

Y de otro lado, que, conforme a ese procedimiento reglamentario, la obtención de esa especial protección por parte del sistema de Seguridad Social exigiría, en primer término, la concurrencia de determinadas circunstancias que permitan determinar la especial peligrosidad o penosidad de la actividad o categoría rebatida –tales como la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, la peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad, previo descarte de que sea posible modificar las condiciones de trabajo–, y, en segundo término, que se realizaran los ajustes necesarios en la cotización para garantizar la estabilidad y equilibrio financiero del sistema, sometiendo a empresa y trabajador a una cotización adicional mediante el establecimiento de un tipo de cotización (art. 8 RD 1698/2011).

Además, desmontando lo argumentado por la corriente jurisprudencial anterior, prosigue esta doctrina afirmando que tampoco el abono del «plus de peligrosidad» sería determinante a los efectos de calificar a una actividad como especialmente peligrosa. El hecho de percibir dicho plus, aunque permitiría otorgar a la actividad desempeñada la condición de trabajo peligroso, no sería suficiente para atribuir al trabajador la condición de beneficiario de coeficientes reductores de la edad de jubilación, al no pretender la norma que todos los trabajadores que perciban ese concepto retributivo vengan a estar incluidos en ese beneficio, a no ser que se demuestre la «especial» peligrosidad y penosidad de su actividad profesional en los términos del RD 1698/2011. De proceder de otra forma, insiste esta línea jurisprudencial, «se estaría usurpando la competencia que la Administración tiene al efecto,

no siendo las empresas las que deban calificar una actividad especialmente peligrosa con los efectos que la norma le atribuye cuando, a los efectos de acceso a la jubilación, ello atiende a criterios más generales, como la siniestralidad en el colectivo y excluyendo la posibilidad de modificar las condiciones de prestación de las mismas».

#### **4. LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR LA STS DE 21 JUNIO DE 2017 EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL ART. 3.1 DEL RD 2621/1986, DE 24 DICIEMBRE**

Acogiéndose a la última línea jurisprudencial seguida por los Tribunales Superiores de Justicia, la Sala de lo Social del TS decide estimar el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y revocar la STSJ de Navarra, de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 158/2015), desestimando la demanda por la que los tres trabajadores ferroviarios solicitaban el reconocimiento del derecho a beneficiarse de los coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación previstos en el art. 3.1 del RD 2621/1986, de 24 diciembre.

Para fundamentar tal resolución, la sentencia parte recordando que, en el plano estrictamente normativo, resulta obligado punto de partida atender, tanto a lo dispuesto por el art. 3.1 RD 2621/1986, de 24 de diciembre, que atribuye el cuestionado coeficiente reductor del 0,10 a las categorías profesionales que en él se enumeran, como a las previsiones contenidas en el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, mediante las que se articula el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

De modo que, sobre la base de este marco normativo, el Alto Tribunal extrae una serie de conclusiones que le llevan a rechazar una interpretación extensiva del precepto controvertido. Concretamente afirma:

- Que no cabe la menor duda de que el régimen de anticipación de la ordinaria edad de jubilación para determinados colectivos en razón a «actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa e insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad», ha de ser «rebajada por Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social» (art. 206 LGSS), tras el proceso administrativo detallado en el RD 1698/2011.

- Que el art. art. 3.1 del RD 2621/1986 integra un supuesto de índole excepcional y, como tal, debe regirse por la previsión contenida en el art. 4.2 del Código Civil, en la que literalmente se indica que «las leyes [...] excepcionales [...] no se aplicarán a supuestos [...] distintos de los comprendidos expresamente en ellas», tal y como para otras disposiciones, igualmente excepcionales, declararon las SSTs de 23 de julio de 1996 (Rec. 106/1996), de 7 de julio de 1997 (Rec. 3621/1996), de 10 de noviembre de 2004 (Rec. 5837/2003), y de 10 de junio de 2015 (Rec. 178/2014).

- Que es innegable que la concreta actividad profesional de «conductor de vagoneta automóvil» no se halla expresamente prevista en la larga relación de profesiones ferroviarias que enumera el art. 3.1 RD 2621/1986, y no menos evidente que la decisión recurrida del TSJ de Navarra desconoce la indicada previsión del art. 4.2 del Código Civil cuando atribuye el derecho reclamado (derecho a acceder a la jubilación ordinaria a una edad reducida)

basándose en que, la aplicación literal de aquel precepto reglamentario, goza de «rigorismo excesivo» porque los cometidos laborales de los trabajadores demandantes «guardan suficiente similitud» con otras referidas en tal norma y por ello merecen igual tratamiento.

- Y que, en todo caso, admitir que los trabajadores individuales puedan solicitar en vía judicial el reconocimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación para actividades no expresamente contemplada en el RD 2621/1986, so pretexto de identidades funcionales, similitudes o analogías (inviabiles, salvo el supuesto singular de «categorías extinguidas» a que se refiere la norma y que obviamente constituye la única fórmula abierta del precepto), supone: burlar el procedimiento legalmente establecido; desconocer la legitimación correspondiente a las organizaciones sindicales más representativas; y, en definitiva, prescindir de la potestad –exclusivamente administrativa– para declarar el derecho. Un indebido defecto que, como concluye el TS, cabe predicar de la sentencia recurrida y revocada en la presente sentencia.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque el acceso a la pensión de jubilación ordinaria a una edad reducida, es una posibilidad legal que los trabajadores ferroviarios ya tenían reconocida a raíz del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, no es hasta la fecha que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de resolver –a través de su Sentencia de 21 junio de 2017– un conflicto derivado de la aplicación e interpretación del concreto precepto que dicho reglamento destina a regular este derecho –art. 3.1 RD 2621/1986–.

La controversia fue suscitada por varios conductores de vagoneta automóvil de línea electrificada, al reclamar que se les aplicara el coeficiente reductor de la edad de jubilación del 0,10 previsto por la norma mencionada. Pero al no tratarse de una de las categorías profesionales a las que el propio precepto atribuye expresamente este beneficio social, el TS resuelve rechazar tal pretensión con una férrea y contundente argumentación de la que cabría destacar los siguientes aspectos.

El primero de ellos está relacionado con la posición formalista que adopta el Alto Tribunal cuando decide recurrir a la literalidad de la norma, como criterio hermenéutico para su aplicación, y descartar cualquier interpretación finalista que le permita incluir en su radio de acción otras situaciones sustancialmente similares a las que ella expresamente prevé. Ni la naturaleza penosa y peligrosa de la actividad, ni el percibo del plus de peligrosidad, ni el hecho de tratarse de categorías con idénticas funciones (y requerimientos formativos) a las de las categorías reconocidas por el art. 3.1 RD 2621/1986, son indicadores lo suficientemente decisivos como para considerar razonable extender la protección que en él se dispensa –a través de la aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación– a nuevos grupos o colectivos de trabajadores no mencionados por el mismo.

Otro aspecto a destacar, en conexión con lo anterior, es la alusión que realiza el TS al RD 1698/2011, de 18 de noviembre (cuyo contenido se reproduce sucintamente en la sentencia), al objeto de recordar que, la aplicación del derecho a una edad ordinaria de jubilación rebajada a colectivos distintos a los que ya lo tuvieran reconocido, sólo sería viable través del procedimiento administrativo articulado a tal efecto en dicho Reglamento. Lo que lleva a entender –a tenor de lo estipulado en la referida norma reglamentaria– que,

dentro del marco normativo actual, la extensión a nuevos colectivos de este beneficio –destinado a compensar el mayor esfuerzo físico/psíquico y el consiguiente deterioro acelerado que conlleva el desempeño de ciertas actividades– estará en todo caso condicionado, en primer lugar, a la imposibilidad de modificar en el grupo profesional o sector de que se trate las condiciones de trabajo a fin de reducir sus niveles de morbilidad o siniestralidad, y, en última instancia, a la decisión que finalmente adopte la Administración Laboral dentro del amplio margen de discrecionalidad que comporta tener en cuenta criterios economicistas como el relacionado con la viabilidad financiera de la medida.

En cualquier caso, es indudable que esta reticencia del TS a admitir una interpretación extensiva del art. 3.1 RD 2621/1986, en aras a ampliar el ámbito aplicativo de la jubilación ordinaria a edad reducida a otras categorías profesionales ferroviarias, se encuentra en completa consonancia con las tendencias político-legislativa que en materia de pensiones imperan desde hace décadas en los países europeos, consistentes en estimular la prolongación de la vida laboral activa y reducir las vías de acceso anticipado a la pensión de jubilación.

Y como última apreciación a realizar cabría igualmente resaltar que, a pesar de que la sentencia analizada guarde silencio al respecto, no es la primera vez que el TS rechaza una aplicación analógica de la institución de la jubilación a edad reducida. Así lo demuestra en su Sentencia de 21 de enero de 1998 (Rec. 6004/1993), dictada a colación del recurso interpuesto por un grupo de trabajadores que solicitaban que se les reconociera el derecho a un coeficiente reductor en la edad de jubilación, alegando que habían desempeñado puestos de especial peligrosidad, penosidad y toxicidad en un central nuclear y que, por tal motivo, se daban circunstancias análogas a las propias de los trabajadores del mar y los trabajadores de la minería (quienes formalmente sí tenían reconocido este beneficio). Pretensión que no fue acogida por el Tribunal aduciendo:

- Como razón de entrada, al hecho de que la legislación no reconociera expresamente el derecho pretendido a los trabajadores de centrales nucleares. Y es que, según advertía la sentencia, esta consideración debía realizarse «sin entrar en el tema de que sea o no de justicia material el reconocimiento de tal derecho a los titulares de ciertos puestos de trabajo en las centrales nucleares», toda vez que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales no debían versar sobre cuestiones de política legislativa.

- Y como razón principal, a la imposibilidad de considerar vulnerado –como los recurrentes afirmaban– el principio de igual de trato del art. 14 CE; pues entendía la sentencia que, en el desempeño de los trabajos en centrales nucleares, no concurrían unas circunstancias que fueran iguales u homogéneas a las propias de las labores realizadas por los trabajadores del mar o de la minería, y que, por consiguiente, no existía la base indispensable para que se aplicara el principio de igualdad, al no poder invocarse con fundamento cuando se refiere a situaciones desiguales.

Criterio este último que, de ser trasladado a la sentencia tomada como referencia en el presente comentario (STS de 21 junio de 2017), podría poner en cuestionamiento la validez de la decisión finalmente adoptada por el Tribunal ante la mayor igualdad que, en este caso, si parecían presentar (como quedó acreditado) tanto las funciones que componían las categorías profesionales contrastadas como las circunstancias o condiciones en las que las mismas se desempeñaban dentro del mismo sector profesional.

## La privación de la licencia para conducir taxi como presupuesto para la calificación de Incapacidad Permanente ¿es posible?

### The deprivation of taxi driving license as a budget for the designation of Permanent Disability. Is it possible?

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

PROFESOR (ACREDITADO A TITULAR) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID (UDIMA)

#### Resumen

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2017 analiza, por una parte, la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social para resolver sobre la existencia de una Incapacidad Permanente. Por otra, el valor de las declaraciones administrativas de ineptitud para ejercer determinadas profesiones. Bajo este contexto, este estudio analiza dicho fallo para determinar si es posible la privación de licencia para conducir taxi como presupuesto para la calificación de Incapacidad Permanente. En el que se adelanta que aquel Instituto debe ponderar las declaraciones administrativas; sin embargo, no le obliga a reconocer de manera automática la existencia de una incapacidad permanente.

#### Abstract

The Supreme Court Judgment of September 28, 2017 analyzes, on the one hand, the competence of the National Institute of Social Security to resolve on the existence of a Permanent Disability. On the other hand, the value of administrative declarations of ineptitude to practice certain professions. In this context, this study analyzes this ruling to determine if it is possible to deprive a taxi driving license as a budget for the Permanent Disability designation. However, in which it is anticipated that the Institute must analyze the administrative declarations; it is non-binding to automatically recognize the existence of a permanent disability.

#### Palabras clave

Incapacidad Permanente; licencia; taxi; conducción; declaraciones administrativas

#### Keywords

Permanent disability; license; taxi; driving; administrative declarations

## 1. INCAPACIDAD PERMANENTE

Antes de analizar la sentencia del Alto Tribunal, conviene hacer una referencia general sobre la Incapacidad Permanente (IP). La IP es aquella situación en la que el trabajador, 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 de trabajar. Empero, 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<sup>1</sup>.

Dicho en otros términos, la IP es una prestación económica que, en su modalidad contributiva, trata de cubrir la pérdida de rentas salariales o profesionales que sufre una

<sup>1</sup> MINISTERIO DE EMPLEO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Guía Laboral - Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social, en [http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia\\_14/contenidos/guia\\_14\\_29\\_7.htm](http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_7.htm)

persona, cuando estando afectada por un proceso patológico o traumático derivado de una enfermedad o accidente, ve reducida o anulada su capacidad laboral de forma presumiblemente definitiva. Las prestaciones, a que dan lugar los diferentes grados de incapacidad, están incluidas dentro de la acción protectora del Régimen General y de los Regímenes Especiales, con las particularidades y salvedades que, en cada caso, se indican en el respectivo Régimen. Junto a ellas, pervive la pensión de invalidez del Pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

En cuanto a los grados de discapacidad, están en función de las reducciones anatómicas o funcionales sufridas por los trabajadores, siempre que disminuyan o anulen su capacidad laboral:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: Es aquella incapacidad que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en el rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual: Es aquella incapacidad que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión siempre que pueda dedicarse a otra distinta.
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo: Es aquella que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
- Gran invalidez: La situación de un trabajador afectado de incapacidad permanente que, a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer y análogos.

## 2. LOS HECHOS

La cuestión que se plantea, en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2017 (JUR/2017/264465), consiste en determinar si corresponde en exclusiva al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), mediante los órganos reglamentariamente establecidos, por una parte, declarar la situación de IP para el ejercicio de la profesión habitual; o, por otra, si la denegación de un permiso o licencia habilitante para la conducción conlleva, de manera automática, la declaración de la IP de la persona afectada para el ejercicio de la conducción de taxi.

Para una mejor comprensión de la sentencia hay que señalar los siguientes hechos probados:

- La trabajadora, que es taxista, se encuentra afiliada a la Seguridad Social, bajo el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA).
- El INSS deniega a la trabajadora estar incurso en situación de IP.
- En la resolución del INSS se hace constar que el cuadro clínico residual de la trabajadora consistía en mareos inespecíficos (descartado vértigo ORL y patología cardíaca) xeroftalmia + Anti RO +, a valorar síndrome Sjogren u otra enfermedad reumatológica, fibromialgia, incidentaloma hipofisario Vs quiste de

la pars intermedia, con funcihipofisaria basal normal, enfermedad tiroidea autoinmune, con normofunción tiroidea<sup>2</sup>.

- La trabajadora al conducir su taxi, sufre de manera brusca un mareo, sin síncope, que le obliga a parar el vehículo.
- Con posterioridad el cuadro se fue repitiendo dos o tres veces al día, con intervalos breves de duración.
- Se descarta origen otorrinolaringológico cardiaco.
- La trabajadora estuvo en situación de Incapacidad Temporal (IT) por 15 meses y diez días.
- La trabajadora padece síndrome de ojo seco por síndrome de Sjogren, que se confirma mediante biopsia salival, polialtralgias derivadas de fibromialgia (10 puntos de fibrositis) trastorno adaptativo ansioso-depresivo reactivo. Sigue tratamiento con Serc y. Triptyzol, realiza fisioterapia. Persiste ánimo bajo y visión negativa de su vida, con sentimiento de desesperanza.
- La trabajadora con certificado médico negativo del Centro médico psicotécnico del Taxi de Madrid, solicita ante el Ministerio del Interior, Dirección General de Tráfico la prórroga de vigencia de los permisos de conducción B y BTP. Por resolución se le declara apta para el permiso B y se incoa procedimiento para la declaración de pérdida de vigencia del permiso-BIT, acordando la suspensión cautelar del mismo.
- La trabajadora solicita la obligada revisión del permiso municipal de conductor de autotaxi, presentando un certificado médico oficial que reza lo siguiente: «La conductora está diagnosticada de síndrome de Sjogren 1º con xerofialmia y test de Shirmer patológico, Anti Ro positivo, biopsia de glándula positiva. Histológicamente atrofia atinar y esclerosis periductal focal así como un infiltrado linfocitario con más de un foco, con más de 50 linfocitos, es decir siloadenitis linfocitaria. Siendo INCOMPATIBLE dicha patología con la práctica del ejercicio profesional de taxista. Por otra parte la conductora esta diagnosticada de un Trastorno 4daptativo de tipo depresivo que ha brotado como consecuencia de las dificultades que le presenta en su vida diaria su enfermedad. Para esto último recibe tratamiento combinado de terapia psicológica y psiquiátrica con su correspondiente tratamiento psicofarmacológico. Por resolución (...) se le denegó la revisión por no cumplir los requisitos establecidos en el art. 29.2 a) y b) de la ordenanza reguladora del taxi».
- El INSS le deniega de nuevo la incapacidad, tras un proceso de IT que duró casi seis meses.
- El Juzgado de lo Social deniega la IP solicitada.
- Interpuesto recurso de suplicación contra, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dicta sentencia estimando el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, revocando la resolución judicial recurrida y, con estimación de la demanda declarando que la trabajadora se encuentra afecta de una IPT para su profesión habitual de conductora de taxi –de su propiedad– por enfermedad común.

---

<sup>2</sup> Reseñando el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades.

### 3. LA SENTENCIA RECURRIDA

Una vez puesto en precedente los hechos probados, se debe analizar el contenido de la sentencia recurrida; es decir, la STSJ de Madrid, de 16 de octubre de 2015 (núm. 780/2015). Bajo este contexto, la Sala de suplicación recalca, por una parte, que la autoridad administrativa de transporte de viajeros adopta su decisión incapacitante conforme el cuadro de dolencias residuales que aquejan a la trabajadora. Los informes médicos, examinando la repercusión funcional de las dolencias, manifiestan que aquella no reúne la aptitud psicofísica necesaria para continuar ejerciendo su profesión habitual de conductora de taxi.

Bajo estas circunstancias, la resolución dictada por la Dirección General de Gestión y Vigilancia de la Circulación del Ayuntamiento de Madrid deniega el permiso municipal de conductora de autotaxi bajo la licencia de que era titular; excluyendo de la valoración que efectúa la consideración de encuadramiento en el RETA, afirmando que no puede imponerse la contratación de trabajadores por cuenta ajena para mantener la licencia.

Por otra, subraya, a su vez, que la irreprochabilidad de la actuación de la trabajadora al hacer valer la realidad de su estado físico a consecuencia de la renovación del permiso de conducir que le habilita para la conducción del taxi, independientemente de que fuere de su propiedad. Por lo que manifiesta, finalmente, que la trabajadora se encontraba afectada de una IPT para la repetida profesión habitual.

### 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### 4.1. Recurso de Casación

Fijado los hechos fundamentales del supuesto en cuestión, se pasará a analizar la sentencia del Tribunal Supremo (núm. 735/2017) de 28 de septiembre de 2017 (JUR/2017/264465). En cuanto al recurso de casación el INSS denuncia infracción del art. 137.4<sup>3</sup> 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 (LGSS)<sup>4</sup> en relación con el art. 143<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 137.4 LGSS: «Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta».

En cuanto a la interpretación del apartado sexto del art. 137, Vid. STS de 16 de diciembre de 2013 (6645/2013, núm. de Recurso 96/2013).

<sup>4</sup> BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994.

<sup>5</sup> Art. 143 LGSS: «1. Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección.

2. Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

No obstante lo anterior, si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución.

(...)

Aquel órgano administrativo sustenta que la competencia para la declaración y calificación de la IP corresponde, en todo caso, a los órganos que la tienen establecida. Por tanto, los informes médicos que acuerdan la anulación del permiso administrativo para ejercer la profesión habitual por falta de aptitud psico-física no impone, de modo alguno, la concesión de la IPT; sino que forman un dato más a valorar por, un lado, los órganos administrativos competentes, y, por otro, los judiciales, en su caso.

Bajo este contexto, el Ministerio Fiscal en su Informe manifiesta la claridad del contenido del art. 143 de la LGSS, cuando en su primer apartado señala que le «corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección».

En el recurso se invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura de 26 de junio de 2002 (núm. recurso 307/2002). En este caso, la profesión habitual del beneficiario era, de igual manera, la de taxista por cuenta propia. Había recaído resolución del INSS denegatoria de la calificación de incapacidad permanente y la Dirección Provincial de Tráfico le había revocado el permiso necesario para la conducción del taxi. La sentencia desestima el motivo en cuanto a la incidencia de las lesiones del trabajador en el ejercicio de las tareas fundamentales de dicha profesión y no alcanzaba la conclusión automática de declaración de IPT para la misma profesión de conductor de taxi, cuando órganos administrativos (Dirección Provincial de Tráfico y centro médico autorizado) deniegan el permiso o su prórroga.

Dicho en otros términos, la sentencia señala que la calificación y declaración de la IP compete, en primer lugar, a las entidades gestoras de la Seguridad social. En segundo lugar, a los Tribunales. Destacando, en todo caso, que de asimilarse la privación del permiso de los conductores profesionales a la declaración de IPT, se dejaría ésta en manos, no ya de una instancia administrativa, sino del propio interesado.

La sentencia que se recurre manifiesta que en vista de que la Dirección General de Gestión y Vigilancia de la Circulación del Ayuntamiento de Madrid dictó resolución denegando el permiso municipal de conductora de taxi bajo licencia de la que era titular,

---

Las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad a que se refiere el primer párrafo de este número.

3. Las disposiciones que desarrollen la presente Ley regularán el procedimiento de revisión y la odificación y transformación de las prestaciones económicas que se hubiesen reconocido al trabajador, así como los derechos y obligaciones que a consecuencia de dichos cambios correspondan a las entidades gestoras o colaboradoras y servicios comunes que tengan a su cargo tales prestaciones.

Cuando, como consecuencia de revisiones por mejoría del estado invalidante profesional proceda reintegrar, parcialmente o en su totalidad, la parte no consumida de los capitales coste constituidos por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o por las empresas que hubieran sido declaradas responsables de su ingreso, este último no tendrá la consideración de ingreso indebido, a los efectos previstos en los apartados 1 y 3 del artículo 23 de esta Ley, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

4. Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo».

debe reconocerse a la trabajadora en situación de IPT, entendiendo que es la autoridad administrativa competente para ello, a consecuencia de los diversos informes médicos que obran en su poder. A la vista del cuadro de dolencias residuales de las que sufre aquella y su consiguiente repercusión funcional, concluye que no reúne la aptitud psico-física necesaria para continuar ejercicio como conductora de taxi, que es su profesión habitual.

Empero, la sentencia de contraste argumenta que no procede un reconocimiento automático de la situación de IPT, dado que se estaría dejando en manos de una autoridad administrativa ajena al orden social el reconocimiento de una incapacidad laboral; más cuando la misma emitirá su decisión en atención a pruebas cuyo resultado depende, en muchas ocasiones, de la voluntad de la persona examinada.

El Alto Tribunal, bajo estas circunstancias, tiene que determinar si, en orden a la calificación de una IPT para la profesión habitual en materia de prestaciones de Seguridad Social, la pérdida o revocación administrativa del permiso o licencia habilitante para la trabajadora debe conllevar, de manera forzosa, el reconocimiento de dicha situación. En el que adelanta que la respuesta negativa conlleva a sostener que las entidades gestoras de la Seguridad Social tienen un margen de discrecionalidad en la apreciación de la existencia de capacidad laboral para el desempeño de las fundamentales tareas de la profesión correspondiente.

#### **4.2. Legislación estudiada**

La sentencia del Tribunal Supremo señala los preceptos principales aplicables, y cuya infracción denuncia el recurso de casación. En este sentido, el art. 137 de la LGSS, en la redacción otorgada por Ley 24/1997 de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social<sup>6</sup>, clasifica los grados de la situación de incapacidad en los siguientes: a) Incapacidad permanente parcial, b) Incapacidad permanente total, c) Incapacidad permanente absoluta, d) Gran invalidez. La IPT para la profesión habitual, que es la que interesa al objeto de este comentario, se define, como ya se ha adelantado, como aquella que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas para dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

El art. 143 de la LGSS, sobre calificación y revisión, disponía en su apartado primero lo que: «Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección. (...)».

La anteriormente señalado es la redacción dada a dicho precepto por el artículo 34 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>7</sup>, por la que se atribuye al INSS, en todas las fases del procedimiento y mediante los órganos que reglamentariamente se establezcan, las competencias para declarar la situación de IP, a los efectos de reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas.

---

<sup>6</sup> BOE núm. 169, de 16 de julio de 1997.

<sup>7</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1994. La redacción actual se localiza en el artículo 200.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

El Alto Tribunal recuerda que el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio llevó a efecto el desarrollo, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>8</sup>; en el que se destaca, en su primer artículo, en cuanto a las competencias del INNS en materia de incapacidades laborales, que «será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate:

- a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma.
- b) Verificar la existencia de lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a que se refiere el artículo 150 de la Ley General de la Seguridad Social, y reconocer el derecho a las indemnizaciones correspondientes.
- c) Resolver sobre la prórroga del período de observación médica en enfermedades profesionales y reconocer el derecho al subsidio correspondiente.
- d) Determinar, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten procedentes en materia de incapacidades laborales y lesiones permanentes no invalidantes.
- e) Declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.
- f) Evaluar la incapacidad para el trabajo a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario del derecho a las prestaciones económicas por muerte y supervivencia, así como de las prestaciones por invalidez del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).
- g) Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez.
- h) Cuantas otras funciones y competencias le estén atribuidas por la legislación vigente en materias análogas a las enumeradas en los apartados anteriores, en cuanto Entidad gestora de la Seguridad Social, y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendada.

2. Para el ejercicio de las facultades señaladas en el apartado 1 anterior serán competentes los Directores provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la provincia en que tenga su domicilio el interesado».

---

<sup>8</sup> BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1995.

El punto que más interesa al objeto del análisis de la sentencia es el 1.1; es decir, al INNS le corresponde «evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma».

En este sentido, el Alto Tribunal en otras sentencias ha señalado que le corresponde al INNS la competencia para determinar la contingencia (enfermedad común o accidente de trabajo) inicialmente declarada accidente de trabajo por la mutua patronal y que ulteriormente ha dado lugar a una nueva baja por los servicios médicos de la Seguridad Social como si fuera por enfermedad común<sup>9</sup>.

De igual manera, que el trabajador está legitimado ante el INSS para promover la instrucción del correspondiente expediente para la determinación de la contingencia. Cuando reaparecen las molestias tras un alta de los servicios médicos de la mutua, los facultativos de los Servicios Públicos de Salud no solo pueden, sino que deben extender la oportuna baja, si el beneficiario de la Seguridad Social reúne los requisitos del art. 128.1 LGSS (necesidad de asistencia sanitaria y estar impedido para el trabajo)<sup>10</sup>.

#### 4.3. Criterio del Alto Tribunal

El Tribunal Supremo adelanta, como ya se ha señalado, la expresa atribución competencial que el legislador establece en favor del INSS a la institución en comento. Por consiguiente, es a aquella entidad gestora a quien el legislador le atribuye, cualquiera que sea la gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate, la competencia para evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer, por una parte, el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por IP, en sus diferentes grados. Por otra, determinar las contingencias causantes de la misma.

Por ello el art. 143 de la LGSS es determinante al establecer que le corresponde al INSS la declaración de si existe una IP, mediante los órganos que de manera reglamentaria se establezcan, y en todas las fases del procedimiento. Corresponde, por tanto, «de una atribución exclusiva, que se aparta de aquellos otros supuestos en los que la voluntad legislativa –siguiendo una interpretación sistemática– ha sido, por ejemplo, la de abrir paso a los organismos autonómicos gestores de las prestaciones sociales no contributivas, atribuyéndoles la competencia para declarar el grado de discapacidad de una persona en su vertiente de necesidad de asistencia de tercero».

Empero, en ciertas actividades o profesiones tituladas concurre una intervención o control administrativo para su desempeño. «Quienes desean desarrollar tareas profesionales (por cuenta propia o por cuenta ajena) precisan de unos títulos, permisos o licencias sin cuya posesión resulta legalmente imposible hacerlo; es frecuente también que normas administrativas, o incluso penales, contemplen severas sanciones a quienes infringen tales exigencias», según la sentencia que se comenta.

---

<sup>9</sup> STS de 20 de enero de 2009.

<sup>10</sup> STS de 26 de septiembre de 2007.

En este sentido, el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores<sup>11</sup>, señala, según su Preámbulo, que el Título I «regula las autorizaciones administrativas para conducir, recoge las normas generales y condiciones para el otorgamiento, validez, vigencia y prórroga de las mismas y regula con especial minuciosidad las causas que pueden dar lugar a la declaración de pérdida de vigencia de tales autorizaciones, cuando se constata la pérdida de los requisitos exigidos para su otorgamiento o de la totalidad del crédito de puntos que un conductor tenga asignado. Regula, además, con suficiente nitidez todo lo relativo a los permisos expedidos en otros Estados miembros de la Unión Europea o que formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con estricta sujeción a las normas comunitarias y a los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas de 9 de septiembre de 2004, así como los requisitos para la validez en España de los permisos expedidos en terceros países. Mejora la regulación de la autorización especial para conducir los vehículos destinados al transporte de mercancías peligrosas, ajustando ésta a las nuevas disposiciones del Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR). Por otra parte, se suprime la autorización especial para conducir vehículos que realicen transporte escolar o de menores, por cuanto se impone como un requisito que dificulta el acceso a esta actividad pero sin que contribuya a aumentar la seguridad vial con respecto a las demás autorizaciones para conducir».

El criterio de la sentencia recurrida puede resumirse, según el Alto Tribunal, «afirmando que si administrativamente ya no puede desarrollarse una profesión (porque así lo determina la autoridad sectorialmente competente) debe reconocerse necesariamente la existencia de una IPT». Por consiguiente, «se trata de una conclusión lógica y socialmente razonable. Sin embargo, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico no asume esa automaticidad en el acceso a la condición pensionista de IPT cuando ya no puede ejercerse la profesión habitual. El expuesto marco normativo muestra cómo la decisión por órganos administrativos sobre la vigencia, renovación o extinción de autorizaciones para la conducción (o en supuestos análogos como pudiera ser la supervisión de las licencias de vuelo, necesarias para el desempeño de la profesión habitual de tripulante de cabina de pasajeros), no podemos entender que absorba o neutralice la competencia de la entidad gestora para el reconocimiento de una situación de IPT y las prestaciones de la modalidad contributiva».

La resolución del órgano administrativo (INSS) no aparece como un acto debido del que pueda emitir el órgano sectorial que conoce sobre las licencias para conducir vehículos. Resulta «evidente que ese dato debe ser ponderado, al igual que el resto de los que consten en el expediente tramitado, pero concederle valor determinante comportaría contradecir el mandato de la LGSS y trasladar a un tercero la facultad de decidir sobre la existencia de una IPT».

La atribución de la competencia al INSS, según la sentencia en cuestión, «susceptible de revisión en sede judicial, no excluye la posibilidad de valorar las decisiones adoptadas por los órganos administrativos correspondientes. Antes al contrario, constituyen un elemento importante en la adopción de la decisión pertinente, elemento que habrá de conjugarse con los restantes obrantes en el expediente de declaración en situación de IPT, y así el Dictamen del EVI o, en su caso, el del Médico Forense. La conexión o articulación del esquema competencial de la

---

<sup>11</sup> BOE núm. 138, de 8 de junio de 2009.

legislación de Seguridad Social en esta materia, habrá de efectuarse por esta vía, y no por la de la automaticidad en el reconocimiento que se infiere de la resolución recurrida.

La falta de aptitud física o psíquica declarada administrativamente resultará así relevante, pero necesariamente incardinada en el sistema de reconocimiento ya repetido, máxime en casos como el que tratamos, la normativa de cobertura establece la posibilidad de obtención de un nuevo permiso municipal, circunstancia cuya incidencia en una situación prestacional que correlativamente hubiera sido declarada de forma automática, sería de difícil articulación, carente de certidumbre e insegura en su proyección temporal».

Por tanto, aceptar lo contrario para el Tribunal Supremo, supone «la innegable dispersión que implica la multiplicidad de órganos administrativos que eventualmente pueden intervenir en la decisión y control de permisos y licencias habilitantes para ejercitar otras tantas profesiones, e igualmente resultaría erradicada una intervención eventualmente fraudulenta de los interesados en aras de la concesión automática de la situación de IPT. Sin embargo, ninguna de ellas es decisiva para la solución a que hemos accedido puesto que se trata, más bien, de ventajas de que el régimen legal esté diseñado del modo expuesto». Por consecuencia, finalmente, la pérdida o revocación administrativa del permiso o licencia habilitante de la profesión de conductor no conlleva el reconocimiento automático de la situación de IPT.

## 5. CONCLUSIONES

Como conclusiones más significativas del comentario de la sentencia, se señala que la decisión por los órganos administrativos sobre la vigencia, renovación o extinción de autorizaciones para la conducción —o en supuestos análogos como pudiera ser la supervisión de las licencias de vuelo, necesarias para el desempeño de la profesión habitual de tripulante de cabina de pasajeros—, no absorbe ni neutraliza la competencia de la entidad gestora para el reconocimiento de una situación de IPT y las prestaciones de la modalidad contributiva.

La resolución del INSS no aparece como un acto debido o ancilar del que pueda emitir el órgano sectorial que conoce sobre las licencias para conducir vehículos. Es evidente, por tanto, que ese dato debe ser ponderado, al igual que el resto de los que consten en el expediente tramitado, pero concederle valor determinante comportaría contradecir el mandato de la LGSS y trasladar a un tercero la facultad de decidir sobre la existencia de una IPT.

En términos similares el Alto Tribunal, se ha pronunciado en diferentes supuestos, al señalar que el INSS es competente para calificar el origen de la incapacidad, aun cuando su cobertura corresponda a una mutua; ya que lo contrario implicaría otorgar a la entidad gestora, mutuas patronales y empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario cuando todas ellas se negaran a asumir la responsabilidad por una contingencia<sup>12</sup>. Es decir, que la determinación de la contingencia, común o laboral, corresponde al INSS y no a las mutuas, aunque tengan atribuido el reconocimiento del derecho a las prestaciones<sup>13</sup>. En el mismo sentido, la jurisprudencia

---

<sup>12</sup> STS de 30 de mayo de 2007.

<sup>13</sup> STS de 18 de abril de 2007.

menor ha señalado que es al INSS, y no a la mutua, es la entidad a la que corresponde declarar la contingencia profesional (o común) de la incapacidad permanente de trabajador<sup>14</sup>.

Por último, resulta importante señalar, por una parte, que el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta no ha entrado a valorar si las dolencias de la trabajadora son constitutivas de una IPT, sino, al contrario, solo se ha delimitado a determinar si el INSS viene obligado a reconocer esa condición como consecuencia de que ha sido privada de la licencia que le permite actuar como taxista. Por otra, queda fuera del Alto Tribunal discutir la suerte que haya podido seguir la situación de la trabajadora respecto de su licencia para conducir taxis.

---

<sup>14</sup> STSJ de Madrid, de 15 de septiembre de 2006.



## La carencia de rentas como requisito de acceso al subsidio por desempleo. Comentario a la STS 3704/2017

### The lack of income as a requirement to receive the unemployment benefit. Commentary to STS 3704/2017

SALVADOR PERÁN QUESADA

*PROFESOR CONTRATADO DOCTOR ACREDITADO*

*COORDINADOR OBSERVATORIO JURÍDICO LABORAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO*

*UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

#### Resumen

Para acceder al subsidio por desempleo es necesario acreditar, como requisito necesario, tener ingresos, en cómputo mensual e independientemente de su naturaleza, inferiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias. Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 va a venir a eliminar la referencia concreta a la disponibilidad de los bienes, derechos y rendimientos de las rentas, lo que en la práctica significa que las rentas se computarán exclusivamente por su rendimiento íntegro o bruto. El presente litigio plantea el modo en que deben ser computadas dichas rentas para un subsidio reconocido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2010. El Tribunal Supremo entiende en esta sentencia que, dado que la propia Ley 39/2010 no establece efecto retroactivo alguno, y que se debe atender al principio general por el que las normas aplicables son las vigentes en el momento de del hecho causante, los cómputos de rentas de la unidad familiar deberán efectuarse, para este supuesto, conforme al módulo de ingresos netos para todo el periodo de disfrute de la prestación.

#### Abstract

To receive the unemployment benefit, it is necessary to have an income, monthly and regardless of its nature, below 75% of the minimum inter-professional salary, excluding the proportional part of the two extraordinary payments. Law 39/2010, 22 December, on General State Budget for 2011, will eliminate the concrete reference to the availability of goods, rights and income returns, so, effectively, income will be exclusively calculated by its full yield.

This law suit contemplates how these incomes should be counted to achieve a previously acknowledged subsidy at the entry into force of the Law 39/2010.

The Supreme Court understands that, since Law 39/2010 does not establish any retroactive effect, and the general principle by which the applicable standards are valid at the time of the causal event should be taken into account, the income counts of the family unit should be executed, in this case, according to the net income module for the whole duration of the social security benefit receipt.

#### Palabras clave

Subsidio por desempleo; carencia de rentas; computo

#### Keywords

Unemployment benefit; lack of income; income counts

### 1. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

La Dirección Provincial de Madrid del Servicio Público de Empleo solicitó la devolución de un subsidio por desempleo, entendiéndose que se había percibido indebidamente, ya que, a su juicio, no se materializaban los requisitos de responsabilidades familiares y carencias de rentas, ya que la renta mensual de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componían era superior al 75 % del SMI. La actora había percibido por esta circunstancia 6995,89 € correspondientes al periodo comprendido entre el

24 de enero de 2009 y el 8 de octubre de 2012. La unidad de convivencia en el periodo reclamado estaba formada por ocho miembros, su esposo y seis hijos, dos de ellos nacidos de una anterior relación de la demandante y el marido de la actora percibía en 2009 un salario anual de 47.565,51 €, siendo el SMI aplicable de 624 € para el año 2009, 633 € para el 2010, 641,40 € para el 2011 y 641,40 € en 2012.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social nº 7 de Madrid, en sus autos nº 628/2013, declaró el derecho de la demandante a percibir la prestación de subsidio por desempleo hasta la fecha del 31 de diciembre de 2010 en la cuantía de 3.832 euros, debiendo devolver la suma de 3.165 euros correspondientes a lo percibido desde el 1 de enero de 2011 hasta el 8 de octubre de 2012. De modo coincidente, la Sala del TSJ de Madrid (en su STSJM 208/2015), va a anular parcialmente la resolución administrativa del SPEE, declarando el derecho de la demandante a percibir la prestación de subsidio por desempleo que solicitó el mes de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre del 2010 en la cuantía de 3.832 euros, debiendo devolver la suma de 3.165 euros que percibió desde el 1 de enero de 2011.

La Sala llega a esta conclusión incorporando su propia doctrina (STSJM 654/2014) que entendía que debían computarse las rentas netas para la concreción de la carencia de rentas como base para este subsidio. El problema radica en que desde el 1 de enero de 2011 va a entrar en vigor la reforma de la LGSS operada por la Ley 39/2010, por la que desde esa fecha solo podrán computarse ingresos brutos o íntegros, y no los netos, a efectos de determinar la carencia de rentas. Durante el periodo anterior a 2011 el salario neto anual del marido era de 38.772,28 €, que, dividida entre los ocho miembros de la unidad familiar, arrojan un importe de 4.784,03 € que es inferior al 75% del SMI para el año 2009 que era de 5.616 €, siendo superior al límite del SMI en cómputo bruto. De este modo, la Sala considera que ha de aplicarse la reforma mencionada, por lo que a partir del 1 de enero de 2011 deben computarse los ingresos brutos, y al superarse el máximo legal de ingresos deben devolverse lo percibido por desempleo a partir de esa fecha.

La actora recurre en casación unificadora al entender que, si a la fecha de reconocimiento del subsidio no debían computarse los ingresos brutos, no puede luego cambiarse de criterio con la entrada en vigor a la reforma legal citada. El Tribunal Supremo va a dar la razón a la actora, al entender que si esta modificación –que establece que el cómputo de rentas se efectúe conforme a los ingresos brutos– entró en vigor el 1 de enero de 2011, dado que el reconocimiento del subsidio de desempleo de la demandante se produjo el 23 de enero de 2009, dicha modificación no le es aplicable, dado que no estamos ante normas concurrentes sino ante regulaciones sucesivas, que no llegan a colisionar entre sí.

De este modo el Tribunal Supremo entiende que la ley aplicable será una u otra, y dado que la propia Ley 39/2010 no establece efecto retroactivo alguno y en todo caso debe atenderse al principio general por el que las normas aplicables son las vigentes en el momento de del hecho causante, no procede el reintegro de cantidad alguna derivada de dicho derecho. Así, los cálculos de rentas de la unidad familiar deberán efectuarse, para este supuesto, conforme al módulo de ingresos netos para todo el periodo de disfrute de la prestación, y, consecuentemente, no ha lugar a la anulación parcial de la resolución administrativa de 27 de noviembre de 2013, que declaró indebida la percepción del subsidio de desempleo de la demandante, ni que se deba devolver cantidad alguna del subsidio de desempleo percibido durante el período de 24 de enero de 2009 al 8 de octubre de 2012.

## 2. LA CARENCIA DE RENTAS COMO REQUISITO PARA EL ACCESO AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO

El subsidio de desempleo es una prestación asistencial, que como es sabido, no carece de rasgos de contributividad. El artículo 274.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece como requisitos de derecho necesario para acceder a este nivel de protección social, en primer lugar, ser desempleado y demandante de empleo que no haya rechazado oferta de empleo adecuada o negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, en segundo lugar, acreditar carencias de rentas en los términos establecidos en la LGSS y, en tercer lugar, encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares.
- b) Haber agotado la prestación por desempleo, carecer de responsabilidades familiares pero ser mayor de cuarenta y cinco años de edad.
- c) Ser trabajador español emigrante retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, y acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo.
- d) Haber sido declarado plenamente capaz o incapacitado en el grado de incapacidad permanente parcial, como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de incapacidad en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Junto a estas circunstancias, también podrán ser beneficiarios aquellos trabajadores que se hallen en situación legal de desempleo y no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el período mínimo de cotización, pero que hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares, o hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares.

El requisito de carencia de rentas va a quedar concretado en un criterio objetivo de naturaleza delimitadora consistente en que el beneficiario no podrá superar un determinado umbral de rentas. De este modo, para acceder a dicho subsidio deberán tenerse ingresos, en cómputo mensual e independientemente de su naturaleza, inferiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias.

Pero si bien este criterio incorpora un marco de certidumbre, es necesario ahora concretar el modo en que las rentas deben ser computadas, Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 va a venir a eliminar la referencia concreta a la disponibilidad de los bienes, derechos y rendimientos de las rentas, lo que en la práctica significa que las rentas se computarán exclusivamente por su rendimiento íntegro o

bruto, tal y como determina el literal de la norma. Por su parte, y de modo consecuente, las rentas que procedan de actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computarán por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención. En el caso de trabajadores mayores de cincuenta y cinco años que tengan derecho al subsidio previsto en el artículo 274.4 LGSS, se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional.

Por tanto, se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquier bien, derecho o rendimiento derivado del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de la actividad económica o prestacional, así como las rentas de las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas.

De este modo, se considera renta la cantidad bruta obtenida como salario por la realización de un trabajo por cuenta ajena –incluida el prorrateo de las pagas extraordinarias–, sin considerar los descuentos de Seguridad Social ni las retenciones a cuenta del IRPF. Este criterio de rentas brutas es igualmente aplicable al resto de rentas computables –pensiones, alquiler de un inmueble, rendimiento de acciones u otros bienes muebles, etc.–. En todo caso, van a quedar excluidas las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo, el importe correspondiente a la indemnización legal por la extinción del contrato de trabajo, con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica o el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social, así como aquellas cantidades que efectivamente no hayan sido cobradas (STJA 29,3,1996), los beneficios sociales que no constituyan rentas periódicas y carezcan de naturaleza salarial (STS 1726/2004), o las compensaciones de gastos (STS 2377/2002), teniendo en cuenta la reforma realizada por la Disposición Final Tercera del Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, en cuanto a los conceptos computables en la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social se refiere.

### **3. EL LÍMITE A LA RETROACTIVIDAD DE NORMAS QUE AFECTEN DERECHOS INDIVIDUALES**

El Artículo 9.3 CE incorpora una garantía democrática que dispone *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*. Principio de legalidad que pretende impedir que las leyes tipifiquen infracciones o sanciones para hechos cometidos antes de su vigencia, pero también que el legislador pueda establecer restricciones de *derechos individuales* para circunstancias acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de una norma, lo que frena la lesión a derechos adquiridos pero no a las simples expectativas de disfrute de dichos derechos.

Desde la perspectiva Constitucional, lo que se prohíbe en ese artículo es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos en el supuesto de que experimenten alguna vulneración

(STC 42/1986; STC 65/1987). De este modo, las normas futuras no podrán afectar derechos consolidados, ni privar – como este caso – a beneficiarios de prestaciones ya devengadas (STC 65/1987).

El Tribunal Constitucional (STC 6/1983) va a distinguir entre retroactividad de grado máximo – cuando se aplica la nueva norma a una situación creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no – situaciones que tienen el mayor grado de protección, retroactividad de grado medio – cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados y retroactividad de grado mínimo – cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro, aunque la relación haya surgido conforme a la anterior norma –.

Debe, a su vez, tenerse en cuenta lo dispuesto en las distintas disposiciones transitorias en relación al concreto marco aplicativo para estas situaciones respetando el principio de irretroactividad en los términos antes citados. De este modo, las disposiciones transitorias pueden mantener la aplicación a supuestos de hecho anteriores a la vigencia de la nueva norma, manteniendo el antiguo régimen, establecer un régimen especial para los supuestos comprendidos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, o pueden regular el régimen jurídico que rijan durante la “vacatio legis” de la norma, si la hubiera.

#### **4. BREVE REFLEXIÓN FINAL. EL SUBSIDIO DE DESEMPLEO COMO EXPRESIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN ANTE LOS ESTADOS DE NECESIDAD**

Nuestro sistema constitucional otorga un particular régimen jurídico a un derecho tan relevante como es el de la protección social frente a la carencia de empleo. Como es sabido, se encuadra dentro del conjunto de derechos constitucionales de configuración legal, lo que no implica una carencia absoluta de fuerza normativa práctica del precepto constitucional, aunque sea a través de la técnica débil derivada de su naturaleza como principio rector de la política social y económica regulados en el capítulo III del título I de la CE.

El artículo 41 CE encarga al Estado un programa normativo que deberá ser desarrollado por la vía de la legislación ordinaria y que se concreta en la obligación de desarrollar y conservar un régimen de Seguridad Social público, dirigido a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos y especialmente, ante situaciones de necesidad derivadas del desempleo.

Si bien la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional niega la existencia de un modelo concreto y cerrado de Seguridad Social y remarcan su carencia de la especial protección que gozan los derechos fundamentales, las normas ordinarias que lo desarrollen deberán respetar, en todo caso, su contenido esencial, que a criterio del Tribunal Constitucional será aquel conjunto de facultades o posibilidades de acción necesarias para que dicho derecho sea reconocible, incorporando aquella tutela necesaria para que los *intereses jurídicamente protegibles resulten real y efectivamente protegidos* (STC 11/1981). Ciertamente, el cuadro de derechos contenidos en el artículo 41 de la CE es un *minimum garantizado*, que el legislador a impulsos de la política jurídica o política social puede concretar (STC 103/1983). La Seguridad Social se ha convertido en una auténtica función del Estado, lo que supone apartarse parcialmente de concepciones anteriores de la Seguridad

Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias, sin que ello signifique en absoluto, que tal protección deba ser otorgada exclusivamente ante situaciones de necesidad.

De este modo, aun manteniéndose las principales características del modelo contributivo, y en base al tenor del mandato constitucional anteriormente citado y de los principios básicos de nuestro modelo de previsión social de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad contenidos en el artículo 2.1 LGSS, las prestaciones de la Seguridad Social, no se presentan – y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas – como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que este se configura como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca.

La Constitución, pues, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes. Como consecuencia, – y aun cuando en un sistema parcialmente de tipo contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones – las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, tales situaciones habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987).

El problema radica en la falta de garantía a una protección adecuada y suficiente, para cada situación de necesidad. El artículo 41 CE remarca la falta de empleo como la circunstancia especialmente sensible, lo que no impide una concreción normativa de su protección cada vez más restrictiva. El subsidio por desempleo requiere de un grado de contributividad que le aleja del mandato constitucional de protección ante la carencia de ingresos por falta de empleo, la continua disminución de su marco de protección no deja de agudizar la desesperanza de aquellos ciudadanos que se hallan sin empleo ni protección social.

Respecto a la sentencia, obviamente, los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares deberán concurrir en tres momentos distintos, en primer lugar, en el momento del hecho causante y, en segundo lugar, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y, en tercer lugar, durante todo el periodo de disfrute del mencionado subsidio, lo que resulta más discutible es que por la vía de la reforma operada por la Ley 39/2010 puedan verse afectados derechos consolidados a una prestación ya devengada (STC 65/1987), especialmente cuando esta norma no establece marco retroactivo alguno, debiendo por tanto aplicarse el criterio de que la norma aplicable es la vigente en el momento del hecho causante y de la solicitud del subsidio.

Derecho  
comparado y  
Derecho  
Extranjero en  
Seguridad  
Social y  
materias  
conexas

LABORUM



## El Régimen Jurídico de la Incapacidad Permanente en el Derecho Portugués de la Seguridad Social

### The Legal Regime of Permanent Disability in Portuguese Social Security Law

MÁRIO SILVEIRO DE BARROS

DOCTOR INTERNACIONAL EN DERECHO

ABOGADO Y PROFESOR DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LISBOA

#### Resumen

El régimen jurídico de la incapacidad permanente en Portugal presenta una dualidad entre el régimen de protección de riesgos comunes y el régimen de protección de riesgos profesionales. Esa dualidad se presenta desde luego en las normas reguladoras constitucionales y en las normas legales que han desarrollado esas previsiones constitucionales, que son, de un lado, normas de seguridad social en sentido estricto, y de otro, normas de desarrollo del código del trabajo. En Portugal, la protección de la incapacidad permanente, si derivada de riesgos comunes (en su terminología jurídica, «invalidez») presenta similitudes y diferencias con la derivada de riesgos profesionales (denominada «incapacidad») en términos conceptuales de la contingencia, de definición de grados, prestaciones, procedimiento para la declaración de la incapacidad y otorgamiento de las prestaciones, así como respecto al contencioso jurisdiccional.

#### Abstract

The legal regime of permanent disability in Portugal presents a duality between the common risk protection regime and the professional risk protection regime. This dualism is immediately foreseen in the constitutional and legal rules and norms that have been developed by those constitutional provisions which are, on the one hand, the social security standards strictly speaking, and on the other hand, the provisions for the development of the labour code. In Portugal, the protection for permanent disability, if caused by common risks, it presents similarities and differences with the one resultant from occupational risks in conceptual terms of the contingency, definition of degrees, benefits, procedure for the declaration of disability and granting of benefits, as well as regarding the jurisdictional litigation.

#### Palabras clave

Incapacidad permanente; Invalidez; Accidente de trabajo; Derecho comparado; Portugal

#### Keywords

Permanent disability; Incapacity; Occupational accident; Comparative law; Portugal

## 1. LAS FUENTES NORMATIVAS REGULADORAS, CONSTITUCIONALES Y ORDINARIAS

1. La vigente Constitución portuguesa de 1976 se refiere al tema de que trata este trabajo en dos de sus preceptos, sentando así las bases del régimen jurídico de la incapacidad permanente en el ordenamiento portugués. El primer precepto constitucional es el artículo 63, apartado 3 (cuya redacción vigente procede de la enmienda operada en el mismo, en 1997)<sup>1</sup>, según el cual «El sistema de seguridad social protege a los ciudadanos ante la enfermedad, vejez, invalidez, viudedad y orfandad, así como ante el desempleo y todas las

<sup>1</sup> Al respecto, véase artículo 36 de la Ley Constitucional núm. 1/97, de 20 septiembre, que aprueba la cuarta revisión constitucional.

demás situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo<sup>2</sup> [*O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*]. El segundo precepto constitucional relevante, siempre a nuestros concretos efectos, es el artículo 59, apartado 1, letra f) (añadido a la Constitución en la recién citada reforma constitucional de la misma, en 1997)<sup>3</sup>, a cuyo tenor «Todos los trabajadores, sin distinción de edad, sexo, raza, ciudadanía, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, tienen derecho ... A asistencia y justa reparación, en cuanto que víctimas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional<sup>4</sup> [*Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito ... A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional*]<sup>5</sup>. Como se ve, se trata de una referencia expresa a nuestro concreto tema («invalidez»), en el primer caso, mientras que la referencia es sólo implícita en el segundo. De todas formas, esta dualidad de preceptos constitucionales refleja una dualidad de regímenes protectores de la incapacidad permanente –tan típicamente portuguesa, y tan contrastante con lo que sucede en otros ordenamientos significativos europeos de seguridad social, incluido el español–, cuyo análisis constituye la estructura del presente trabajo.

2. En desarrollo de estas previsiones constitucionales, se promulgó la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, que aprueba las bases generales del sistema de seguridad social (*aprova as bases gerais do sistema de segurança social*)<sup>6</sup>, que viene a ser algo así como el *pendant* del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el vigente texto refundido de la Ley General española de Seguridad Social. Dicha norma portuguesa está estructurada alrededor de tres pilares, afirmando al respecto la propia norma que «El sistema de seguridad social comprende el sistema de protección social de ciudadanía, el sistema de previsión y el sistema complementario [*O sistema de segurança social abrange o sistema de protecção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar*]<sup>7</sup>. Lógicamente, el único de estos tres pilares que nos interesa considerar es el segundo, equivalente a lo que con terminología española podría denominarse seguridad social «contributiva» (los otros dos se refieren, respectivamente, siempre con terminología española, a la seguridad social «no contributiva» y a la seguridad social «complementaria»),

<sup>2</sup> Sobre el artículo 63, en la doctrina constitucional portuguesa, véase MIRANDA, J. y MEDEIROS R., *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005), pp. 631 y ss.; y GOMES CANOTILHO, J.J. y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4ª ed. revisada, Coimbra Editora (Coimbra, 2007), pp. 811 y ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*, artículo 33.

<sup>4</sup> Con respecto al artículo 59, véase MIRANDA, J. y MEDEIROS R., *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., pp. 593 y ss.; y GOMES CANOTILHO, J.J. y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp. 767 y ss.; MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 15ª ed. Almedina (Coimbra, 2010), pp. 65 y ss; JOÃO ABRANTES, J., «Os Direitos dos Trabalhadores na Constituição», en *Direito do Trabalho - Ensaios*, Edições Cosmos (Lisboa, 1995), pp. 39 y ss.

<sup>5</sup> Manifestando su sorpresa por el hecho de que la versión originaria de la Constitución portuguesa no mencionase los accidentes de trabajo, véase ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, 8ª ed, Almedina (Coimbra, 2017), p. 844.

<sup>6</sup> Entre los pocos estudios en Portugal sobre la Ley de bases generales del sistema de seguridad social, véase las anotaciones de APELLES CONCEIÇÃO, *Legislação da Segurança Social*, 6ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), pp. 37 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. artículo 23.

resultando clave en ese segundo pilar su artículo 52 (rotulado «Ámbito material [*Âmbito material*])). De acuerdo con dicho precepto, ciñendo su tenor a lo que únicamente nos interesa considerar aquí, «La protección social regulada en el presente capítulo integra las siguientes contingencias [*A protecção social regulada no presente capítulo integra as seguintes eventualidades*]», entre otras, la de los «accidentes de trabajo y enfermedades profesionales»<sup>8</sup>, y la de la «invalidez»<sup>9</sup>.

3. De acuerdo con la Constitución portuguesa, la recién citada Ley núm. 4/2007 es una Ley que posee «valor reforzado»<sup>10</sup>, lo que explica que el desarrollo de la misma se produzca por medio de otras normas o de actos del ejecutivo con fuerza de ley, resultando inequívoco –siempre a nuestros concretos efectos– la cita de las dos normas siguientes. En primer lugar, el Decreto-ley núm. 187/2007, de 10 mayo, que regula conjuntamente las contingencias y prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, la cual ha sido posteriormente desarrollada por normas específicas, a las que aludiremos luego. En segundo lugar, la Ley 98/2009, de 4 septiembre, que contiene el régimen jurídico de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluidas las contingencias y prestaciones por incapacidad permanente, la cual constituye sólo un desarrollo meramente formal de la citada Ley de bases generales del sistema de seguridad social, pues materialmente –como explicaremos con más detalle luego– lo que desarrolla es el vigente Código portugués del Trabajo de 2009. En cualquier caso, esta dualidad normativa a nivel de legislación ordinaria refleja perfectamente la dualidad de regímenes protectores de la incapacidad permanente contributiva esbozada en la Constitución portuguesa, a que antes hicimos referencia. Veremos incluso inmediatamente que esta dualidad está marcada por una terminología jurídica muy precisa, igualmente diversa, pues en el ordenamiento jurídico portugués la expresión «invalidez» se refiere a la incapacidad permanente contributiva derivada de riesgos comunes, mientras que la palabra «incapacidad» alude, por su parte, a la incapacidad permanente contributiva derivada de riesgos profesionales.

## 2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE («*INVALIDEZ*») DERIVADA DE RIESGOS COMUNES

4. Según el citado Decreto-ley núm. 187/2007<sup>11</sup>, la incapacidad permanente derivada de riesgos comunes (recuérdese, «invalidez») es «toda situación incapacitante de origen no profesional determinante de incapacidad física, sensorial o mental permanente para el trabajo [*toda a situação incapacitante de causa não profissional determinante de incapacidade física, sensorial ou mental permanente para o trabalho*]]<sup>12</sup>, teniendo en cuenta que «la incapacidad para el trabajo es permanente cuando haya que presumir que el beneficiario no

<sup>8</sup> Apartado 1, letra d).

<sup>9</sup> Apartado 1, letra e).

<sup>10</sup> Véase el artículo 112, apartado 3, de la Constitución portuguesa, a cuyo tenor «Tienen valor reforzado, además de las leyes orgánicas, las leyes que carecen de aprobación por mayoría de dos tercios, así como aquéllas que, en virtud de la Constitución, sean presupuesto normativo necesario de otras leyes o que deban ser respetadas por otras [*Têm valor reforçado, além das leis orgánicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas*]]».

<sup>11</sup> Sobre esta ley, con un análisis más técnico-práctico, véase APÉLLES CONCEIÇÃO, *Segurança Social*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2014), pp. 306 y ss.; y *Legislação da Segurança Social*, cit., pp. 405 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. artículo 2, apartado 1.

recupera, dentro de los tres años subsiguientes, la capacidad de percibir en el desempeño de su profesión más del 50 % de la retribución correspondiente [*a incapacidade para o trabalho é permanente quando seja de presumir que o beneficiário não recupera, dentro dos três anos subsequentes, a capacidade de auferir no desempenho da sua profissão mais de 50% da retribuição correspondente*]<sup>13</sup>. Esta misma norma también regula los grados correspondientes a la contingencia en cuestión, los cuales son formalmente dos, afirmando a este respecto –sobre la base de que «la invalidez puede ser relativa o absoluta»<sup>14</sup>– lo siguiente: 1) que la primera es equivalente a lo que en España se denomina incapacidad permanente parcial, pues «se considera en situación de invalidez relativa el beneficiario que, como consecuencia de la incapacidad permanente, no pueda percibir en su profesión más de un tercio de la remuneración correspondiente a su ejercicio normal [*considera-se em situação de invalidez relativa o beneficiário que, em consequência de incapacidade permanente, não possa auferir na sua profissão mais de um terço da remuneração correspondente ao seu exercício normal*]<sup>15</sup>; y 2) que la segunda es equivalente a lo que en España se denomina incapacidad permanente absoluta, pues «se considera en situación de invalidez absoluta el beneficiario que se encuentre en una situación de incapacidad permanente y definitiva para todo y cualquier trabajo o profesión [*considera-se em situação de invalidez absoluta o beneficiário que se encontre numa situação de incapacidade permanente e definitiva para toda e qualquer profissão ou trabalho*]<sup>16</sup>. Desde un punto de vista doctrinal, esta regulación resulta criticable, pues cabe hablar de un tercer grado de la incapacidad permanente derivada de riesgos comunes, pero que posee una regulación asistemática, pues aparece tratado en una norma distinta. Esta otra norma es el Decreto-ley 265/1999, de 14 julio, que procede a la creación de una nueva prestación destinada a complementar la protección concedida a los pensionistas de invalidez, jubilación y supervivencia de los regímenes de seguridad social en situación de dependencia, en la que se afirma que «Están comprendidos en la presente norma los pensionistas de invalidez ... que se encuentren en situación de dependencia [*São abrangidos pelo presente diploma os pensionistas de invalidez ... que se encontrem em situação de dependência*]<sup>17</sup>. Según dicha norma, este nuevo y tercer grado asistemático de la incapacidad permanente derivada de riesgos comunes, viene a equivaler a lo que en España se conoce con el nombre de gran invalidez, dado que se encuentran en esta «situación de dependencia las personas que no puedan realizar con autonomía los actos indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la vida cotidiana, careciendo de la asistencia de otro [*situação de dependência os indivíduos que não possam praticar com autonomia os actos indispensáveis à satisfação das necessidades básicas da vida quotidiana, carecendo da assistência de outrem*]<sup>18</sup>, teniendo en cuenta que este tercer grado asistemático aparece subdividido en otros dos subgrados<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Cf. artículo 14, apartado 2.

<sup>14</sup> Cf. artículo 13.

<sup>15</sup> Cf. artículo 14, apartado 1.

<sup>16</sup> Cf. artículo 15, apartado 1.

<sup>17</sup> Cf. artículo 2, apartado 1. Sobre el tema, véase SILVEIRO DE BARROS, M., «La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de Derecho comparado, comunitario europeo e internacional», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12 (2017), págs. 203 y ss.

<sup>18</sup> Cf. artículo 14, apartado 1. La propia norma precisa que «Se consideran actos indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la vida cotidiana, señaladamente, los relativos a la realización de los servicios domésticos, la locomoción y cuidados de higiene [*Consideram-se actos indispensáveis à satisfação*

(...)

5. El Decreto-ley núm. 187/1987 regula asimismo las prestaciones correspondientes a la contingencia en cuestión. Centrándose en los dos grados de la misma que procede a regular, indica que «la protección en las contingencias de invalidez y jubilación se asegura a través del otorgamiento de prestaciones pecuniarias mensuales, denominadas pensión de incapacidad permanente y pensión de jubilación [*a protecção nas eventualidades invalidez e velhice é assegurada através da atribuição de prestações pecuniárias mensais, denominadas pensão de invalidez e pensão de velhice*]]<sup>20</sup>, teniendo en cuenta lo siguiente: 1) que la pensión se calcula con arreglo a una fórmula matemática muy compleja, que es común para la incapacidad permanente y la jubilación<sup>21</sup>; 2) que a los pensionistas de incapacidad permanente relativa «se les garantiza un valor mínimo de pensión variable en función del número de años civiles con registro de remuneraciones relevantes a efectos del porcentaje de formación de la pensión [*é garantido um valor mínimo de pensão variável em função do número de anos civis com registo de remunerações relevantes para efeitos da taxa de formação da pensão*]]<sup>22</sup>; y 3) que a los pensionistas de incapacidad permanente absoluta «se les garantiza un valor mínimo de pensión igual al valor mínimo de pensión de incapacidad permanente relativa y de jubilación correspondiente a una carrera contributiva de 40 años [*é garantido um valor mínimo de pensão igual ao valor mínimo de pensão de invalidez relativa e de velhice correspondente a uma carreira contributiva de 40 anos*]]<sup>23</sup>. Por su parte, el citado Decreto-ley núm. 265/1999 regula la prestación económica asignada al tercer grado de la contingencia extravagante, de que antes hice mención, afirmando que «Los montantes de la prestación están vinculados al importe legalmente fijado para la pensión social de invalidez ... del régimen no contributivo y varían, escalonados de acuerdo con el grado de dependencia [*Os montantes da prestação são indexados ao valor legalmente fixado para a pensão social de invalidez ... do regime não contributivo e variam, escalonados de acordo com o grau de dependência*]]<sup>24</sup>, teniendo en cuenta —en relación con los «pensionistas del régimen general de seguridad social»— que dicho escalonamiento varía entre el «50 % del montante de la pensión social», para el caso de la «situación de dependencia del 1º grado»<sup>25</sup>, y el «90 % del mismo valor», para el caso de la «situación de dependencia del 2º grado»<sup>26</sup>.

6. El régimen jurídico a que acabo de referirme podría y debería considerarse el régimen general de la contingencia de incapacidad permanente derivada de riesgos comunes, pues hay que tener en cuenta la promulgación en Portugal de la Ley 90/2009, de 31 agosto, reguladora del «régimen especial de protección en la invalidez»<sup>27</sup>. Se trata de un régimen

---

*das necessidades básicas da vida quotidiana, nomeadamente, os relativos à realização dos serviços domésticos, à locomoção e cuidados de higiene]*» (*ibidem*, apartado 2).

<sup>19</sup> Respectivamente relativos a las «personas que no puedan realizar, con autonomía, los actos indispensables para la satisfacción de necesidades básicas de la vida cotidiana, señaladamente actos relativos a la alimentación o locomoción o cuidados de higiene personal» (esto es, el denominado «1º grado»), y a las «personas que acumulen las situaciones de dependencia que caracterizan el 1º grado y se encuentren encamados o presenten cuadros de demencia grave» (esto es, el denominado «2º grado»).

<sup>20</sup> Cfr. artículo 4.

<sup>21</sup> Cfr. artículos 26 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. artículo 44, apartado 1.

<sup>23</sup> Cfr. artículo 45, apartado 1.

<sup>24</sup> Cfr. artículo 7, apartado 1.

<sup>25</sup> *Ibidem*, letra a).

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Con respecto a este régimen especial, véase APÉLLES CONCEIÇÃO, *Segurança Social*, cit., pp. 316 y ss.; y *Legislação da Segurança Social*, cit., pp. 445 y ss.

especial, por causa del concreto riesgo común originador de la contingencia, afirmando a este respecto la norma que «La presente ley comprende los beneficiarios de los regímenes de protección social ... que se encuentren en situación de incapacidad permanente para el trabajo, en los términos previstos en el ... Decreto-ley núm. 187/2007 ..., y con pronóstico de evolución rápida hacia una situación de pérdida de autonomía con impacto negativo en la profesión ejercida por ellos originada por paramiloidosis familiar, enfermedad de Machado-Joseph, VIH/sida, esclerosis múltiple, enfermedad de tipo oncológico, esclerosis lateral amiotrófica, enfermedad de Parkinson, enfermedad de Alzheimer y enfermedades raras»<sup>28</sup>, teniendo en cuenta que «también están comprendidos los beneficiarios que se encuentren en situación de incapacidad permanente para el trabajo, en los términos previstos en el ... Decreto-ley núm. 187/2007, derivada de otras enfermedades de causa no profesional o de responsabilidad de tercero, de aparición súbita o precoz que evolucionan rápidamente hacia una situación de pérdida de autonomía con impacto negativo en la profesión ejercida por ellos»<sup>29</sup>. Comprensiblemente, este régimen especial resulta más favorable para el beneficiario que el régimen general, tanto desde el punto de vista de la cotización exigible al mismo como desde el punto de vista prestacional. Desde el primer punto de vista, porque el período de cotización exigible es más reducido, indicando a este respecto la norma que «el período de carencia [*prazo de garantia*] para la concesión de la pensión de invalidez prevista en la presente Ley ... es de tres años civiles»<sup>30</sup>, frente a los cinco años exigibles en la hipótesis del régimen general<sup>31</sup>. Desde el punto de vista prestacional, porque las prestaciones asignadas al beneficiario son tendencialmente superiores a las que otorga el régimen general, conteniendo incluso la Ley núm. 90/2009 una cláusula de garantía, a cuyo tenor «lo dispuesto en los números anteriores no perjudica la posibilidad de aplicación de las reglas de cálculo previstas en el artículo 32 del Decreto-ley núm. 187/2007, de 10 mayo, si fuese más favorable»<sup>32</sup>.

7. El Decreto-ley núm. 187/2007 no es sólo una norma sustantiva, sino también una norma adjetiva de seguridad social, pues regula todo lo relativo al procedimiento para la declaración de que existe la contingencia y para el otorgamiento de las prestaciones correspondientes, en el Capítulo VIII de la misma, que comprende una pluralidad de preceptos agrupados en tres secciones (respectivamente relativas a «Gestión de las pensiones [*Gestão das pensões*]»<sup>33</sup>, «Organización de los procesos [*Organização dos processos*]»,<sup>34</sup> y «Concesión y pago de las pensiones [*Atribuição e pagamento das pensões*]»<sup>35</sup>). Parte esencial de este procedimiento administrativo especial, aunque regulada en el Decreto-ley núm. 187/2007 al margen de dicho Capítulo VIII, es el tema pericial médico de la «comprobación de las incapacidades permanentes [*verificação das incapacidades permanentes*]»<sup>36</sup>, presidido por la regla general de que «La incapacidad permanente para el trabajo es evaluada en función de las funcionalidades físicas, sensoriales y mentales, del estado general, de la edad, de las aptitudes profesionales y de la capacidad de trabajo residual de los beneficiarios [*A incapacidade permanente para o trabalho é avaliada em função das*

<sup>28</sup> Cfr. artículo 2, apartado 1.

<sup>29</sup> *Ibidem*, apartado 2.

<sup>30</sup> Cfr. artículo 4, apartado 1.

<sup>31</sup> Cfr. artículo 16, apartado 1, del Decreto-ley núm. 187/2007.

<sup>32</sup> Cfr. artículo 5, apartado 3.

<sup>33</sup> Cfr. artículo 75.

<sup>34</sup> Cfr. artículos 76 a 86.

<sup>35</sup> Cfr. artículos 87 a 91.

<sup>36</sup> Se trata del rólulo del Capítulo VI, que incluye los artículos 64 a 66.

*funcionalidades físicas, sensoriais e mentais, do estado geral, da idade, das aptidões profissionais e da capacidade de trabalho remanescente dos beneficiários]*<sup>37</sup>, aunque teniendo en cuenta: 1) que «la comprobación de la incapacidad para la concesión de las pensiones de invalidez se realiza por los centros de distrito de la seguridad social en el ámbito del sistema de comprobación de incapacidades»<sup>38</sup>; 2) que «constituyen órganos especializados del sistema de comprobación de incapacidades las comisiones de comprobación, las comisiones de recurso y los médicos ponentes»<sup>39</sup>; y 3) que «la ley define la estructura, las competencias y el régimen de funcionamiento del sistema de comprobación de incapacidades»<sup>40</sup>. La «ley» a que remiten estos preceptos es el Decreto-ley núm. 360/1997, de 17 diciembre, que define en el ámbito de la seguridad social el sistema de comprobación de incapacidades.

8. En cuanto al tema jurisdiccional, el Decreto-ley núm. 187/2007 calla sobre el mismo, aunque la citada Ley núm. 4/2007, de bases generales del sistema de seguridad social, afirma que «las acciones y omisiones de la Administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa en los términos del Código de Proceso ante los tribunales contencioso-administrativos [*as acções e omissões da administração no âmbito do sistema de segurança social são susceptíveis de reacção contenciosa nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*]<sup>41</sup>. Por supuesto, existe jurisprudencia de dichos tribunales interpretando y aplicando el régimen jurídico de la incapacidad permanente derivada de riesgos comunes, aunque no se trate de jurisprudencia abundante. Entre la casuística judicial sobre el tema, me han parecido especialmente relevantes las tres siguientes Sentencias (*Acordãos*): 1) una Sentencia del Supremo Tribunal Administrativo de 28 octubre 2009<sup>42</sup>, relativa a la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente parcial derivada de riesgos comunes y el subsidio de desempleo parcial; 2) una Sentencia del Supremo Tribunal Administrativo de 30 mayo 2013<sup>43</sup>, relativa a que el pago de la pensión, en caso de que haya un tercero responsable del accidente común con deber de indemnizar a la víctima, se pospone hasta que la cuantía de la pensión iguale la cuantía de la indemnización percibida, siempre y cuando esta última indemnice la pérdida de capacidad de trabajo<sup>44</sup>; y 3) una Sentencia del Tribunal Central Administrativo Sur de 24 abril 2014<sup>45</sup>, relativa al período de cotización y fórmula de cálculo de la pensión, en la hipótesis de pensiones «unificadas», esto es, en el caso de haberse cotizado tanto al régimen especial de seguridad social de funcionarios públicos, como al régimen general de seguridad social.

<sup>37</sup> Cfr. artículo 65.

<sup>38</sup> Cfr. artículo 64, apartado 1.

<sup>39</sup> *Ibidem*, apartado 2.

<sup>40</sup> *Ibidem*, apartado 3.

<sup>41</sup> Cfr. artículo 77. Sobre el tema, véase SILVEIRO DE BARROS, M., Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 137-138.

<sup>42</sup> Ponente Alberto Augusto OLIVEIRA, núm. de recurso 535/09, localizable gratuitamente (al igual que toda la jurisprudencia portuguesa) en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>43</sup> Ponente Pais BORGES, núm. de recurso 355/13.

<sup>44</sup> Todo ello, interpretando y aplicando el artículo 6 del Decreto-ley núm. 187/2007.

<sup>45</sup> Ponente Sofia DAVID, núm. de recurso 7983/11.

### 3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE («*INCAPACIDADE*») DERIVADA DE RIESGOS PROFESIONALES

9. Una peculiaridad importante del ordenamiento jurídico portugués, si examinado desde un punto de vista comparatista, es la relativa a que el régimen jurídico de los riesgos profesionales se consideró siempre materia laboral, pero no materia de seguridad social en sentido estricto<sup>46</sup>, pesando también lo suyo en esta calificación el hecho de que el aseguramiento obligatorio del accidente de trabajo siga siendo en Portugal un aseguramiento de carácter privado (en consecuencia, una situación parecida a la existente en España antes de la implantación, en 1967, del sistema español de seguridad social)<sup>47</sup>. Recuérdese que la Constitución portuguesa de 1976 no se refería expresamente a la protección de los trabajadores por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aunque poco más de veinte años después de haber sido promulgada se enmendó –ya lo dijimos–, a efectos de colmar tal laguna. Y al calor de esta enmienda constitucional, se promulgó la Ley núm. 100/1997, de 13 septiembre, que aprueba el nuevo régimen jurídico de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>48</sup>. En sustancia, una parte del contenido de esta Ley se incorporó luego en la primera codificación portuguesa del Derecho del Trabajo de 2003, aunque sin proceder a derogarla formalmente. Y tras la derogación de la codificación de 2003 por el vigente Código del Trabajo de 2009, nos encontramos ya en presencia de las normas actualmente aplicables sobre el tema. Aparte la telegráfica alusión al asunto contenida en la Ley núm. 4/2007, de bases generales del sistema de seguridad social –a que antes hicimos referencia–, esta regulación está integrada, en lo esencial, por el artículo 284 del Código del Trabajo, a cuyo tenor «lo dispuesto en este capítulo [sobre “Prevención y reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”] se regula en legislación específica». Esta última está representada por la ya citada Ley núm. 98/2009, que contiene el régimen jurídico de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluidas las contingencias y prestaciones por incapacidad permanente.

10. Según la Ley núm. 98/2009, «el accidente de trabajo puede determinar incapacidad temporal o permanente para el trabajo [*o acidente de trabalho pode determinar*

<sup>46</sup> En la doctrina portuguesa, sobre el tema de accidentes de trabajo, véase ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, cit. pp. 839 y ss.; *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2013), pp. 620 y ss.; JÚLIO GOMES, *Acidente de Trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora (Coimbra, 2013), *passim*; PALMA RAMALHO, R., *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, Almedina (Coimbra, 2016), pp. 861 y ss.; y MENEZES LEITÃO, L., *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina (Coimbra, 2016), pp. 401 y ss.

<sup>47</sup> Al respecto, véanse artículos 79 y ss. de la citada Ley núm. 98/2009. Desde un punto de vista doctrinal sobre el seguro de accidentes de trabajo, además de la citada doctrina sobre accidentes de trabajo, véase ALMEIDA PIRES, F., *Seguro de Acidentes de Trabalho*, Lex (Lisboa, 1999) y COSTA OLIVEIRA, A. «Nota sobre a evolução recente do seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem – ou das vantagens das “relações de família” », en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2013, nº 1/3, pp. 121 y ss. Indicando que se previó la integración de los accidentes de trabajo en el sistema de seguridad social en 1984, aunque dicha integración nunca fue concretada por el legislador, véase PALMA RAMALHO, R., *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., pp. 868-869; y MENEZES LEITÃO, L., *Direito do Trabalho*, cit., p. 405.

<sup>48</sup> Con referencia histórica a los trabajos doctrinales sobre accidentes de trabajo, de principios del siglo XX en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, de los Profesores FERNANDO EMYGIDIO DA SILVA, *Acidentes de Trabalho*, Lisboa, 1913 y BARBOSA DE MAGALHÃES, J.M., *Seguro contra Acidentes de Trabalho, da responsabilidade civil pelos accidentes de trabalho e da sua efetivação pelo seguro*, Lisboa, 1913, véase ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, cit., p. 840.

*incapacidade temporária ou permanente para o trabalho*]]<sup>49</sup>, teniendo en cuenta que «la incapacidad temporal puede ser parcial o absoluta [*a incapacidade temporária pode ser parcial ou absoluta*]]<sup>50</sup>, y –con un parecido mucho mayor a lo que sucede en el Derecho español de Seguridad Social– que cabe aquí la posible existencia de tres grados de la incapacidad permanente<sup>51</sup>, pues «la incapacidad permanente puede ser parcial, absoluta para el trabajo habitual o absoluta para todo y cualquier trabajo [*a incapacidade permanente pode ser parcial, absoluta para o trabalho habitual ou absoluta para todo e qualquer trabalho*]]<sup>52</sup>. Sobre estos tres grados, la Ley núm. 98/2009 afirma, con carácter general, que «El grado de incapacidad resultante del accidente se define, en todos los casos, por coeficientes expresados en porcentajes y determinados en función de la naturaleza y de la gravedad de la lesión, del estado general del siniestrado, de su edad y profesión, así como de la mayor o menor capacidad funcional residual para el ejercicio de otra profesión compatible y de las demás circunstancias que puedan influir en su capacidad de trabajo o de ganancia [*O grau de incapacidade resultante do acidente define-se, em todos os casos, por coeficientes expressos em percentagens e determinados em função da natureza e da gravidade da lesão, do estado geral do sinistrado, da sua idade e profissão, bem como da maior ou menor capacidade funcional residual para o exercício de outra profissão compatível e das demais circunstâncias que possam influir na sua capacidade de trabalho ou de ganho*]]<sup>53</sup>. Ahora bien, por puro paralelismo con lo que sucede en la hipótesis de la incapacidad permanente derivada de riesgos comunes, también cabe hablar aquí de la existencia de un grado ulterior asistemático (en consecuencia, un cuarto grado de la incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales, de nuevo equivalente al grado español de la gran invalidez), afirmando a este respecto la propia Ley núm. 98/2009 que «la prestación complementaria de la pensión se destina a compensar los encargos para la asistencia de tercera persona en relación con la situación de dependencia en que se encuentra o se vaya a encontrar el accidentado por incapacidad permanente para el trabajo, como consecuencia de lesión resultante del accidente»<sup>54</sup>, aunque teniendo en cuenta que «la concesión de la prestación complementaria depende de si el accidentado no puede, por sí mismo, satisfacer sus necesidades básicas diarias, careciendo de asistencia permanente de tercera persona»<sup>55</sup>, y que «el familiar del accidentado que le preste asistencia permanente se equipara a tercera persona»<sup>56</sup>.

11. Siempre según la Ley núm. 98/2009, las prestaciones correspondientes a los citados tres grados sistemáticos son las siguientes: 1) «por incapacidad permanente absoluta para todo y cualquier trabajo [*incapacidade permanente absoluta para todo e qualquer trabalho*]]», la «pensión anual [pagadera mensualmente] y vitalicia igual al 80 % de la retribución, incrementada en un 10 % de ésta por cada persona a cargo, hasta el límite de la retribución [*pensão anual e vitalícia igual a 80 % da retribuição, acrescida de 10 % desta*]

<sup>49</sup> Cfr. artículo 19, apartado 1.

<sup>50</sup> *Ibidem*, apartado 2.

<sup>51</sup> Cabría hablar de un cuarto grado, relativo a lo que en España se denomina gran invalidez, pero que en Portugal se liga a la contingencia por dependencia, representado por la prestación regulada en el artículo 53 de la Ley (rotulado «Prestación complementaria para asistencia de tercera persona [*Prestação suplementar para assistência a terceira pessoa*]]»).

<sup>52</sup> *Ibidem*, apartado 3.

<sup>53</sup> Cfr. artículo 21, apartado 1.

<sup>54</sup> Cfr. artículo 53, apartado 1.

<sup>55</sup> *Ibidem*, apartado 2.

<sup>56</sup> *Ibidem*, apartado 3.

por cada pessoa a cargo, até ao limite da retribuição]»<sup>57</sup>; 2) «por incapacidad permanente absoluta para el trabajo habitual [*incapacidade permanente absoluta para o trabalho habitual*]», la «pensión anual [pagadera mensualmente] y vitalicia comprendida entre el 50 % y el 70 % de la retribución, conforme a la mayor o menor capacidad funcional residual para el ejercicio de otra profesión compatible [*pensão anual e vitalícia comprendida entre 50 % e 70 % da retribuição, conforme a maior ou menor capacidade funcional residual para o exercício de outra profissão compatível*]»<sup>58</sup>; y 3) «por incapacidad permanente parcial [*incapacidade permanente parcial*]», la «pensión anual [pagadera mensualmente] y vitalicia correspondiente al 70 % de la reducción sufrida en la capacidad general de ganancia o capital de redención de la pensión en los términos previstos en el artículo 75 [*pensão anual e vitalícia correspondente a 70 % da redução sofrida na capacidade geral de ganho ou capital de remição da pensão nos termos previstos no artigo 75*]»<sup>59</sup>. Lógicamente, queda por mencionar la prestación correspondiente al cuarto grado asistemático (recuérdese, el equivalente a la gran invalidez española). Según el artículo 54 de la Ley núm. 98/2009, «la prestación complementaria de la pensión prevista en el artículo anterior se fija en cuantía mensual y tiene como límite máximo el importe de 1,1 IAS [equivalente del IPREM español]»<sup>60</sup>, teniendo en cuenta que «la prestación complementaria es actualizable anualmente en el mismo porcentaje en que lo fuese el IAS»<sup>61</sup>.

12. El procedimiento de declaración de los grados de la incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales está radicalmente condicionado por el hecho de que los únicos tribunales competentes en Portugal para conocer del tema son los tribunales laborales, pero no los tribunales contencioso-administrativos –a diferencia de lo que sucede con las contingencias derivadas de riesgos comunes–, confirmándolo así la Ley núm. 62/2013, de 26 agosto, de organización del sistema judicial (literalmente, «*compete a los juzgados del trabajo conocer, en materia civil ... de las cuestiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [compete aos juízos do trabalho conhecer, em matéria cível ... das questões emergentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais]*»<sup>62</sup>). Sobre esta base, hay que distinguir si el riesgo causante de la incapacidad permanente es un accidente de trabajo o, por el contrario, una enfermedad profesional. Tratándose de un accidente de trabajo, rige la norma del Código de Proceso de Trabajo (aprobado por Decreto-ley núm. 480/99, de 9 noviembre, que otorga un protagonismo extraordinario al Ministerio Fiscal, incluso como defensor de oficio del trabajador accidentado)<sup>63</sup> de que todo «se inicia con una fase conciliatoria, dirigida por el Ministerio Fiscal, y tiene como base la comunicación del accidente [*inicia-se por uma fase conciliatória dirigida pelo Ministério Público e tem por base a participação do acidente]*»<sup>64</sup>, de manera que si no se logra un acuerdo entre todas las partes implicadas, es cuando se inicia el proceso contencioso propiamente dicho ante los

<sup>57</sup> Cfr. artículo 48, apartado 3, letra a).

<sup>58</sup> *Ibidem*, letra b).

<sup>59</sup> *Ibidem*, letra c).

<sup>60</sup> Apartado 1.

<sup>61</sup> Apartado 4.

<sup>62</sup> Cfr. artículo 126, apartado 1, letra c). Sobre el tema, véase SILVEIRO DE BARROS, M., Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 143-144.

<sup>63</sup> *Ibidem*, págs. 152 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. artículo 99, apartado 1.

tribunales laborales<sup>65</sup>. En cambio, si se trata de una contingencia derivada de enfermedad profesional, la Ley núm. 98/2009 afirma que rige un procedimiento específico, pues «la evaluación, graduación y reparación de las enfermedades profesionales diagnosticadas es de la exclusiva responsabilidad del servicio con competencias en el área de la protección contra los riesgos profesionales»<sup>66</sup>. Si la víctima no estuviese de acuerdo con la decisión de este servicio, se iniciaría entonces el proceso judicial contencioso ante los tribunales laborales, al igual que sucede en materia de accidentes de trabajo, aplicándose los mismos trámites procesales<sup>67</sup>.

**13.** La jurisprudencia laboral portuguesa sobre cuestiones relativas a incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales es abundantísima, habiéndome parecido especialmente relevantes las tres siguientes y muy recientes Sentencias, todas de la Sección Social del Supremo Tribunal de Justicia: 1) una de 4 mayo 2011<sup>68</sup>, relativa a la posible compatibilidad o no de la pensión por incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo (en el caso enjuiciado, la parcialidad se refería a un porcentaje del 50 por ciento) y la prestación llamada por la Ley núm. 98/2009 «subsídio por situação de elevada incapacidade permanente [*subsídio por situação de elevada incapacidade permanente*]]»<sup>69</sup>, fallando aquí el Tribunal a favor de la compatibilidad, sin que resultasen aplicables porcentajes de parcialidad de la incapacidad de al menos el 70 por ciento; 2) una de 12 septiembre 2013<sup>70</sup>, relativa a agravación a consecuencia de accidente de trabajo de una patología preexistente, en cuyo caso dicha patología previa debe tenerse en cuenta para la evaluación del grado de la contingencia; y 3) una de 30 marzo 2017<sup>71</sup>, relativa la denegación de una solicitud de revisión del grado de incapacidad permanente parcial por agravación, solicitada por un futbolista profesional, basándose esta denegación –entre otras razones– en el hecho de que el futbolista en cuestión había dejado de serlo, por lo que le resultaban inaplicables grados ulteriores de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, si referidos a su profesión habitual.

---

<sup>65</sup> Véanse artículos 117 y ss. del Código de Proceso de Trabajo. Sobre el procedimiento judicial de accidentes de trabajo, véase ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, cit., pp. 909-910.

<sup>66</sup> Cfr. artículo 96.

<sup>67</sup> Al respecto, véase artículo 155 del Código de Proceso de Trabajo.

<sup>68</sup> Ponente PEREIRA RODRIGUES, núm. de recurso 199/07.STTVCT.P1.S1.

<sup>69</sup> Cfr. su artículo 47, apartado 1, letra d).

<sup>70</sup> Ponente Isabel SÃO MARCOS, núm. de recurso 118/10.1TTLMG.P1.S1.

<sup>71</sup> Ponente Ana Luisa GERALDES, núm. de recurso 508/04.9TTMAI.3.P1.S1.



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. UNIÓN EUROPEA

### **-Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, sobre el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (2015/2107(INI)) (DOUE C 366, 27-10-17)**

A través de esta Resolución el Parlamento Europeo expresa una serie de consideraciones relevantes respecto al Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020:

-Considera ante todo que unas buenas condiciones laborales que protejan la salud física y mental constituyen un derecho individual fundamental de los trabajadores y que tiene valor positivo en sí mismo. Pone de relieve que la crisis económica ha provocado un aumento de la inseguridad laboral y de las formas atípicas de empleo, junto con una reducción de ingresos de las empresas, en particular de las pymes, pero considera que esto no debe significar que se pierdan de vista la importancia de la salud y la seguridad en el trabajo ni los elevados costes sociales y personales de los accidentes en el lugar de trabajo provocados por el incumplimiento de las normas.

-Considera asimismo que la prevención de los riesgos laborales, la promoción de la salud y la seguridad y la protección de los trabajadores en el lugar de trabajo son fundamentales para mejorar las condiciones laborales y, por lo tanto, para proteger la salud de los trabajadores, lo que a su vez confiere importantes ventajas sociales y económicas a los trabajadores interesados y a la sociedad en su conjunto.

-Destaca que el envejecimiento de la población de la UE constituye uno de los principales retos de los Estados miembros, pero que existen desigualdades en la esperanza de vida en función de las distintas categorías sociolaborales y de la dureza del trabajo, y que los trabajadores mayores de 55 años son especialmente sensibles a determinados trastornos y enfermedades.

-Pone de relieve que las cargas administrativas y los costes directos en los que incurren las empresas como resultado de las políticas de salud y seguridad en el trabajo son significativamente inferiores a las asociadas a las enfermedades profesionales y los accidentes laborales que el marco reglamentario de la UE pretende evitar. De tal forma que algunos estudios sugieren que el rendimiento de las inversiones en materia de prevención puede ser importante para las empresas.

-Destaca que el estrés relacionado con el trabajo, en particular, y los riesgos psicosociales, en general, son un problema cada vez mayor para los trabajadores y los empresarios en toda Europa, y que casi la mitad de los trabajadores consideran que están presentes en su lugar de trabajo. También destaca que el estrés relacionado con el trabajo contribuye al absentismo laboral, repercute negativamente en la productividad y representa casi la mitad del número de días de trabajo perdidos cada año.

-Destaca también la importante función desempeñada por las inspecciones de trabajo en la aplicación de las políticas de salud y seguridad en el trabajo a escala regional y local, y que el cumplimiento de las obligaciones jurídicas constituye la razón principal para que muchas empresas gestionen la salud y la seguridad en el trabajo y apliquen medidas

preventivas. Asimismo destaca que la plena implicación, participación y representación de los trabajadores en las empresas y el compromiso de la dirección son extraordinariamente importantes para el éxito de la prevención de riesgos en el lugar de trabajo, y que en los lugares de trabajo en los que existe representación sindical los índices de accidentes y enfermedades son más bajos.

-Pone de relieve la especial incidencia que tiene en la salud y la seguridad en el trabajo el empleo precario (debilitando las estructuras existentes en materia de salud y seguridad en el trabajo; excluyendo a los trabajadores de la formación y del acceso a los servicios de salud y seguridad en el trabajo; asocia a estrés psicológico debido a la inseguridad en el empleo); la externalización del trabajo a través de la subcontratación y el trabajo temporal facilitado a través de agencias especializadas (que puede dificultar la atribución de responsabilidades en materia de disposiciones sobre salud y seguridad en el trabajo); así como el trabajo no declarado y el falso empleo por cuenta propia.

-Respecto al Marco estratégico de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo, hace hincapié en que todos los trabajadores, incluidos los del sector público, tienen derecho al máximo nivel de protección en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo, independientemente del tamaño de la empresa, del tipo de trabajo, de su contrato o del Estado miembro en el que trabajen. Por ello, pide a la Comisión que elabore estrategias laborales específicas que cubran todas las formas de empleo previstas en la legislación de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo, y que se establezcan normas más claras y eficientes en materia de salud y seguridad en el trabajo.

-Lamenta también que la Comisión no haya establecido objetivos específicos en el marco estratégico. Entre ellos subraya que es fundamental asegurar un ambiente laboral seguro y saludable desde el punto de vista físico y mental durante toda la vida laboral de las personas con el fin de lograr el objetivo de un envejecimiento activo y en condiciones saludables de todos los trabajadores; destaca la importancia de la prevención de las enfermedades profesionales y los accidentes laborales; y destaca la necesidad de medidas concretas para contrarrestar los efectos de la crisis, ayudando a las empresas a que emprendan acciones para mejorar la seguridad y la salud en el trabajo.

-Reconoce la importancia de tener en cuenta la situación, las necesidades específicas y las dificultades de cumplimiento por parte de las microempresas y de las pequeñas empresas, así como de algunos sectores de los servicios públicos.

-Considera que garantizar la igualdad de condiciones en toda la UE y eliminar la competencia desleal y el dumping social revisten una importancia crucial; anima a los Estados miembros a que sigan las normas y directrices de la OIT sobre la inspección del trabajo.

-Pone de relieve la dificultad de aplicar la legislación en materia de salud y seguridad en el trabajo por lo que se refiere a los trabajadores que ejercen actividades no declaradas; y pide a los Estados miembros que lleven a cabo inspecciones rigurosas e impongan sanciones adecuadas a los empresarios que recurran a trabajadores no declarados.

-Destaca la necesidad de mejorar la calidad del marco reglamentario, y espera que se realicen más progresos en este ámbito.

**-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004. Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza. [COM(2016) 815 final — 2016-0397 (COD)] (DOUE C 345, 13-10-17)**

1. El CESE considera que la propuesta de nuevo Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social debería tener como objetivo facilitar la circulación de solicitantes de empleo y trabajadores, y no restringirla. Considera que esta iniciativa debería tener como objetivo instaurar un equilibrio justo entre países de origen y de acogida.

2. En cuanto a las condiciones aplicables a los ciudadanos que tienen derecho a «exportar» las prestaciones por cuidados de larga duración cuando se trasladan al extranjero, el CESE considera que las nuevas normas ofrecen mejor protección a los ciudadanos en las situaciones transfronterizas. Sin embargo, señala que las nuevas normas no establecen un nuevo derecho a cuidados de larga duración en cada uno de los Estados miembros, puesto que esto depende de la existencia de dichos servicios en el país de acogida.

3. El CESE señala que tanto la propuesta de revisión del Reglamento sobre coordinación de la seguridad social como la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores son pertinentes para la movilidad laboral. No obstante, como los dos instrumentos abordan cuestiones distintas, el CESE teme que referirse a las definiciones de la propuesta de revisión de Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores en el Reglamento sobre la coordinación de la seguridad social contribuya, en la práctica, a menoscabar la claridad jurídica.

4. El CESE señala que el requisito propuesto de haber trabajado al menos tres meses en el Estado miembro de acogida antes de poder percibir allí prestaciones por desempleo retrasará la «totalización de períodos» que da derecho a prestaciones. Aunque ello podría hacer más justas las normas para los países de destino, también podría influir negativamente en la motivación para la movilidad.

5. No le queda claro cómo puede la propuesta de ampliar el período para «exportar» las prestaciones por desempleo de los tres meses actuales a al menos seis brindar realmente oportunidades laborales a los solicitantes de empleo, puesto que ello dependerá de la situación del mercado laboral, que difiere de un país a otro.

6. Considera que una mayor convergencia en términos de prestaciones, agregación y activación contribuiría a mejorar y facilitar la coordinación de los sistemas de seguridad social. Asimismo, los servicios públicos de empleo (SPE) deberían ser más eficaces a la hora de apoyar a los solicitantes de empleo móviles a encontrar empleos adaptados.

7. Pide un compromiso más firme por parte de los Estados miembros que facilite a los ciudadanos móviles que no ejercen una actividad económica cotizar de manera

proporcionada y conforme al principio de igualdad de trato a un régimen para la cobertura del seguro de enfermedad en el Estado miembro de acogida.

8. Por último, considera que ninguna disposición de la nueva normativa propuesta debería restringir los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el Dictamen se indican los cambios propuestos en las normas de coordinación de la seguridad social:

-Los cambios propuestos por la Comisión Europea en su comunicación de 13 de diciembre de 2016 obedecen a la necesidad de actualizar o ajustar las normas vigentes; a la necesidad de simplificar y facilitar los métodos de aplicación; y busca aportar claridad y normas justas y aplicables para facilitar la movilidad laboral, ya que, si bien la libre circulación de trabajadores sigue siendo uno de los principales pilares del mercado interior, también se está instando a las autoridades nacionales a luchar contra el abuso o el fraude en las prestaciones.

-Los principales cambios propuestos afectan a:

i) La exportación de las prestaciones por desempleo: el período para «exportar» las prestaciones por desempleo va a ampliarse de un mínimo de tres a seis meses, con la posibilidad de una nueva ampliación para el resto del período de derecho a prestaciones.

ii) Al evaluar si un solicitante de empleo cumple los requisitos para recibir prestaciones por desempleo, el Estado miembro estará obligado a comprobar y contabilizar períodos de seguro anteriores en otros Estados miembros (como sucede con la normativa actual). Sin embargo, esto solo es posible si la persona en cuestión ha trabajado en ese Estado miembro al menos tres meses (nueva propuesta). Si la persona no cumple los requisitos, será el Estado miembro en el que estuviese empleado anteriormente el responsable de pagar dichas prestaciones.

iii) Las prestaciones por desempleo para trabajadores fronterizos: con arreglo a las normas propuestas, el Estado miembro del anterior empleo será el responsable de pagar cualquier prestación por desempleo si los trabajadores han trabajado allí durante doce meses. Sin embargo, con arreglo a las normas actuales, los trabajadores fronterizos pagan las cotizaciones y los impuestos al Estado miembro en el que trabajan. En el caso de los períodos de empleo inferiores a doce meses será el Estado miembro de residencia el que pague las prestaciones por desempleo.

iv) Las prestaciones sociales para las personas que no ejercen una actividad económica: en este caso, la propuesta tiene como objetivo codificar la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a la cual los ciudadanos que no ejercen una actividad económica y se trasladan de un Estado miembro a otro solo pueden acceder a prestaciones sociales si cumplen la condición de residencia legal, tal como se define en la Directiva sobre la libertad de circulación. Sin embargo, la residencia legal de las personas que no ejercen una actividad económica exige que demuestren que tienen medios de subsistencia suficientes y un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos. Esta

condición no se aplica a los solicitantes de empleo activos: el artículo 45 del TFUE les confiere directamente su derecho de residencia en otro Estado miembro.

v) La seguridad social para trabajadores desplazados: se afirma que el objetivo de las normas propuestas es reforzar las herramientas administrativas relacionadas con la coordinación de la seguridad social de los trabajadores desplazados, a fin de garantizar que las autoridades nacionales tengan los medios adecuados para verificar la situación de seguridad social de estos trabajadores y eliminar posibles prácticas desleales o abusos.

vi) Las prestaciones familiares: la propuesta actualiza las normas sobre prestaciones de permiso parental, que compensan a un progenitor por la pérdida de ingresos o salarios durante el tiempo dedicado a criar un hijo. La propuesta no modifica las normas actualmente en vigor sobre la exportación de las prestaciones por hijos a cargo. Tampoco se contempla una indexación de las prestaciones por hijos a cargo

## 2. COTIZACIÓN

**-Orden ESS/55/2018, de 26 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2018 (BOE 29-1-2018).**

El artículo 106 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, estableció las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, cese de actividad de los trabajadores autónomos, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017, facultando en su apartado diecisiete a la Ministra de Empleo y Seguridad Social para dictar las normas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en el citado artículo.

Al haber quedado prorrogados de forma automática los Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, se mantienen en sus propios términos las normas de cotización previstas en el citado artículo 106, hasta tanto se aprueben los presupuestos correspondientes al año 2018, si bien con la necesaria adaptación a las modificaciones de ámbito legal que, con posterioridad a la publicación de la Ley 3/2017, de 27 de junio, han incidido en este ámbito, como las llevadas a cabo por el 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, o la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

También se incrementan para el año 2018 los tipos de cotización por contingencias comunes a cargo del empleador y del empleado aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, así como el tipo de cotización a cargo del empresario correspondiente a los trabajadores incluidos en los grupos de cotización 2 a 11 del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, conforme al incremento paulatino de los mismos previsto en las disposiciones transitorias decimosexta y decimoctava del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Mediante esta Orden se desarrollan las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2018; se reproducen las bases y tipos de cotización establecidos en el texto legal citado, con las actualizaciones correspondientes a las modificaciones

incorporadas durante 2017, y se adaptan las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

Se fijan también los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial, colaboración en la gestión de la Seguridad Social o exclusión de alguna contingencia.

Se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, así como los valores límite de los índices de siniestralidad general y de siniestralidad extrema, correspondientes al ejercicio 2017, y el volumen de cotización por contingencias profesionales a alcanzar durante el período de observación, para el cálculo del incentivo previsto en el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral.

**-Orden ESS/56/2018, de 26 de enero, por la que se establecen para el año 2018 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (BOE 29-1-2018).**

Mediante esta Orden se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2017, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero, conforme a lo previsto en el art. 106, apartado Siete.2, de la prorrogada Ley 3/2017, de 27 de junio, de PGE para el año 2017.

Dicha determinación se efectúa sobre las remuneraciones que se determinen mediante Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector. Tal determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente.

### 3. PRESTACIONES

**-Real Decreto 1079/2017, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones de Clases Pasivas, de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2018. (BOE 30-12-2017)**

Como indica la Exposición de Motivos de este RD, en un escenario de prórroga presupuestaria, como el que se produce en este momento, la revalorización anual de las pensiones sólo podrá ser objeto de una norma reglamentaria cuando dicha revalorización tenga cobertura, en virtud de la prórroga, en la LPGE del año precedente, como acontece en el presente caso.

En el marco del principio de legalidad presupuestaria, el legislador presupuestario está obligado a proceder a un incremento anual de las pensiones de al menos un 0,25 por ciento establecido en su normativa reguladora vigente, en concreto en los artículos 58 y 27 de los textos refundidos de la LGSS y de la Ley de Clases Pasivas del Estado, lo que es -según la jurisprudencia constitucional- una razón de seguridad jurídica ajena a cualquier consideración sobre un supuesto derecho subjetivo de los pensionistas. Por la misma razón, debe entenderse que la prórroga presupuestaria ex artículo 134.4 de la CE alcanza a dicha revalorización por cuanto la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, fijó una revalorización del 0,25 por ciento.

Por ello, el Gobierno está habilitado, bajo la cobertura legal que confiere la mencionada prórroga, para aprobar una norma con rango de real decreto en la que se proceda a la revalorización, en ese mismo porcentaje, de todas aquellas pensiones que tengan legalmente fijado ese incremento anual mínimo. Esto es lo que se lleva a cabo en este RD.

El RD se estructura en un artículo único sobre determinación y revalorización de las pensiones y otras prestaciones públicas, que entre otros aspectos establece con carácter general un incremento del 0,25 por ciento en las mismas, las pensiones que serán revalorizadas a fecha 1 de enero de 2018 y aquellas que no sufrirán incremento alguno.

Se incorporan también al texto dos anexos: el primero de ellos referido a las cuantías de pensiones y prestaciones públicas aplicables en 2018 y el segundo a los haberes reguladores de las pensiones de Clases Pasivas y cuantías aplicables a las pensiones especiales de guerra.

#### **4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**-Orden ESS/1323/2017, de 28 de diciembre, por la que se crea la oficina de asistencia en materia de registros en la sede de la Intervención General de la Seguridad Social (BOE 4-1-2018).**

La creación de la oficina de asistencia en materia de registros en la sede de la Intervención General de la Seguridad Social responde a las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta Ley establece que los documentos que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse, entre otros lugares, en las oficinas de asistencia en materia de registros. Para ello se establece la conversión de las actuales oficinas de registro en oficinas de asistencia en materia de registros, que asistirán a los registros electrónicos y que permitirán además a los interesados, en el caso que así lo deseen, presentar sus solicitudes en papel las cuales se convertirán a formato electrónico.

Es necesario, desde el punto de vista formal, proceder, mediante orden ministerial, a la creación de la oficina de registro (ubicada desde los años 80 en la sede de la Intervención General de la Seguridad Social), dedicada al registro de los documentos administrativos. A través de ello, podrá adquirir el carácter de oficina de asistencia en materia de registros de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Mediante esta oficina los interesados pueden ser asistidos en el uso de medios electrónicos, en especial en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través de registro electrónico general y obtención de copias auténticas.

La oficina de asistencia en materia de registros tendrá la consideración de órgano administrativo dentro de la estructura orgánica de la Intervención General de la Seguridad Social, dependiendo jerárquicamente de la Subdirección General de Organización, Planificación y Gestión de Recursos y formando parte de la red de oficinas en materia de registros de la Administración General del Estado.

Ejercerá las funciones previstas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular: otorgar apoderamiento por quien ostente la condición de interesado en un procedimiento administrativo; recibir las solicitudes, escritos y comunicaciones que los interesados dirijan a los órganos, organismos o entidades de las Administraciones Públicas; asistir en el uso de medios electrónicos a los interesados que lo soliciten; digitalizar los documentos presentados de manera presencial por los interesados; realizar notificaciones por comparecencia espontánea del interesado o su representante; facilitar a los interesados el código de identificación del órgano, centro o unidad administrativa a los que se dirigen sus solicitudes, comunicaciones y escritos, así como el correspondiente recibo que acredite la fecha y hora de presentación; poner a disposición de los interesados los modelos para la presentación de solicitudes; identificar a los interesados en el procedimiento; cualesquiera otras funciones que se les atribuyan legal o reglamentariamente.

**-Resolución de 2 de enero de 2018, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 16 de julio de 2004, sobre determinación de funciones en materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social (BOE 15-1-2018).**

Mediante esta modificación se atribuye exclusivamente a los Directores Provinciales y al titular de la Subdirección General de Recaudación en Periodo Voluntario en sus respectivos ámbitos territoriales la competencia para dictar resolución en materia de devolución de ingresos indebidos, la expedición y autorización de los documentos contables necesarios para dar cumplimiento a sus respectivas resoluciones y efectuar la devolución de las cantidades reconocidas, así como expedir y autorizar los documentos contables correspondientes para hacer efectiva la devolución de los saldos acreedores en las liquidaciones de cuotas a la Seguridad Social.

Con esta medida se pretende concentrar la realización de estos trámites en menos órganos, disminuir el número de documentos contables generados para instrumentar el pago y, con ello, reducir el tiempo necesario para hacer efectiva la devolución de ingresos indebidos y de saldos acreedores, estableciendo una mayor frecuencia de pago.

**-Resolución de 23 de octubre de 2017, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fija la fecha a partir de la cual se notificarán electrónicamente los actos de los procedimientos administrativos de concesión de moratorias y exención dictados al amparo del artículo 24.2.b) de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil; de diferimiento regulado en el artículo 56.2 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio; y de exoneración recogidos en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. (BOE 3-11-2017)**

Conforme a lo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional única de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, mediante esta resolución se determina la fecha a partir de la cual podrán notificarse electrónicamente los actos recaídos en los procedimientos administrativos a los que se refiere la resolución.

A partir de la fecha de efectos de esta resolución (al día siguiente a su publicación en el BOE) se notificarán o comunicarán a través del sistema de notificación electrónica todos los actos dirigidos a los sujetos responsables a los que se refiere el artículo 3.2 de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social, así como a las personas, físicas o jurídicas, o entes sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 3.3 de la citada orden, que opten por esa forma de notificación, y a las actuales mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados a los que se refiere el artículo 3.4 de la misma orden, que se dicten por la Tesorería General de la Seguridad Social en los siguientes procedimientos administrativos:

a) Procedimiento administrativo de concesión de moratorias y exenciones previsto en el artículo 24.2 b) de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, o en cualquier otra disposición legal específicamente dictada al efecto y en la que se contemple la concesión de cualquiera de estas medidas.

b) Procedimiento administrativo de diferimiento, regulado en el artículo 56.2 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

c) Procedimiento administrativo de exoneración, recogido en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. Segundo. Esta resolución surtirá efectos a partir del día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**-Resolución de 3 de enero de 2018, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fija la fecha a partir de la cual se notificarán electrónicamente las resoluciones sobre la elevación a definitivas de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, así como de las actas de liquidación conjuntas con las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; las resoluciones sobre imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social; y las resoluciones de las impugnaciones administrativas formuladas frente a los actos dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social en las materias de su competencia, salvo en materia de recursos humanos (BOE 18-1-2018).**

La Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social, establece los supuestos y condiciones en que los sujetos a los que se refiere su artículo 3 quedarán obligados a recibir por medios electrónicos las notificaciones y comunicaciones que les dirija la Administración de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5.2.e) y 132 LGSS.

Esta Orden prevé en su artículo 8 que la obligación de recibir por medios electrónicos las notificaciones y comunicaciones efectuadas por la Administración de la Seguridad Social alcanzará a todas las actuaciones y procedimientos en materia de Seguridad Social, incluidos los correspondientes a la recaudación de los recursos a que se refiere el artículo 1 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. Se establece que la notificación electrónica de los referidos actos administrativos se hará efectiva de acuerdo con lo dispuesto en la Disp. Adic. única de la citada orden, que prevé en su apartado 4 que por resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social se fijarán las fechas a partir de las cuales las distintas actuaciones y procedimientos en materia de Seguridad Social se notificarán o comunicarán a través del sistema de notificaciones electrónicas.

El art. Primero establece que a partir de la fecha de efectos de esta resolución (el día siguiente a su publicación en el BOE) la Tesorería General de la Seguridad Social notificará a través del sistema de notificación electrónica, mediante comparecencia en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a los sujetos responsables a que se refiere el artículo 3 de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social, en los términos previstos tanto en el citado artículo 3 como en su disposición adicional única, las siguientes resoluciones en materia de Seguridad Social:

a) Las resoluciones sobre la elevación a definitivas de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, así como de las actas de liquidación conjuntas con las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

b) Las resoluciones sobre imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social que afecten al ámbito de competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social.

c) Las resoluciones de las impugnaciones administrativas formuladas frente a los actos dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social en las materias de su competencia, salvo en materia de recursos humanos.

## 5. TRABAJADORES AUTÓNOMOS

**-Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (BOE 25-10-2017).**

Conforme establece la Exposición de Motivos, con esta ley se pretende avanzar en una serie de reformas que van dirigidas a apoyar el desarrollo de la actividad emprendedora en los términos más adecuados para dicho colectivo.

La ley se estructura en ocho títulos, siete disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y trece disposiciones finales. Entre las principales medidas que se establecen destacan las siguientes:

-Se establecen en el Título I medidas dirigidas a facilitar la cotización a la Seguridad Social y a reducir las cargas administrativas de los trabajadores autónomos:

-Se modulan los recargos por el ingreso fuera de plazo de las cuotas a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos, reduciendo a un 10% el aplicable si el abono se produce dentro del primer mes natural siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso. Dicha modulación se extiende al resto de sujetos responsables del pago incluidos en los diferentes regímenes.

-Se realiza una regulación de la cotización de los trabajadores autónomos en régimen de pluriactividad que contempla de manera conjunta los diversos beneficios en materia de cotización de aquellos emprendedores que simultáneamente llevan a cabo otra actividad que les incluye en otro régimen, desde una perspectiva de reducción de cargas administrativas.

-En el título II se establece la ampliación de la cuota reducida de 50 euros -la denominada «tarifa plana»- para los nuevos autónomos hasta los doce meses, en lugar de los seis actuales, lo que se contempla de forma coordinada con otros beneficios ya existentes.

-Se contemplan medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral y familiar de los trabajadores autónomos, título III:

- se añade una tarifa plana de 50 euros durante 12 meses para aquellas mujeres autónomas o por cuenta propia del grupo 1 de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar que han cesado su actividad por maternidad, adopción o acogimiento y vuelven a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes al cese.
- se establece una bonificación por cuidado de menores de 12 años.
- se establece una bonificación durante el descanso por maternidad, paternidad y otros.

-Se introducen mejoras en los derechos colectivos del trabajador autónomo (Título IV).

-El título V introduce varias modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas con la finalidad de clarificar la deducibilidad de los gastos en los que incurren los autónomos en el ejercicio de su actividad, de forma que puedan contar con un elevado grado de seguridad jurídica.

-El título VI desarrolla medidas para mejorar la cotización de los trabajadores autónomos. En particular, se modifica el art. 312 LGSS en materia de base mínima de cotización.

-Se establecen medidas para mejorar la formación profesional para el empleo de los trabajadores autónomos (Título VII).

-Se lleva a cabo la equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo in itinere (Título VIII), modificando el art. 316 LGSS.

-Para conjugar equilibradamente los deseos de los trabajadores autónomos con las necesidades de gestión de la Seguridad Social, se posibilita que hasta un máximo de tres altas al año tengan efectos desde el momento de inicio de la actividad y no desde el primer día del mes en que se inicia dicha actividad, como ocurría hasta ahora (Disp. Final 1ª).

-La disposición final segunda permite elevar de dos a cuatro el número de veces al año en que puede cambiarse de base de cotización, con lo que se adecua la norma a las fluctuaciones que son susceptibles de producirse en los ingresos de la actividad autónoma a lo largo de cada ejercicio. Para ello se lleva a cabo una modificación del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

**-Orden ESS/1310/2017, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. (BOE 30-12-2017)**

Esta Orden es consecuencia de la modificación del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, de 26 de enero), llevada a cabo por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo.

La Ley 6/2017 ha establecido la posibilidad de que los trabajadores por cuenta propia incluidos tanto en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos como en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar puedan causar, desde el 1 de enero de 2018, hasta tres altas y bajas en el año con efectos desde el día en que concurran, en la persona de quien se trate, los requisitos y condiciones determinantes de su inclusión en uno u otro régimen, para las altas, y desde la fecha del cese en la actividad, para las bajas. Esta modificación supone una

importante reforma, puesto que hasta ahora la normativa aplicable a los trabajadores por cuenta propia únicamente les permitía cotizar por meses completos (las altas surtían efectos desde el día primero del mes natural en que se produjeran los requisitos determinantes de la inclusión del trabajador en el respectivo régimen especial y las bajas desplegaban sus efectos al vencimiento de último día del mes natural en el que el trabajador autónomo hubiera cesado en su actividad).

Las modificaciones en el citado Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social hacen necesario revisar el contenido de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en lo referente a los efectos económicos de las prestaciones de la Seguridad Social, posibilitando que haya una correspondencia con la fecha del cese en la actividad.

Se considera que la modificación de la citada Orden es suficiente para la aplicación de estas medidas a los trabajadores por cuenta propia comprendidos dentro del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, puesto que la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, hace una remisión expresa a la normativa reguladora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

## 6. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**-Real Decreto 1078/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, y el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. (BOE 30-12-2017)**

Este Real Decreto es consecuencia de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicha Ley ha creado un nuevo modelo de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el objetivo de responder mejor a las demandas de la sociedad actual, ejercer con mayor eficacia las funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y distribuir y aprovechar mejor los recursos de que dispone. Además, la ley pretende avanzar en la adaptación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la organización territorial del Estado mediante la configuración de un Sistema único e integral de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, basado en los principios de unidad de función y actuación inspectora en todas las materias del orden social, sin perjuicio de los criterios de especialización y actuación programada y trabajo en equipo. Se reafirma también la doble dependencia de la Inspección, de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas en función de qué administración sea la titular de la competencia material, y refuerza la participación institucional de las Comunidades Autónomas en los órganos de dirección de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Dentro de las novedades que recoge la Ley 23/2015, de 21 de julio, está la creación de un nuevo Cuerpo de funcionarios, el Cuerpo de Subinspectores Laborales, que integra dos Escalas especializadas; la de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, formada por los pertenecientes al Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ya existente, y la Escala de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral de nueva creación.

Este real decreto no aborda un desarrollo general de la Ley 23/2015, de 21 de julio, sino que se centra en las materias derivadas de la creación del nuevo Cuerpo de Subinspectores Laborales, su funcionamiento y actuación. En concreto, respecto de la Escala de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, la Ley 23/2015, de 21 de julio, mantiene su regulación esencial en relación a su funcionamiento y actuación, y reconoce nuevas competencias en materias hasta ese momento reservadas a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, como las relativas a la verificación del cumplimiento de la normativa en materia de contratación o de acceso al trabajo a menores de dieciséis años. Por su parte, respecto de la Escala de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral, al tratarse de una creación ex novo de la Ley 23/2015, de 21 de julio, en la Ley 23/2015 se establece, además, lo relativo al ingreso en dicha Escala, sus funciones, facultades, ámbito de actuación, forma de actuación, modalidades y medidas derivadas de la misma. En particular, en lo relativo a las funciones de ambas Escalas del Cuerpo de Subinspectores Laborales, la ley remite al desarrollo reglamentario los concretos términos del ejercicio de las mismas, lo que exige la regulación contenida en este real decreto.

Para ello se procede a la modificación de la normativa reguladora de la organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contenida en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (RD 138/2000, de 4 de febrero), y a la modificación de la normativa que regula el procedimiento especial para la imposición de sanciones en el orden social, contenida en el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social (RD 928/1998, de 14 de mayo).

## 7. DEPENDENCIA

**-Real Decreto 1082/2017, de 29 de diciembre, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. (BOE 30-12-2017)**

El presente real decreto tiene por objeto determinar la aportación de la Administración General del Estado para la financiación del nivel mínimo de protección garantizado para las personas beneficiarias valoradas en grado III, Gran Dependencia, grado II, Dependencia Severa, y grado I, Dependencia Moderada.

Lo hace conforme a lo previsto en el RD 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. El art. 4.1 de dicho RD establece que la asignación financiera del nivel mínimo de protección a cada comunidad autónoma se efectúa mensualmente considerando tres variables: el número de beneficiarios, el grado de dependencia así como el número y tipo de prestaciones,

establecidas en el capítulo II del título I de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. Asimismo el citado RD regula que la aportación de la Administración General del Estado para la financiación del nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para cada persona beneficiaria del Sistema con resolución de grado III, Gran Dependencia; grado II, Dependencia Severa y grado I, Dependencia Moderada, será la establecida en la disposición transitoria undécima, apartado 2, del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Conforme a todo ello, el Artículo Único de este RD procede a la actualización de las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado para cada persona beneficiaria del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de grado III, Gran Dependencia; grado II, Dependencia Severa y grado I, Dependencia Moderada, que son las fijadas en el anexo:

-Grado III Gran Dependencia.....	190,13 euros/mes
-Grado II Dependencia Severa .....	84,49 euros/mes
-Grado I Dependencia Moderada .....	47,38 euros/mes

**-Resolución de 11 de diciembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 30-12-17)**

De conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia aprobó, en su reunión de 19 de octubre de 2017, el Acuerdo por el que se modifica parcialmente el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, modificado por el Acuerdo de 7 de octubre de 2015, que se publica como anexo a esta resolución.

En él se establece que desde la aprobación del Acuerdo de 7 de octubre de 2015, se ha progresado en la acreditación de los profesionales, gracias al esfuerzo de la mayoría de las Comunidades Autónomas que, entre otras medidas, han publicado convocatorias para la acreditación y evaluación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o vías no formales de formación, y han desarrollado la normativa para poder hacer efectiva la habilitación excepcional en el ámbito autonómico, de los profesionales con una edad igual o mayor de 55 años, dando cumplimiento a lo establecido en el citado acuerdo.

Sin embargo, se prevé que no se podrá alcanzar la cualificación del 100% de estos profesionales a 31 de diciembre de 2017. Por este motivo, y para garantizar la estabilidad en

el empleo, en el presente acuerdo se adoptan medidas como la habilitación excepcional de personas con una experiencia demostrada, así como la habilitación provisional para personas que habiendo trabajado, no cumplan con el requisito de la experiencia, y se comprometan a participar en los procesos de evaluación y acreditación de la experiencia laboral que convoquen desde el ámbito autonómico o estatal, o a realizar la formación vinculada a los correspondientes certificados de profesionalidad o títulos de formación profesional, dando respuesta a las necesidades de cualificación de los profesionales sin la acreditación requerida. Igualmente se establece un régimen especial de zonas rurales e insulares.

Los contenidos de esta modificación dejan sin efecto los del Acuerdo de 7 de octubre de 2015, por estar afectado en todos sus términos.

## **8. EMPLEO**

### **-Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020 (BOE 16-12-2017)**

La Estrategia Española de Activación para el Empleo es -junto con los Planes Anuales de Política de Empleo y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo- uno de los tres instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo. Vertebrada las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado.

Recoge tres tipos de objetivos complementarios: claves, estratégicos y estructurales. Además, contempla medidas en orden a racionalizar el sistema de protección por desempleo y modernizar el Sistema Nacional de Empleo.

### **-Resolución de 18 de diciembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2017, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 26-12-2017)**

El Plan Anual de Política de Empleo 2017 establece los objetivos a alcanzar en este año en el conjunto de España y en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, así como los indicadores que se van a utilizar para valorar su grado de consecución.

## **9. SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL**

### **-Real Decreto-ley 20/2017, de 29 de diciembre, por el que se prorrogan y aprueban diversas medidas tributarias y otras medidas urgentes en materia social. (BOE 30-12-2017)**

-Se aprueban los coeficientes de actualización de los valores catastrales para 2018, como medida necesaria para contribuir a reforzar la financiación municipal, la consolidación fiscal y la estabilidad presupuestaria de las entidades locales.

-En el ámbito tributario se establecen límites para la aplicación del método de estimación objetiva en el ejercicio 2018; así como límites para la aplicación del régimen simplificado y del régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca en el ejercicio 2018.

-Se establece la fijación del salario mínimo interprofesional para 2018 y reglas de afectación de las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional en 2018, 2019 y 2020, conforme al Acuerdo social para el incremento del Salario Mínimo Interprofesional 2018-2020, suscrito el 26 de diciembre de 2017 entre el Gobierno y los interlocutores sociales. Con base en dicho Acuerdo, la disposición adicional única encomienda al Gobierno fijar, de acuerdo con lo establecido en el art. 27.1 ET, el salario mínimo interprofesional para 2018 con un incremento del 4% respecto del establecido para 2017.

**-Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018 (BOE 30-12-2017) Corrección de errores BOE 31-1-2018.**

Se aprueba este RD en cumplimiento del mandato al Gobierno para fijar anualmente el salario mínimo interprofesional, contenido en el artículo 27.1 ET para establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2018, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para los empleados de hogar.

Las nuevas cuantías, que representan un incremento del 4% respecto de las vigentes en 2017, son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el citado artículo 27.1 ET y tienen en cuenta lo recogido en el Acuerdo social para el incremento del Salario Mínimo Interprofesional 2018-2020, suscrito el 26 de diciembre de 2017 por el Gobierno y los interlocutores sociales, así como lo establecido en la disposición adicional única del Real Decreto-ley 20/2017, de 29 de diciembre, por el que se prorrogan y aprueban diversas medidas tributarias.

El citado incremento tiene en cuenta, según la Exposición de Motivos, la mejora de las condiciones generales de la economía, acompasando así la evolución de los salarios en el proceso de recuperación del empleo. La regulación establecida es la siguiente:

-Se fija el SMI para 2018 en 24,53 euros/día o 735,9 euros/mes.

-En los convenios colectivos vigentes a 1-1-17 que utilicen el SMI como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales, salvo que las partes legitimadas acuerden otra cosa, las cuantías del SMI se entenderán referidas durante 2018 a las establecidas en el RD por el que se fija el SMI para 2016, incrementadas en un 2%.

-En los convenios colectivos que entraron en vigor después del 1-1-17 y que continuaban vigentes a 26-12-17, cuando utilicen el SMI como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales, salvo que las partes legitimadas acuerden otra cosa, las cuantías del SMI se entenderán referidas durante 2018 a las establecidas en el RD por el que se fija el SMI para 2017.

-Se fijan reglas especiales para las normas autonómicas y locales que utilicen el SMI como indicador o referencia del nivel de renta para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, así como para los contratos y pactos de naturaleza privada que utilicen el SMI como referencia a cualquier efecto.



# 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2017, Asunto C-570/15. Caso X contra Staatssecretaris van Financiën (JUR 2017\232102)**

Procedimiento prejudicial – Aplicación de los regímenes de seguridad social – Trabajadores migrantes – Determinación de la legislación aplicable – Reglamento (CEE) n.º 1408/71 – Artículo 14, apartado 2, letra b), inciso i) – Persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros – Persona empleada en un Estado miembro y que ejerce una parte de sus actividades en el Estado miembro de su residencia.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

“El artículo 14, apartado 2, letra b), inciso i), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, ha de interpretarse en el sentido de que una persona que, como la del litigio principal, ejerce una actividad por cuenta ajena para un empresario establecido en el territorio de un Estado miembro y reside en otro Estado miembro en cuyo territorio ejerció, en el año transcurrido, una parte de esa actividad por cuenta ajena correspondiente al 6,5 % de sus horas de trabajo, sin que existiera un acuerdo previo con su empresario, no debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de esa disposición”.

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2017, Asunto C-569/15. Caso X contra Staatssecretaris van Financiën (JUR 2017\232101)**

Procedimiento prejudicial – Aplicación de los regímenes de seguridad social – Trabajadores migrantes – Determinación de la legislación aplicable – Reglamento (CEE) n.º 1408/71 – Artículo 14, apartado 2, letra b), inciso i) – Persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros – Persona empleada en un Estado miembro y que ejerce actividades por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro durante una excedencia no retribuida de tres meses.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

“El artículo 14, apartado 2, letra b), inciso i), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, ha de interpretarse en el sentido de que una persona que reside y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que, durante un período de tres meses, disfruta de una excedencia no retribuida y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de esa disposición, siempre que, por una parte, durante ese período de excedencia, se considere que ejerce una actividad por cuenta ajena en virtud de la legislación en materia de seguridad social del primer Estado miembro y, por otra, la actividad ejercida en el territorio del segundo Estado miembro tenga carácter habitual y significativo, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

### **3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

### **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 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.

**Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2017, de 20 de julio (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.

**Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (RJ 2017\3286)**

Seguridad Social. Cotización: responsables del pago: solidarios: grupo de empresas: procedimiento: exigencia de incorporación de la correspondiente reclamación de deuda por los débitos respecto a los que se declara la responsabilidad solidaria: incumplimiento: efectos: infracción del ordenamiento jurídico determinante de su anulabilidad.

**6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:**

**6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente**

**Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017 (RJ 2017\3179)**

Ejecución de sentencia de Incapacidad Permanente: si el fallo de la sentencia establece el abono de la pensión desde una determinada fecha y el INSS se aquieta en todo momento a la fecha de efectos de la pensión reconocida y, en ningún momento hasta la fase de ejecución alude a la circunstancia de que el trabajador se hallaba en activo, no procede deducir cantidad alguna por los salarios percibidos hasta la fecha de la sentencia que reconoció la incapacidad.

**Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 (RJ 2017\3447)**

RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: El trabajador había prestado servicios para diferentes empresas desde 1965 y con posterioridad al 1-1-2008; permaneció en situación de IT por enfermedad profesional-asbestosis durante 3 meses en 2010, estando el riesgo cubierto por Mutuality; en mayo de 2013 se le diagnostica carcinoma micro lítico de pulmón en estado IV de mala evolución, que ocasiona su fallecimiento en el mismo mes; el INSS reconoció las prestaciones por muerte y

supervivencia derivadas de enfermedad profesional con cargo a Mutualia. La Sala IV señala que se trata de determinar la atribución de responsabilidad en el pago de prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuando se ha producido una cobertura sucesiva en el tiempo, habida cuenta el cambio operado con la Ley 51/2007. Al efecto tiene en cuenta doctrina seguida en asuntos relacionados, para fijar un criterio de responsabilidad capaz de tomar en consideración que nos hallamos en presencia de un cambio en el aseguramiento operado en virtud de una transformación legal, que la actividad ha subsistido tras producirse el cambio, y que existe una considerable desproporción en el tiempo atendiendo a las cotizaciones recibidas y a la lógica incidencia de un ambiente laboral idéntico a la hora de valorar la presencia del agente causante del daño; y concluye declarando la responsabilidad compartida del INSS y de la Mutua demandante en proporción al tiempo respectivo de aseguramiento.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4169)**

Indemnización de daños y perjuicios por accidente de Trabajo que provoca IPT. DOCTRINA.- 1) El factor de corrección de la Tabla IV del Baremo sólo se aplica al daño moral, sin que proceda descontar el importe de la mejora voluntaria prevista en convenio colectivo y abonada por Aseguradora. 2) Las cuantías del Baremo de accidentes de tráfico son imputables al concepto de daño moral y, no pueden ser compensadas con las prestaciones de Seguridad Social o sus mejoras voluntarias. NOTA.- Reitera doctrina del Pleno, plasmada en la STS 23 junio 2014 (rec. 1257/2013), seguida, entre otras, por SSTS 13 octubre 2014 (rec. 2843/2013), aquí referencial y 17 febrero 2015 (rec. 1219/2014). FALLO.- De acuerdo con Ministerio Fiscal, estima recurso frente a STSJ Comunidad Valenciana 268/2015.

### **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de julio de 2017, Caso Lengyel contra Hungary (JUR 2017/207124)**

PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD: Injerencia ilegal: respeto de los bienes: pensión de invalidez: modificación legislativa que reduce drásticamente la pensión del demandante: ausencia de acceso a otros ingresos: medida con efecto retroactivo que rompe la expectativa legítima de la demandante: ausencia de un equilibrio justo equilibrio entre los intereses en juego: medida desproporcionada: injerencia injustificada: violación existente.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4337)**

Incapacidad permanente total. Denegación del permiso para el desempeño de la profesión de taxista por cuenta propia. Competencia exclusiva del INSS para reconocer la IPT.

Resuelve el Tribunal Supremo alegando que:

“Concluimos de esta forma que la pérdida o revocación administrativa del permiso o licencia habilitante de la profesión de conductor no conlleva el reconocimiento automático de la situación de IPT de la parte actora, cuya demanda había sido desestimada por la sentencia del Juzgado de lo Social al entender que no resultó acreditado que las dolencias que presenta la actora le incapaciten para todas o las fundamentales tareas de su profesión

habitual de taxista propietaria, examinando al efecto las mismas, también a la luz de lo previsto en el RD 818/2009, de 8 de mayo (RCL 2009, 1154).

La doctrina ajustada a Derecho se contiene en la sentencia de contraste y no en la recurrida, por lo que procede la estimación del recurso del INSS, así como casar y declarar la nulidad de la sentencia recurrida, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe. El artículo 228.2 LRJS (RCL 2011, 1845) dispone que *si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada*. Puesto que la sentencia del Juzgado de lo Social desestima la demanda, en nuestro caso basta con desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y declarar la firmeza de tal resolución para que quede satisfecha la exigencia legal.

Por otro lado, el mismo artículo 228.2 LRS sigue disponiendo que En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Por lo demás, el artículo 235.1 LRJS prescribe que *la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social*. La desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, por tanto, no comporta imposición de costas”.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2017 (RJ 2017\4471)**

Solicitó el trabajador el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, que le fue reconocido en grado de total por sentencia de instancia. En suplicación el trabajador solicitó la revisión de los hechos probados para incluir nuevas dolencias y solicitaba el reconocimiento en situación de incapacidad permanente absoluta, presentando recurso igualmente el INSS, si bien la sentencia en su único fundamento de derecho indica que sólo presenta recurso el INSS y resuelve aludiendo a que no se solicitó la revisión de hechos probados, sin mencionarse en ningún momento al recurso del trabajador, que recurre en casación unificadora alegando incongruencia. La Sala IV no entra a conocer de dicha cuestión, resumiendo la doctrina para apreciar contradicción cuando se invocan infracciones procesales y en particular, que cuando se alega incongruencia, falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción, se exige que la sentencia de contraste contenga un pronunciamiento implícito sobre la cuestión. Como en el supuesto la sentencia de contraste nada dice en relación con la congruencia, no aprecia la Sala IV contradicción.

### **6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2017, Asunto C-174/16, Caso H. contra Land Berlin (JUR 2017\227337)**

Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 2010/18/UE – Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental – Cláusula 5, apartados 1 y 2 – Reincorporación al

finalizar el permiso parental – Derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o un trabajo equivalente o similar – Mantenimiento sin modificaciones de los derechos adquiridos o en curso de adquisición – Funcionaria de un Land promovida a un puesto directivo en calidad de funcionaria en prácticas – Norma del mencionado Land que establece la finalización del período de prácticas de pleno Derecho y sin posibilidad de prórroga tras un período de dos años, aun en el caso de ausencia debida a un permiso parental – Incompatibilidad – Consecuencias.

1) La cláusula 5, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental que figura en el anexo de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que somete la promoción definitiva a un puesto directivo en la función pública al requisito de que el candidato seleccionado supere con éxito un período de prácticas previo de dos años en ese puesto y en virtud de la cual, en una situación en la que dicho candidato ha estado durante la mayor parte de ese período en permiso parental, y sigue estándolo, este período de prácticas finaliza legalmente tras el período de dos años, sin que sea posible prorrogarlo, de modo que, en consecuencia, al final de su permiso parental, el interesado se reincorpora al puesto, de nivel inferior tanto estatutaria como retributivamente, que ocupaba con anterioridad a ser admitido para realizar dicho período de prácticas. El objetivo perseguido por ese período de prácticas, que consiste en permitir evaluar la aptitud para ocupar el puesto directivo que ha de cubrirse, no puede justificar las infracciones de dicha cláusula.

2) Incumbe al tribunal remitente, inaplicando la norma nacional controvertida en el litigio principal si resulta necesario, comprobar, como exige la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, que figura en el anexo de la Directiva 2010/18, si, en circunstancias como las del litigio principal, el Land de que se trata se encontraba, en su condición de empleador, en la imposibilidad objetiva de permitir a la interesada ocupar su puesto de trabajo al final de su permiso parental y, en caso afirmativo, velar por que se le adjudique un puesto equivalente o similar y conforme con su nombramiento o relación de servicio, sin que esta adjudicación de puesto pueda estar sujeta a la celebración previa de un nuevo proceso selectivo. También incumbe a dicho tribunal velar por que, al final de ese permiso parental, la interesada pueda realizar, en el puesto al que se ha reincorporado o en uno nuevamente adjudicado, un período de prácticas en condiciones que respeten los requisitos derivados de la cláusula 5, apartado 2, del mencionado Acuerdo Marco revisado.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2017 (RJ 2017\4883)**

Riesgo durante la lactancia natural. La actora es técnica de laboratorio, realizando tareas de recepción, manipulado, y procesado de muestras biológicas y la utilización de productos químicos para el procesado de aquellas. En su puesto de trabajo existe riesgo de contagio por diferentes agentes, en especial por transmisión sanguínea de virus VIH y hepatitis, que pueden pasar a la leche materna. Falta de contradicción. En la sentencia de contraste es diferente la profesión, las funciones y los riesgos a los que está sometida la

trabajadora, no constando que exista riesgo de contagio de elementos que puedan pasar a la leche materna.

Razona el Tribunal Supremo lo siguiente:

“2. El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser –a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo– una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (RJ 2013, 6584) (R. 2275/2012), 22/07/2013 (RJ 2013, 6265) (R. 2987/2012), 25/07/2013 (RJ 2013, 6266) (R. 3301/2012), 16/09/2013 (RJ 2013, 7233) (R. 302/2012), 15/10/2013 (RJ 2013, 7484) (R. 3012/2012), 23/12/2013 (RJ 2013, 8243) (R. 993/2013), 29/04/2014 (RJ 2014, 3638) (R. 609/2013) y 17/06/2014 (RJ 2014, 3775) (R. 2098/2013).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (RJ 2013, 5145) (R. 2058/2012), 23/05/2013 (RJ 2013, 5349) (R. 2406/2012), 13/06/2013 (RJ 2013, 5732) (R. 2456/2012), 15/07/2013 (RJ 2013, 7229) (R. 2440/2012), 16/09/2013 (RJ 2013, 7308) (R. 2366/2012), 03/10/2013 (RJ 2013, 7241) (R. 1308/2012), 04/02/2014 (RJ 2014, 3715) (R. 677/2013) y 01/07/2014 (RJ 2014, 4249) (R. 1486/2013).

3. La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 5812), recurso 1966, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Consta en dicha sentencia que la actora presta servicios como ATS/DUE en el Hospital Costa del Sol de Marbella, en la Unidad de Urgencias, habiendo nacido su hijo, al que dio lactancia natural, el 3 de abril de 2008.

Las actividades que realiza la actora son: Evaluación del paciente en la sala de triaje; realización de analíticas; coger vías; control de los pacientes y seguimiento de la evolución de los mismos; tareas de enfermería en función de la demanda; puesta de yesos; realización de curas, suturas y desinfecciones; administración de medicación; toma de constantes vitales y colaboración en tareas de higiene; control y supervisión del aparataje de las salas y de la medicación. Tal y como consta en el informe de la unidad de prevención de riesgos laborales, los riesgos del puesto de trabajo de la actora son: "exposición a sustancias químicas, sobreesfuerzos, choques con objetos, exposición a sustancias ionizantes, agentes biológicos, caída de objetos, cortes y pinchazos, atropello o golpes con vehículos en desplazamiento o de acceso al hospital".

La sentencia entendió que no existe prueba de la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural, lo que conduce en el caso de autos a la misma conclusión, de manera que no cabe el percibo de prestación prevista en el artículo 135 bis y ter LGSS (RCL 2015, 1700) si no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL (RCL 1995, 3053), lo que impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de asignación.

4.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS (RCL 2011, 1845).

En efecto, si bien en ambos casos se trata de trabajadoras que desarrollan profesiones en el ámbito sanitario y que, debido a la exposición a ciertas sustancias y agentes, que entienden constituyen un riesgo para la lactancia natural, solicitan suspensión del contrato por dicho riesgo, los hechos de los que parten las sentencias enfrentadas son diferentes.

En efecto, en la sentencia recurrida (JUR 2015, 74156) la categoría de la actora es técnico especialista de laboratorio, en tanto en la de contraste es ATS/DUE en el servicio de urgencias de un hospital.

Las funciones que realizan son diferentes, –recepción, manipulado, y procesado de muestras biológicas y la utilización de productos químicos para el procesado de aquellas en la recurrida; Evaluación del paciente en la sala de triaje; realización de analíticas; coger vías; control de los pacientes y seguimiento de la evolución de los mismos; tareas de enfermería en función de la demanda; puesta de yesos; realización de curas, suturas y desinfecciones; administración de medicación; toma de constantes vitales y colaboración en tareas de higiene; control y supervisión del aparataje de las salas y de la medicación, en la de contraste.

En la sentencia recurrida consta que el trabajo de la actora está expuesto a riesgos químicos etiquetados con R40, R45, R46, R60, R61, ácido acético, metanol, etanol y formal debido, en tanto en la sentencia de contraste únicamente figura que está expuesta a sustancias químicas.

En la sentencia recurrida consta que en el puesto de trabajo de la actora existe riesgo de contagio por transmisión sanguínea de virus VIH y hepatitis que pueden pasar a la leche materna, en tanto en la sentencia de contraste no figura elemento alguno específico que presente riesgo de contagio que pueda pasar a la leche materna.

En la sentencia recurrida (JUR 2015, 74156) consta el riesgo de contagio por transmisión aérea de tuberculosis, haciendo constar expresamente que no pasa a la leche materna, sin que en la sentencia de contraste figure especificado algún riesgo de contagio que sea inocuo para la leche materna.

La sentencia de contraste razona que no existe prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural, en tanto en la sentencia recurrida constan dichos riesgos y la posibilidad de contagio accidental que no se solventa con las medidas de protección.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS (RCL 2011, 1845) por lo que el recurso que debió ser inadmitido, en esta fase procesal ha de ser desestimado, habida cuenta de que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (SSTS 03/04/92 (RJ 1992, 2595) –rcud 1439/91–; 18/06/14 (RJ 2014, 3656) –rcud 1848/13 –; y 21/07/14 (RJ 2014, 4445) –rcud 2876/13–)”.

### **6.3. Jubilación**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2017 (RJ 2017\3571)**

CORTES GENERALES: Personal: ujier: jubilación: por incapacidad permanente: requisitos: cumplimiento: falta de: prueba: dictamen del Equipo de Evaluación de Incapacidades: denegación procedente.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017 (RJ 2017\3517)**

Reitera esta sentencia el carácter de no computables, para acreditar los 1.800 días de carencia exigidos para causar una pensión de vejez del SOVI, a los 112 días por cada parto de un sólo hijo que la DA 44ª LGSS establece, desde la vigencia de la LO 3/2007, cuando esos hijos nacieron después del 1-1-1967. Como mantiene la Sala la aplicación de los beneficios ficticios de la DA 44ª LGSS únicamente podrán incidir en prestaciones que se correspondan con el momento, la fecha del alumbramiento de los hijos de que se trate, de manera que si estos nacieron después del 1-1-1967, no será posible imputar esas cotizaciones ficticias a un sistema de previsión inexistente en el momento en que se produjo el hecho, a diferencia con lo que ocurría en las situaciones contempladas por la doctrina anterior de la Sala, en que los nacimientos de los hijos, la situación de la mujer que no pudo trabajar a causa de los mismos, ocurrió durante el momento en que esa circunstancia –el parto– impidió completar la carencia en el SOVI, pero en modo alguno cuando el parto o los partos ocurrieron después, cuando no podía completarse el periodo de cotización al SOVI.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4300)**

Jubilación anticipada por discapacidad. No es necesario cumplir el porcentaje exigido respecto de la dolencia incluida reglamentariamente para acceder a la pensión.

Afirma el Tribunal Supremo que:

“El artículo 1 del Real Decreto 1851/2009 , al definir su ámbito de aplicación, lo extiende a los trabajadores que "acrediten que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al periodo mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo siguiente y que hayan determinado durante todo el tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100". Por su parte, el artículo 2, relaciona las discapacidades que pueden dar lugar a la anticipación de la edad de jubilación, por concurrir en ellas "evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida".

La conjunción copulativa "y" que une las deficiencias listadas con el grado mínimo de discapacidad a acreditar durante todo el período exigido, constituye el principal foco de dificultad en la labor hermenéutica. Su empleo podría llevar a la conclusión de que el reconocimiento de la jubilación anticipada está condicionado no sólo a que el trabajador acredite el grado mínimo de discapacidad requerido y que, a lo largo de todo el tiempo prefijado, haya estado afectado de, cuando menos, una de las dolencias tasadas, sino, además, a que la sufrida le provoque, durante todo ese período, una discapacidad no inferior al 45 %.

Esta interpretación no se puede aceptar por diversas razones. En primer lugar, no encuentra respaldo en la disposición legal que la norma a estudio desarrolla y complementa, de la que más bien se infiere lo contrario, en tanto que el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social precisa que la modalidad de jubilación que instaura se reserva a las personas con discapacidad en un grado igual o superior al 45 %, "siempre que se trate de dolencias reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida". De la lectura de este precepto se deduce que la voluntad del legislador fue la de establecer dos requisitos diferenciados; de un lado, un determinado grado de discapacidad, y, de otro, el padecimiento de una dolencia listada, pero sin exigir que tal porcentaje se alcanzase exclusivamente con esa afección.

Por otra parte, si acudimos a criterios integradores, se observa que en este punto el enfoque de la norma reglamentaria es muy restringido y concreto, circunscribiendo su campo de visión a las enfermedades asociadas a una menor esperanza de vida, sin entrever ni hacer la más mínima referencia a otras posibles dolencias secundarias a las tasadas, o concurrentes con las mismas y susceptibles de interactuar con ellas, ocasionando un mayor grado de discapacidad. En ese contexto debe rechazarse la pretendida virtualidad obstativa del texto de la norma reglamentaria anotada a la toma en consideración, en orden a de acreditar el nivel de discapacidad requerido, de afecciones de las características anteriormente señaladas.

Y es que si la intención del Gobierno hubiera sido la de exceptuar, a los efectos indicados, el grado de discapacidad del 45 por 100, todo tipo de dolencias distintas de las vinculadas a la reducción de la esperanza de vida, de forma que no fuese suficiente con padecer esa patología, sino que la misma determinase, por sí sola, ese porcentaje de discapacidad, así lo habría consignado de manera explícita, utilizando cualquiera de las fórmulas posibles, y al no haberlo hecho así, no cabe admitir la exclusión de las citadas dolencias a partir de una previsión cuya exégesis, a la luz de lo razonado en los párrafos precedentes, está lejos de resultar inequívoca y concluyente.

La interpretación que se alcanza es, además, la más ajustada al canon finalista, cuya aplicación resulta particularmente adecuada teniendo en cuenta los principios y valores constitucionales en juego. Si a tenor de la indagación anteriormente realizada, el objetivo perseguido por el legislador con la creación de esta modalidad de jubilación anticipada fue que las personas con una discapacidad importante que han desarrollado su actividad profesional afectadas por una dolencia asociada a una menor esperanza de vida, puedan adelantar su edad de retiro por haber sufrido un mayor y más acelerado desgaste físico y funcional y tener un horizonte temporal más corto para disfrutar la pensión, ambas circunstancias concurren en personas que han trabajado durante el tiempo exigido con una

discapacidad superior al 45 %, aquejando una dolencia listada, que además es la preferente y en un grado en modo alguno irrelevante, sino muy superior al 33 %, y otra, secundaria en su caso a la listada, o susceptible de agravarla, determinando tanto una mayor penosidad en el trabajo y un mayor deterioro físico y funcional como una menor esperanza de vida.

La decisión adoptada encuentra una razón adicional en la combinación de un argumento de interpretación acorde con la realidad social del tiempo en que la disposición se ha de aplicar con el rechazo de toda exégesis que comprometa el efecto útil de las normas. Si como se recoge en la respuesta remitida por el Gobierno al Congreso de los Diputados obrante en autos, el 70 % de las prestaciones de jubilación anticipada de las que tratamos, corresponde a personas que sufren secuelas de poliomielitis o secuelas post-polio, es evidente que la solución contraria produciría el efecto de perjudicar gravemente el efecto útil de las disposiciones que regulan esta clase de jubilación y frustraría las expectativas creadas en las personas con discapacidad, singularmente de aquellas que contrajeron en su infancia una enfermedad que ha marcado sus vidas y su actividad laboral, y marcará también su jubilación, y de las asociaciones que defienden sus derechos e impediría alcanzar el propósito perseguido”.

#### **6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)**

##### **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017 (RJ 2017\3296)**

PENSIÓN DE VIUEDAD: denegación a cónyuge supérstite divorciada: no tiene el carácter de pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del causante la abonada en la modalidad de pago único.

#### **6.5. Prestaciones familiares**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

#### **6.6. Desempleo**

##### **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2017 (RJ 2017\3228)**

El SPEE notificó a la actora la extinción de la prestación de desempleo debido a que viajó a Colombia del 24/11/10 al 12/2/11 sin comunicarlo al organismo y sin solicitar autorización. En la resolución se advertía que el plazo para la interposición de la reclamación previa era de 30 días a partir de su notificación. La actora no impugnó dicha resolución en plazo. La sentencia analizada razona, reiterando el criterio sentado en la STS de 5/4/17 R. 1219/16 y las en ella mencionadas, que no cabe cuestionar la firmeza de la resolución administrativa cuando han transcurrido más de 17 meses desde su notificación. Así, se indica que el fundamento que justifica la excepcional posibilidad que concede el art. 71.4 LRJS para rehabilitar la reclamación previa caducada y la revisión de la resolución que adquirió firmeza, encuentra su razón de ser en la consideración estrictamente prestacional de la situación jurídica generada por la inicial pasividad del beneficiario, que mantiene vigente el derecho no prescrito a reclamar la prestación indebidamente suspendida, extinguida o modificada. Pero su aplicación no tiene cabida en el ámbito del régimen sancionador previsto en la LISOS, que no está vinculado a la dinámica prestacional del derecho.

**Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017 (RJ 2017\3743)**

SUBSIDIO DE DESEMPLEO: el requisito de carecer de rentas que superen el 75% del SMI se refiere exclusivamente a los ingresos del solicitante del subsidio, y solamente una vez superado este requisito es cuando pueden acreditarse cargas familiares.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2017, Asunto C-98/15. Caso María Begoña Espadas Recio contra Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) (TJCE 2017\196)**

Procedimiento prejudicial – Directiva 97/81/CE – Acuerdo Marco UNICE, CEEP y CES sobre el trabajo a tiempo parcial – Cláusula 4 – Trabajadores y trabajadoras – Igualdad de trato en materia de seguridad social – Directiva 79/7/CEE – Artículo 4 – Trabajador a tiempo parcial de tipo vertical – Prestación por desempleo – Normativa nacional que excluye los períodos de cotización correspondientes a los días no trabajados a los efectos de determinar la duración de la prestación.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) La cláusula 4, apartado 1, 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, no es aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la controvertida en el litigio principal.

2) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.

**Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4511)**

Prestación por desempleo. Extinción por traslado del beneficiario al extranjero durante un periodo superior a 15 días. Art. 213 LGSS en la redacción dada por la Ley 11/2013.

Indica el Tribunal Supremo que:

“... cuando la salida es por periodo no superior a 15 días naturales y se comunica a la Administración española en tiempo oportuno, la prestación se mantiene; por el contrario, se extingue cuando la salida se produce por periodo superior a los 90 días que señala la legislación de extranjería en relación con el paso de la estancia a la residencia temporal; suspendiéndose en los supuestos de búsqueda de empleo o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional en el extranjero por tiempo inferior a 12 meses, o en todos los demás casos.

Siendo ello así, es de ver que en todos los supuestos en que la Sala tomó en consideración los mencionados criterios, y en particular el referido a la repercusión que tiene sobre la protección por desempleo la ausencia del beneficiario por un plazo superior a 15 días e inferior a 90, sin comunicárselo al SPEE, los hechos que motivaron la intervención de la entidad gestora tuvieron lugar antes de la promulgación del Real Decreto Ley 11/2013 (RCL 2013, 1211), y que en una de las sentencias dictadas después de la entrada en vigor de esa norma, fechada el 2 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1207) (Rec. 1006/2015), la Sala advirtió expresamente que la posición fijada en esta materia lo era sin perjuicio de la que proceda adoptar cuando resulte de aplicación la nueva normativa, "momento en el que, probablemente, la Sala habrá de replantearse la cuestión".

Pues bien, una vez cumplida esa previsión, toda vez que tanto en la sentencia recurrida como en la aportada como contradictoria, los hechos determinantes de la resolución administrativa que declaró extinguida la prestación de desempleo y la obligación de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, el período de estancia en el extranjero –de más de 15 días y menos de 90, sin que mediase comunicación al SPEE ni concurriese causa justificativa alguna– son posteriores al 4 de agosto de 2013, la superación del anterior vacío legislativo, que vino a colmar la doctrina de esta Sala y la clara dicción del párrafo e) del artículo 212.1 de la Ley General de la Seguridad Social, añadido por el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, y del párrafo e) del artículo 213.1 del citado Texto Legal, modificado por esa misma norma de urgencia, aplicables igualmente al subsidio de desempleo a virtud de la remisión que a dichos preceptos hace el artículo 219.2 de dicha Ley General, impide mantener la anterior doctrina en situaciones como la enjuiciada, producida bajo la vigencia de la nueva regulación, tal como resulta de los siguientes razonamientos:

1.- De un lado, las disposiciones reseñadas están redactadas de forma tal que no permite abrigar dudas acerca de su significado y alcance. La primera –artículo 212.1.e) LGSS– previene que el derecho a la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad Gestora "en los supuestos de estancia al extranjero por un período, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora", junto con la puntualización de que "no tendrá consideración de estancia (...) la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez al año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1". La segunda norma –artículo 213.1.e) LGSS– dispone, en lo que aquí importa, de manera correlativa y "a sensu contrario", que el derecho a la prestación se extinguirá en el caso de "... estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en los apartados (...) y g) del artículo 215".

La nueva regulación cubre la anterior laguna en la materia y la lectura conjunta e integrada de los apartados transcritos deja claro que en los supuestos de estancia en el extranjero por un período superior a 15 días naturales, el incumplimiento del deber de comunicar al SPEE la salida del territorio español acarrea la extinción de la prestación de desempleo.

2.- De otro lado, la conclusión se refuerza a la vista de la finalidad perseguida con la reforma, expresada en términos inequívocos en la Exposición de Motivos del RDL 11/2013, al identificar como tal la de "garantizar una mayor seguridad jurídica", haciendo la aclaración

de que en los supuestos de salida ocasional al extranjero por un período máximo de 15 días naturales dentro de un año natural, se conserva la condición de beneficiario y se sigue percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo, y dejando finalmente constancia de que se incorporan, "de forma expresa como supuestos de suspensión de la prestación por desempleo la estancia en el extranjero hasta un período de 90 días (...), debiéndose comunicar previamente la salida a la entidad gestora, que deberá autorizarla, extinguiéndose en caso contrario".

En definitiva, la doctrina sentada por la Sala, interpretando la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2013, sobre los efectos que produce en la dinámica de las prestaciones por desempleo la salida del beneficiario del territorio español durante un período superior a 15 días e inferior a 90, sin comunicárselo al SPEE, no resulta de aplicación cuando los hechos que dan lugar a la actuación de la entidad gestora se suceden bajo el nuevo régimen normativo.

Por consiguiente, como en el caso analizado el actor no comunicó al SPEE su salida al extranjero y la estancia fuera del territorio español se prolongó durante un periodo de 69 días, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 213.1 g) de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción aplicable por razones cronológicas, lo que fuerza a concluir que la resolución impugnada en el proceso resulta ajustada a derecho, en línea con lo resuelto por el Juzgado de lo Social".

#### **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2017 (RJ 2017\4703)**

Reposición del desempleo tras despido objetivo improcedente, en empresa con crisis arrastrada. CUESTIONES.- 1) Análisis de la regulación aplicable: finalidad. 2) La reposición de las prestaciones por desempleo consumidas presupone que la suspensión contractual y la extinción obedezcan al mismo tipo de causa (económica, técnica, organizativa o productiva). 3) No procede reponer el desempleo consumido si el contrato acaba extinguiéndose por causa diversa a la de la previa suspensión. 4) Exigencias interpretativas constitucionales y genéricas obligan a no presumir que la causa extintiva es diversa de la suspensiva si lo único que consta es el carácter improcedente de un despido por causas objetivas formalizado como tal. FALLO.- Casa STSJ Galicia 23 octubre 2015.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2017 (RJ 2017\4699)**

Por resolución del SPEE se reconoció a la actora subsidio por desempleo para mayores de 55 años el 27/12/13. El 24/2/15 el SPEE dicta resolución de extinción de la prestación por desempleo y percepción indebida del subsidio fundada en que la solicitante no comunicó datos de los que se desprende la existencia de rentas de la unidad familiar superiores al 75% del SMI. Tanto en la instancia como en suplicación se desestimó la demanda interpuesta en impugnación de la resolución del SPEE por la que se acuerda la extinción del subsidio. Recurre la actora en casación unificadora planteando 3 motivos de contradicción. En el primero se plantea que la revisión de oficio de la resolución en la que se concede el subsidio debió realizarse en el plazo de 1 año desde su concesión. La Sala IV, tras apreciar la existencia de contradicción, concluye que, de la interpretación tanto literal como sistemática del art. 146.1 de la LRJS en la redacción vigente al producirse los hechos enjuiciados, se desprende que el SPEE está facultado para revisar sus actos, sin necesidad de

acudir a la vía judicial ni sujetarse al plazo de un año, cuando se basa tal revisión en la omisión de datos o aportación de datos inexactos por el solicitante. Con respecto a los otros dos motivos (importe bruto o neto de los ingresos y aplicación del principio constitucional) se aprecia la falta de contradicción. En consecuencia, se desestima el recurso.

#### **6.7. Prestaciones Sanitarias**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

#### **7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

#### **8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

#### **9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

##### **9.1. Mejoras Voluntarias**

##### **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017 (RJ 2017\4717)**

Ante la cuestión de cómo se calcula el importe del complemento a mínimos de una pensión de viudedad causada en supuestos de separación o divorcio, que se reconoce a prorrata del tiempo de convivencia con el causante, y en particular, si debe aplicarse al complemento la misma prorrata que la aplicada a la pensión de viudedad o tiene derecho al mismo íntegramente, la sentencia del Pleno rectifica su jurisprudencia anterior para reconocer el derecho al importe íntegro del complemento cuando no existe concurrencia de beneficiarios y sin embargo, a prorrata cuando concurren varios beneficiarios, y ello por cuanto el complemento a mínimos se trata de una prestación complementaria con naturaleza propia y no vinculada a la pensión respecto de la que se solicita.

##### **9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

##### **9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **Novedades Bibliográficas**

### **1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS**

BENAVIDES VICO, A.: *Guía del experto en Seguridad Social (II)*, Navarra, Aranzadi, 2017.

- BALLESTER LAGUNA, F., SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: *Lecciones y prácticas de Seguridad Social* (adaptadas al EEES), 5ª ed., Madrid, Cinca, 2017.
- BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- BLAZQUEZ AGUDO, E.M. (Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Oporto, Juruá, 2017.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *Lecciones de Derecho de la Seguridad Social (esquemas)*, 2ª ed., Albacete, Bomarzo, 2017.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., SALVADOR PÉREZ, F., HURTADO GONZÁLEZ, L. (Eds.): *Ley General de la Seguridad Social*, 29ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., VILCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A., GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Eds.): *Código laboral y de Seguridad Social*, Madrid, La Ley Actualidad, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y otros (Eds.): *Legislación laboral y de Seguridad Social*, 19ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- ROQUETA BUJ, R., GARCÍA ORTEGA, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., BARRIOS BAUDOR, G. L. (Dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Vol. I, Navarra, Aranzadi, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Vol. II, Navarra, Aranzadi, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Vol. III, Navarra, Aranzadi, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., GALIANA MORENO, J. (Eds.): *Legislación laboral y de Seguridad Social*, 25ª ed., Navarra, Aranzadi, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., VICENTE PALACIO, A. (Dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Vol. II, Navarra, Aranzadi, 2017.
- VELASCO PORTERO, T., MIRANDA BOTO, J.M. (Dirs.): *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 3ª ed., Tecnos, 2017.

## **2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS**

- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2017.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), 19-20 de octubre de 2017, Murcia, Laborum, 2017, 1215 págs.

BUENAGA CEBALLOS, O.: *El derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores*, Granada, Comares, 2017, 400 págs.

CID BABARRO, C. (Dir.): *Incapacidad permanente. Gestión práctica y trámite judicial*, Navarra, Aranzadi, 2017, 420 págs.

DEL VALLE DE JOZ, J.I.: *Actuaciones administrativas en el proceso en materia de prestaciones de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2017, 237 págs.

GARCÍA MURCIA, J.: *La Seguridad Social en España y la idea de solidaridad*, Oviedo, KRK ediciones, 2017, 151 págs.

GOLDBLATT, B., LAMARCHE, L. (eds.): *Women's Rights to Social Security and Social Protection*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis tributario y laboral*, Navarra, Aranzadi, 2017, 166 págs.

LÓPEZ GANDÍA, J.: *Cooperativas y Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2017, 122 págs.

MOLERO MARAÑÓN, M. L. (Dir.): *Dependencia (Long Term Care) y empleo en el estado del bienestar*, Navarra, Aranzadi, 2017, 503 págs.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido colectivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, 113 págs.

TORTUERO PLAZA, J.L., MORENO ROMERO, F. (Dirs.): *La incapacidad temporal en España y Brasil*, Granada, Comares, 2017, 220 págs.

### **3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.): *Manual de protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2017.



Economía y  
Sociología de  
la Seguridad  
Social y del  
Estado Social

LABORUM



## Un análisis sobre el dialogo social en la perspectiva regional Analysis of the Social Dialogue from a regional point of view

Laura Pérez Ortiz, Carlos J. Fernández Rodríguez, Rafael Ibáñez Rojo, Antonio Ferrer Saís, Luis Enrique Alonso y Santos M. Ruesga Benito<sup>1</sup>

### Resumen

A lo largo de este trabajo se trata de mostrar como el Diálogo Social (DS) desarrollado con intensidad en la Comunidad Autónoma de Aragón, desde el año 1989 hasta la actualidad, ha tenido una incidencia positiva sobre la dinámica laboral y socioeconómica de la región.

Siguiendo el trabajo desarrollado en una investigación financiada por el Consejo Económico y Social de Aragón (CESA), los autores desarrollan, en primer lugar, un modelo de estimación cuantitativa (de ecuaciones estructurales) que ponen en relación un concepto analítico "ad hoc" de DS (DS) con variables representativas del crecimiento económico, para España y Aragón, determinando la cuantía y la dirección de la relación que se establece entre ambos universos (DS y crecimiento), con estimadores para el modelo desarrollado con adecuado nivel de bondad.

En segundo lugar, en el trabajo se analizan también las percepciones que tienen los diferentes interlocutores sociales y profesionales implicados en el DS y en la gestión de los ámbitos de estudio contemplados. Lo que sin duda, influye contribuye también a definir la dinámica y los resultados de dicho instrumento de concertación social en relación con la marcha de la economía y la sociedad regionales.

### Abstract

Throughout this work, the authors show how the Social Dialogue (SD), developed with intensity in the Autonomous Community of Aragon, from 1989 to the present, has had a positive impact on the labour and socioeconomic dynamics of the region.

Following the work developed in a research funded by the Economic and Social Council of Aragon, the authors develop, firstly, a quantitative estimation model (structural equation modeling) that join an analytical concept "ad hoc" of Social Dialogue with representative variables of economic growth, for Spain and Aragon, determining the amount and the direction of the relationship established between both universes (SD and growth), with estimators for the model that has been developed with an adequate level of kindness.

Secondly, the work also analyses the perceptions of the different social and professional partners involved in the Social Dialogue and in the management of the contemplated fields of study. Undoubtedly, they affect to the definition of the dynamics and results of the aforementioned instrument of social agreement in relation to the social and economic progress of the region.

### Palabras clave

Estado del bienestar; desigualdad; distribución personal de la renta; índice de Gini; índice de redistribución

### Keywords

Welfare State; inequality; personal distribution of income; Gini index; redistribution index

## INTRODUCCIÓN

La teoría del DS viene a atribuir una serie de efectos positivos a su práctica sobre la dinámica económica y social de las sociedades en las que desarrolla tal instrumento de concertación política y se llevan a cabo las propuestas que en su seno se elabora<sup>2</sup>. La contrastación empírica de esta hipótesis resulta de difícil realización, a causa de la

<sup>1</sup> Laura Pérez Ortiz, es profesora ayudante doctora, Departamento de Estructura Económica y Economía del Desarrollo; Carlos J. Fernández Rodríguez y Rafael Ibáñez Rojo, profesores contratados doctores, Departamento de Sociología, Facultad de CC. Económicas y Empresariales, Universidad Autónoma de Madrid; Antonio Ferrer Saís, graduado social; Luis Enrique Alonso, Catedrático de Sociología y Santos Ruesga de Economía Aplicada, en la citada Universidad.

<sup>2</sup> Una visión menos positiva sobre el papel del DS se puede consultar en Dufresne & Germain (2011).

imposibilidad de realizar análisis de tipo *contrafactual*<sup>3</sup>, ante la ausencia de otras realidades sociales homogéneas, con el espacio en estudio, comparables a efectos de comprobar los resultados alternativos que hubieran ocurrido en ausencia de DS

Con el fin de poder llevar a cabo algún tipo de contraste empírico se ha realizado un análisis de caso, que se sintetiza en este artículo, de la experiencia experimentada en materia de DS en la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>4</sup>. En general, la práctica, desde 1989, de una intensa actividad de DS en la región se ha venido considerando como una ventaja competitiva para las empresas aragonesas, así como para la localización en el territorio de inversiones procedentes de fuera de Aragón. Puede residir en este hecho parte de la explicación de la senda de crecimiento económico experimentada en la región, que, como se ha señalado, muestra un comportamiento ligeramente positivo respecto a la media nacional.

Obviamente, la explicación a la tendencia relativamente positiva en el modelo de crecimiento económico regional responde a otro conjunto de factores, en buena medida relacionada con la estructura productiva y la acumulación de capital tecnológico y humano, pero ambas no son ajenas a los aportes de la acumulación de capital social proveniente de este diálogo, a priori fructífero, entre los interlocutores sociales con la presencia continua de la administración regional.

A juicio de los investigadores que han realizado este estudio sobre el DS en Aragón, es posible constatar la incidencia positiva del DS continuado llevado a cabo en Aragón desde 1989, sobre la marcha de su tejido económico y social.

El modelo de Diálogo desarrollado hasta la fecha en la Comunidad Autónoma ha sido muy extenso en sus contenidos y, de manera destacada, sistemáticamente inclusivo, lo que ha permitido concentrar una elevada credibilidad en sus propuestas y mensajes al mundo del trabajo y, también, a la sociedad en su conjunto.

Los resultados de investigación desarrollada confirman esta hipótesis, pero también ponen de manifiesto que, como suele ocurrir, hay que otorgar mayor dinamismo y capacidad de cambio hacia el futuro al modelo de DS para que pueda hacer frente con eficiencia y éxito a los nuevos retos a los que se enfrenta y de modo más intenso se enfrentará en el futuro el mundo del trabajo, si pretende seguir siendo una argamasa del tejido social que promueva progreso.

En este artículo, tras argumentar brevemente sobre el concepto de DS (prólogo necesario dada la proliferación de interpretaciones que se vierten sobre el mismo), se analiza de forma sintética cual ha sido el proceso, los contenidos y la participación de los agentes sociales en el DS desarrollado en la Comunidad Autónoma de Aragón. Para a continuación estudiar el impacto del mismo en el tejido económico y social de la región de una doble perspectiva analítica. Una, de carácter cuantitativo, recoge simultáneamente los resultados de un análisis descriptivo y los de un modelo de ecuaciones estructurales. Y, otra, de carácter

<sup>3</sup> Véase lo que señala a este respecto (Monereo, 2015:375).

<sup>4</sup> El estudio se ha realizado al amparo del contrato de investigación realizado por el grupo de autores con el Consejo Económico y Social de Aragón, obtenido en concurso público convocado por esta entidad, que fue resuelto en septiembre de 2016. El estudio realizado, de donde se ha extractado este artículo fue entregado dicha entidad en julio de 2017.

cualitativo, que interpreta los resultados de diferentes encuestas en profundidad y una mesa de expertos realizadas con agentes sociales de la región, directa o indirectamente implicados en el desarrollo, la gestión y los efectos del DS desarrollado. Por último, a modo de conclusiones, se sintetizan en un epígrafe final los principales resultados obtenidos tras el desarrollo de los análisis reflejados en los apartados anteriores

## 1. SOBRE EL CONCEPTO DE DS

El primer paso en este artículo consiste en delimitar el uso de los conceptos de “DS” y “concertación social”, para evitar posibles confusiones, habituales en la literatura<sup>5</sup>. Siguiendo a la OIT/ILO<sup>6</sup>, en el primer caso, hemos entendido por “DS”, en sentido estricto, las relaciones de comunicación, consulta y negociación entre gobiernos, empleadores y sindicatos sobre cuestiones de interés común. Ahora bien, en sentido amplio el término se utiliza para referirse, también, a un tipo de relaciones horizontales entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil (empresas, sindicatos, asociaciones, grupos, comunidades, etc.) con el fin de abordar conjuntamente los problemas sociales y contribuir a elaborar soluciones fundadas en el consenso<sup>7</sup>. Así pues, tanto la “concertación social” como la “negociación colectiva” formarían parte del entramado del DS, en sentido extenso, pero en el primer caso se aludiría al DS tripartito entre las instituciones de gobierno, los empleadores y los sindicatos<sup>8</sup>, mientras que en el segundo se haría referencia al DS bipartito y

<sup>5</sup> El concepto de DS es considerado por muchos analistas como demasiado amplio, borroso y polisémico, pero frente a esta innegable dificultad de definición formal, y de acotación cerrada del término, es evidente que en la práctica, y ya con una larga perspectiva histórica en todo el espacio europeo, conocemos un buen número de actuaciones y movimientos de encuentro entre los actores sociales surgidos principalmente del mundo del trabajo y la empresa; pero de forma paralela nos ha llegado una amplia lista de realizaciones de este diálogo que trascienden dicho espacio, y que han resultado fundamentales para la formulación de políticas públicas, la creación de bases estables para la cohesión social y, de una manera más general, el fortalecimiento de la convivencia ciudadana y la misma democracia (Ferrer Sais, 2008). Y el DS no se basa sólo en un conjunto de cambios jurídicos o legales tomados desde las élites administrativas, sino que es necesaria una transformación más lenta de la cultura cívica, política y económica, o si se quiere, una profunda transformación y acumulación de lo que en los últimos años venimos denominando *capital social*. El concepto de capital social –en esta versión macro–, puesta en circulación por el clásico sociólogo de Chicago, James Coleman y probado en diversos campos empíricos por el politólogo de Harvard, Robert Putnam, nos remite a la idea del conjunto de normas, redes y asociaciones constituidas sobre relaciones de confianza, reciprocidad y aceptación mutua (Coleman, 2000 y Putman, 2002). Además de la educación formal e informal –la socialización–, la formación de capital social se relaciona principalmente con la capacidad de convivencia pacífica, la superación colectiva de los riesgos sociales percibidos, la posibilidad de establecer acuerdos y la capacidad de definir los objetos y bienes comunes a partir de pactos, concertaciones y diálogos (Cox, 2009)

<sup>6</sup> Para la definición completa y actual de Diálogo Social de la OIT/ILO puede verse el informe y declaración de Conferencia Internacional del Trabajo en su sesión 102 publicado en ILO/OIT (2013).

<sup>7</sup> A este respecto véase Ruesga et al (2014: 169). Una introducción a los fundamentos jurídicos del DS, desde el punto de vista constitucional y más específicamente laboral, puede consultarse en Beneyto Pérez (2004) y en Baylos Grau (2014).

<sup>8</sup> En este sentido, el Diálogo Social –público, no autoritario, abierto, no impositivo, comunicado a todos los grupos interesados, participativo, etc.– se convierte en concertación cuando el Estado en sus diferentes niveles administrativos y territoriales y a través de agencias genéricas (órganos de gobierno) o creando instituciones especializadas (en el caso español los Consejos Económicos y Sociales) propicia como *agente activo* todo el espacio de las interacciones y crea el marco normativo para el diálogo. Sobre el tema del desarrollo *corporatista* como gobierno mediante los acuerdos y pactos con las organizaciones sociales de representación de intereses y su evolución en España, véase Luque Balbona y González Begega (2014) y González Begega, Luque Balbona y Guillén Rodríguez (2015). Y a este respecto, conviene añadir que, desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho, como reza la Constitución Española de 1978, es necesario crear un espacio de reconocimiento de los bienes comunes –de lo común en general– donde estas instituciones tienen que mostrar su funcionalidad, (...)

jurídicamente regulado entre empleadores y trabajadores. En este trabajo, nos hemos centrado en el análisis de los acuerdos tripartitos suscritos en Aragón, utilizando indistintamente los términos DS y concertación social y nos hemos referido específicamente a la negociación colectiva en los casos en los que se hace referencia a acuerdos bipartitos entre empresarios y trabajadores<sup>9</sup>.

## 2. EL PROCESO, LOS CONTENIDOS DEL DS Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS AGENTES SOCIALES EN ARAGÓN

El DS en Aragón, a lo largo de todos estos últimos veinticinco años, desde 1989 hasta 2016, se ha consolidado y se ha constituido en un modelo eficaz y participativo en la acción de los sucesivos Gobiernos de Aragón, que posibilita la intervención y la implicación de las Organizaciones Empresariales y de las Organizaciones Sindicales en el empleo, la economía y la sociedad. El DS a nivel tripartito, practicado por el Gobierno de Aragón y las Organizaciones Empresariales y las Organizaciones Sindicales, se ha desarrollado de forma continua desde el primer acuerdo (AES 1989-1990).

Todos los Acuerdos han sido firmados por los mismos interlocutores: el Gobierno de Aragón, la Confederación Regional de Empresarios de Aragón (CREA, CEOE-Aragón a partir de febrero de 2016), la Confederación Empresarial de la Pequeña y Mediana Empresa de Aragón (CEPYME), las Comisiones Obreras de Aragón (CCOO) y la Unión General de Trabajadores de Aragón (UGT). Esta continuidad puede haber propiciado una mayor credibilidad y confianza, en los ámbitos económicos, sociales y políticos, de las líneas de actuación, las acciones y programa pactados que si hubieran sido iniciativas y medidas unilaterales de los diferentes gobiernos.

Bajo estas premisas, se describirán los principales hitos que ha vivido el DS en Aragón. En esa Comunidad Autónoma los interlocutores sociales y el gobierno con esa orientación sociopolítica y con unos contenidos transversales en políticas de empleo y relaciones laborales, sobre el sistema productivo y medidas sociales, han producido los siguientes acuerdos:

- ✓ Acuerdo Económico y Social (AES) 1989-1990, en el que se contemplaba la creación del CESA.
- ✓ Acuerdo para el Progreso Industrial de Aragón (APIA) 1993-1994.
- ✓ Acuerdo Social de Aragón (1995). Prórroga del anterior.
- ✓ Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Aragón 1996-1998 (ADESA).

---

capacidad de aumentar el bienestar colectivo y mantener el respeto a todos los grupos sociales. El tema del bien común (y no sólo el egoísmo como se pretende en ciertas escuelas tradicionales) como motivación de las acciones básicas de los sujetos sociales y económicas está estudiado y argumentado con contundencia por el premio Nobel de economía Jean Tirole (2017).

<sup>9</sup> Sobre las diversas formas de diálogo y concertación social se puede ver, entre otros, a Cruz Villalón, (2006). Acerca del modelo de diálogo y concertación social en España la revisión más completa se encuentra en la importante investigación dirigida por J. L. Monereo (2015). Para los resultados de los últimos años del DS en Europa véase CES (2016). Para los problemas de encaje del Diálogo Social en la Europa del sur de la crisis y la posterisis véase una completa revisión general de este asunto, el estudio de Papadakis y Ghellab (2014) para la ILO/OITY. Y para un análisis de la concertación social realizada en España desde los inicios de la transición, véase Pérez Infante (2009). Y con posterioridad Guarriello (2015) y Freyssenet (2015).

- ✓ Acuerdo para el Fomento del Empleo en la Comunidad Autónoma de Aragón (AFECA) 1999.
- ✓ Acuerdo Económico y Social para el Progreso de Aragón 2001-2003 (AESPA I).
- ✓ Acuerdo Económico y Social para el Progreso de Aragón 2004-2007 (AESPA II).
- ✓ Acuerdo Económico y Social para el Progreso de Aragón 2008-2011 (AESPA III).
- ✓ Acuerdo Social para la Competitividad y el Empleo en Aragón 2012-2015 (ACE).
- ✓ Declaración Institucional sobre el DS 2015.
- ✓ Plan para la Mejora del Empleo en Aragón 2016-2019 (PMEA).

La vigencia de todos los Acuerdos ha sido de duración plurianual, salvo en 1995 que se acordó la prórroga del APIA 1993-1994 y en 1999 con el AFECA. Los dos primeros Acuerdos, AES 1989-1990 y APIA 1993-1994, tenían una vigencia de dos años, es a partir del ADESA 1996-1998 cuando los firmantes dotan de una mayor duración a todos los Acuerdos: tres años, excepto el último acuerdo (PMEA 2016-2019) que tiene una previsión de cuatro años. La duración parecería estar vinculada a la búsqueda del tiempo necesario para el desarrollo y ejecución de las medidas pactadas y en otras ocasiones podría estar relacionada con los periodos de las elecciones autonómicas.

Los contenidos de los diferentes Acuerdos alcanzados en los procesos de DS en Aragón tienen relación directa, de un lado, con los procesos de transferencias de las competencias de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón, teniendo claramente su reflejo en las materias tratadas y las medidas pactadas.

También con los criterios de Política Regional Europea, las Programaciones Económicas Regionales y los Planes Operativos de los Fondos Estructurales Europeos han incidido en la dotación presupuestaria y orientación de los Acuerdos. A la vez que es posible que hayan contribuido a los pactos entre los interlocutores sociales y los poderes públicos, pues las instituciones europeas valoran de forma positiva los programas consensuados por los gobiernos con las organizaciones empresariales y las organizaciones sindicales<sup>10</sup>.

Y de igual modo tiene relación con la mayor capacidad de intervención sindical, en ámbitos territoriales inferiores, como resultado de la acción sindical general más amplia que la negociación colectiva de los sectores y empresas. Aspecto, sin duda importante, resultado del proceso de DS, a escala general y nacional que, como señala Pérez Infante (2009:68), “ha fortalecido a los interlocutores sociales, especialmente a los sindicatos más representativos”. La propia presencia de los interlocutores sociales en diferentes organismos del DS institucionalizado en la esfera estatal (Consejo Económico y Social, INEM, diversos entes de la Seguridad Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, etc.) ha abierto también caminos para la participación activa en las decisiones adoptadas en el nivel regional y municipal. (Aragón, Blanco et al., 2008:5). La riqueza de la interlocución social en la esfera estatal, al margen de su discontinuidad y en la esfera institucionalizada, de carácter continuo, son elementos sustanciales para e enriquecimiento del DS en el ámbito regional e incluso en ámbitos territoriales de menor rango.

---

<sup>10</sup> Las diferentes tendencias del Diálogo Social en la perspectiva territorial se encuentran bien recogidas y analizadas en el libro compilado por Guardiancich y Molina (2017) para la OIT/ILO.

---

1ª FASE: Transición Política. Moderación salarial y construcción del Estado de Bienestar (1977-1988)

2ª FASE: Ruptura del DS con el Gobierno (1988-1996)

3ª FASE: DS con reparos (1997-2004)

4ª FASE. Reconstrucción del DS integral (2004-2008)

5ª FASE: La ruptura paulatina del DS con el gobierno durante la crisis; continuidad del diálogo bipartito, entre los agentes sociales (empresarios y sindicatos) (2009-2017)

---

**Tabla 1. Fases del DS en España**

**Fuente: Tomado de Ruesga et al, 2014:183.**

En esta perspectiva es de señalar como los acuerdos adoptados en el DS de ámbito estatal, tanto a nivel tripartito como bipartito, como el Acuerdo Interconfederal por la Estabilidad del Empleo recogido en las leyes 63 /1997 y 64/1997, han sido tomados como referencia, de manera explícita, en algunos Acuerdos de Aragón y han contribuido al tratamiento de determinadas materias y contenidos, como el empleo, las políticas activas, la contratación estable, la formación profesional, la salud laboral y la solución extrajudicial de conflictos laborales.

Las materias tratadas en los diferentes Acuerdos se concentran básicamente en varias áreas:

- *Relaciones laborales*: solución extrajudicial de conflictos laborales; seguridad y salud laboral y Planes Generales de Prevención de Riesgos Laborales; reorganización del tiempo de trabajo; Plan de Fomento del Empleo Estable; economía sumergida; igualdad de género; conciliación de vida laboral y familiar; estabilidad del empleo en la Administración Autonómica; contratación en las Administraciones Públicas y el compromiso de los interlocutores sociales de valorar la negociación de un Acuerdo Interprofesional.
- *Empleo y Formación Profesional*: fomento del empleo, de la economía social y el autoempleo; incentivos para la creación de empleo estable y para la inserción de colectivos desfavorecidos; planes específicos para mujeres, jóvenes, personas con discapacidad y emprendedores; apoyo a los desempleados mayores de 45 y a parados de larga duración; Unidades de Inserción Profesional; creación del Instituto Aragonés de Empleo, desarrollo de políticas activas de empleo y programas de empleabilidad y recolocación. Formación Profesional ocupacional y continua; Planes de Formación Profesional de Aragón; Agencia de Cualificaciones y Centros Integrados.
- *Desarrollo Económico y Territorial*: impulso e inversión en I+D+i; Industria; fomento del espíritu empresarial; programas de ayudas para la PYME; fomento de la inversión productiva; telecomunicaciones; políticas sectoriales; internacionalización de las empresas; sociedad del conocimiento; reactivación económica y competitividad; medidas contra las deslocalizaciones; actuaciones contra la economía sumergida; suministros energéticos; suelo industrial; medio

ambiente; gestión de recursos naturales y residuos; infraestructuras; movilidad sostenible y Responsabilidad Social Empresarial.

- *Cohesión y Bienestar Social*: creación del Instituto Aragonés de Servicios Sociales; Planes Integrales de Acción Social, de la juventud, de la infancia y de la inmigración; Plan de la Mujer; apoyo a la tercera edad; Ley de Servicios Sociales; Plan director de Servicios Sociales; Renta Básica; Plan de apoyo a las familias; Dependencia; Igualdad y Vivienda.
- *Participación Institucional*: modelo de participación; marco de participación y compensación; consejos; comisiones técnicas y/o informativas; mesas de coordinación; y observatorios. Seguimiento y Evaluación: comisiones; mesas institucionales y mesas de coordinación.

Cabe resaltar como una singularidad del Dialogo Social en Aragón la extensión y el tratamiento dado a las políticas y actuaciones en las materias de industria, innovación tecnológica y fomento empresarial. Los compromisos para impulsar el crecimiento económico e industrial se establecieron por primera vez en el APIA 1993-1994 y se han ido perfeccionado en los distintos Acuerdos.

En el conjunto de los Acuerdos se formulan objetivos generales y específicos, en la mayoría se establecen compromisos concretos, aunque también se incluyen otros enunciados meramente declarativos. De igual modo, en buena parte de ellos se identifican los instrumentos de apoyo para la puesta en marcha de las medidas pactadas. Aunque solamente en dos Acuerdos, ADESA 1996-1998 y PMEA 2016-2019, se citan los compromisos presupuestarios para el desarrollo y ejecución de las acciones y los programas previstos.

En todos los Acuerdos hay previsiones sobre la constitución de las Comisiones de Seguimiento de los compromisos alcanzados, que a lo largo del proceso de DS se han generado múltiples instancias de seguimiento, difusión y control de la aplicación. En la definición de las funciones de las Comisiones de Seguimiento se prevé la evaluación de los resultados, si bien no se especifican los procedimientos ni los mecanismos para su realización.

### **3. EL IMPACTO DEL DS EN EL TEJIDO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ARAGÓN**

#### **3.1. El contexto analítico**

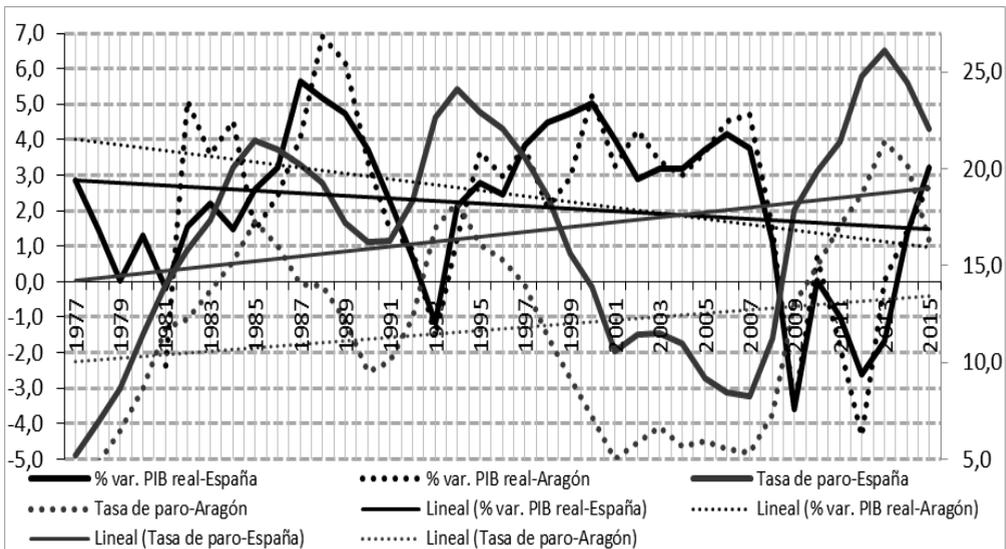
La Comunidad Autónoma de Aragón ha experimentado un proceso de desarrollo económico y de progreso social en un clima general de “paz social” en las últimas décadas, en un contexto de diálogo permanente entre el gobierno autonómico y los agentes sociales más representativos, que han firmado sucesivos acuerdos y han abordado las líneas generales del desarrollo económico, laboral y social en los ámbitos en los que la Comunidad Autónoma tiene competencias. Todo ello ha supuesto una profunda implicación de los agentes sociales en la consolidación institucional de la Comunidad Autónoma y en la construcción y seguimiento de sus principales políticas públicas.

La evolución económica de la región ha seguido una tendencia secular, al menos en lo que llevamos de siglo XXI, muy similar a la media del conjunto del Estado español, aunque

mostrando una secuencia ascendente ligeramente superior a ésta<sup>11</sup>. En este trabajo se trata de mostrar como el DS desarrollado con intensidad en la Comunidad Autónoma de Aragón desde el año 1989 ha tenido una incidencia positiva sobre esta singular dinámica socioeconómica.

La práctica, desde 1989, de una intensa actividad de DS en la región siempre se ha venido considerando como una ventaja competitiva para las empresas aragonesas, así como para la localización en el territorio de inversiones procedentes de fuera de Aragón. Puede residir en este hecho parte de la explicación de la senda de crecimiento económico experimentada en la región, que, como se ha señalado, muestra un comportamiento ligeramente positivo respecto a la media nacional.

Obviamente, la explicación a esta tendencia relativamente positiva en el modelo de crecimiento económico regional responde a un variado conjunto de factores relacionados con la estructura productiva y la acumulación de capital tecnológico y humano, pero ambas no son ajenas a los aportes de la acumulación de capital social proveniente de este diálogo, a priori fructífero, entre los interlocutores sociales con la presencia continua de la administración regional.



**Figura 1. Crecimiento del PIB (real) y del desempleo en España y en Aragón**  
Fuente: Elaboración propia.

Y a pesar de que existe un elevado grado de consenso sobre los positivos efectos del DS en la región, hasta la fecha no se cuenta con trabajos analíticos que traten de realizar una valoración en detalle de los efectos que este instrumento ha tenido para la dinámica económica y social en la Comunidad Autónoma de Aragón.

<sup>11</sup> Se puede hacer un seguimiento detallado a través de CESA (varios años).

Ello es debido, posiblemente, a la dificultad de llevar a cabo de forma sistemática un análisis de este instrumento de concertación social, con resultados en buena parte difícilmente cuantificables. Y de otra, a las carencias de la información estadística y financiera y detallada de seguimiento de los acuerdos, lo que limita de forma intensa las posibilidades de tal análisis.

En la vertiente estrictamente política, se ha enfatizado y se continúa haciéndolo, acerca de los efectos del Dialogo Social sobre la estabilidad política e institucional. En este sentido, se puede considerar que las distintas formas del DS desarrolladas constituyen una manifestación avanzada de democracia participativa, a través de la cual trabajadores y empresarios son coparticipes de determinadas decisiones que afectan, directa o indirectamente, su ámbito funcional, la producción y las relaciones laborales que se desarrollan en su entorno. Asimismo, la gestión de los acuerdos sociales, en los que participan las AA. PP, constituye una forma de vigilancia civil de sus actuaciones, por parte de representantes elegidos y reconocidos por los interlocutores sociales. Ello contribuye a incrementar, en su caso, la confianza en las instituciones públicas, su transparencia y, en definitiva, la calidad institucional<sup>12</sup>.

### 3.2. Metodología de evaluación del DS

No resulta sencillo contrastar empíricamente los efectos que pueden tener los procesos de Concertación Social sobre la dinámica económica y más en concreto laboral. El tipo de análisis a realizar con tal objetivo se enfrenta a dificultades para llevar a cabo los contrastes pertinentes que pudieran permitir extraer conclusiones sobre los hipotéticos efectos de la presencia o de la ausencia de acuerdos sociales, de diferente contenido, tipo y rango institucional. Podría acudir al contraste temporal en un mismo escenario, captando disimilitudes en el comportamiento de los interlocutores sociales y el resto de los agentes económicos, que podrían ponerse en relación con variables identificativas del discurrir económico y otras que tipifican el funcionamiento del sistema económico. Se podría incluso intentar una estrategia analítica similar de contraste a lo largo de un periodo preestablecido, entre diferentes territorios. Y si contáramos con información estadística suficiente se podría desarrollar algún tipo de modelización que nos permitiera identificar el papel del DS en el discurrir, dispar, de la economía en diferentes regiones o países.

Pero todo ello no resulta habitualmente sencillo; por un lado, no ha lugar a acudir a una construcción de carácter *contrafactual*, porque, como señala el profesor Monereo, no se dispone de ningún referente comparativo (situación sin acuerdo) que nos sirva para analizar lo ocurrido. El contraste con situaciones de “libre competencia” no es posible cuando, p.e., “el mercado de trabajo, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, por múltiples razones, ni se comporta ni puede comportarse como un mercado de competencia perfecta” (Monereo, 2015:375).

---

<sup>12</sup> Línea en la que viene insistiendo de forma reiterada, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo, vinculando el inexcusable logro de objetivos de “trabajo decente”, como algo indispensable para discurrir en la senda del desarrollo sostenible, con la existencia y persistencia de un Diálogo Social fluido. Véase al respecto OIT (2016).

La imposibilidad de desarrollar una metodología *contrafactual* significa que cualquier tipo de análisis de evaluación de resultados se enfrenta a una elevada dificultad para determinar los efectos de *sustitución*, de *peso muerto* o *ganga*, de *desplazamiento* o de otro orden, que se, sin duda están presentes, en mayor o menor grado, al aplicar las medidas concertadas en el DS (Ruesga&Pérez Ortiz, 2017).

No se cuenta, por otro lado, con información estadística completa y adecuada para seguir temporalmente la materialización de los acuerdos generados en el DS, de las medidas desarrolladas en cumplimiento de los pactos suscritos.

Y, en cualquier caso, además, resulta altamente complejo diferenciar en las partidas presupuestaria más o menos homónimas con los contenidos de los acuerdos, qué parte se materializa a causa de lo pactado y qué parte a iniciativa de la propia Administración Regional, que, incluso, podría haber ejecutado todo lo presupuestado en ausencia de pacto (imposibilidad de identificar el *contrafactual*).

Parte de estas dificultades (en cuanto a la incidencia efectiva del DS en el presupuesto) podrían solventarse si se hubiera realizado un ejercicio previo de estimación, con técnicas presupuestarias, sobre el desembolso que habrían de suponer las medidas pactadas en el DS para las diferentes partidas del presupuesto regional. En algunas Comunidades Autónomas (Castilla y León, p.e.), se acude a este instrumento que permite analizar a posteriori tanto el grado de incidencia de lo pactado en el DS como su nivel de ejecución.

En cualquier caso, más allá de la repercusión del DS, en este caso de alcance regional, en el presupuesto de las Administraciones Públicas, se pueden identificar otros variados efectos sobre el tejido social y económico de la Comunidad Autónoma, que no pasan necesariamente y en todos los casos por las cuentas públicas.

Y, no obstante lo dicho, se pueden desarrollar algunas estrategias de modelización tratando de identificar el DS en algunas variables construidas (no observadas) que nos permitan avanzar algunas hipótesis sobre resultados específicos del DS comparando la modelización para diferentes espacios temporales y territoriales. Es lo que se hace en la investigación que sustenta este artículo, desarrollando, primero un análisis estadístico descriptivo y comparativo de los datos disponibles a tales efectos y, en segundo lugar, construyendo un modelo de ecuaciones estructurales que nos permita establecer algunas relaciones causales en el entramado del DS y sus efectos de diverso orden.

Así pues, a la hora de estudiar el impacto del DS y su variado contenido en la estructura económica y social de la región, se han desarrollado varios planos de análisis.

En una primera instancia, se ha llevado a cabo un análisis cuantitativo, hasta donde la información estadística lo permite, que incluye un estudio de la evolución de estructura económica social regional, al compás de la firma de sucesivos acuerdos del DS, que aquí no se explicita pero que sirve de base para la siguiente construcción metodológica.

Con la información estadística disponible para el marco regional de relaciones laborales y su respectivo mercado de trabajo (encuesta de población activa, encuestas de costes laborales, del INE e información estadística sobre convenios colectivos, conflictos

laborales, etc.) se puede construir un marco de referencia socioeconómico y laboral que arroje algunos resultados descriptivos y que al mismo tiempo, permite elaborar un modelo de *ecuaciones estructurales*<sup>13</sup>. Dicho modelo que permitirá confirmar empíricamente la dirección y entidad de las relaciones entre los efectos inmediatos del DS y la dinámica socioeconómica de la región. Tal análisis econométrico permite extraer algunas conclusiones sobre la incidencia causal de los efectos primarios del DS sobre la dinámica económica y social de la región.

Adicionalmente, el método de trabajo se orienta también a la obtención de información cualitativa que, tras el análisis de los investigadores, ofrezca resultados relevantes sobre la percepción de los propios interlocutores sociales sobre impacto del DS en los distintos ámbitos sociolaborales y económicos que se contemplan en este estudio. Para ello se utilizan diversas técnicas de captación de información cualitativa (entrevistas, workshops, paneles de expertos), que permiten extraer las percepciones que tienen los diferentes interlocutores sociales y profesionales implicados en el DS y en la gestión de los ámbitos de estudio contemplados.

### 3.3. Los efectos del DS en Aragón. Perspectiva cuantitativa

En el plano de las relaciones laborales, es donde se pueden materializar, de modo más inmediato e intenso, los efectos del DS. A este respecto conviene hacer varias consideraciones.

Por un lado, se pueden observar sus efectos en la dinámica de la conflictividad laboral, particularmente en lo que a conflictividad relacionada con la negociación colectiva se refiere, pero también en un plano más general, sobre la conflictividad social.

Por otro lado, un clima más calmado, facilitado por la buena práctica del DS, ayuda incluso a encontrar formas más adecuadas y eficiente de resolución de los conflictos laborales.

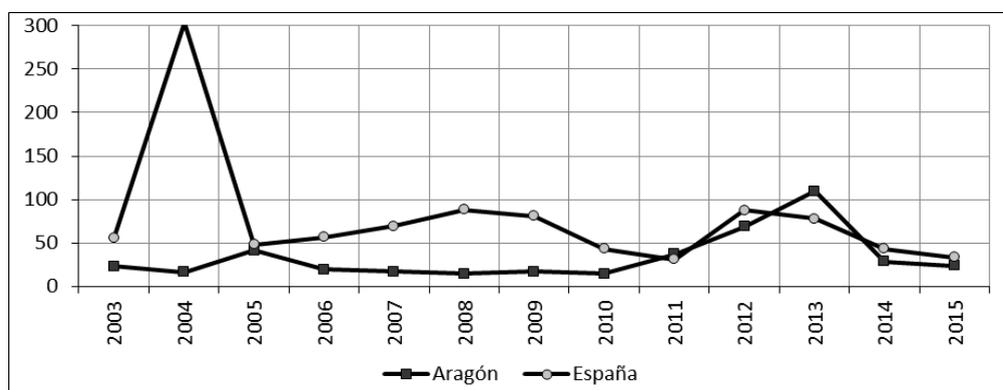


Figura 2. Conflictividad laboral. Número de jornadas no trabajadas por huelgas por cada 1000 trabajadores. Fuente: Elaboración propia datos INE.

<sup>13</sup> Hemos seguido básicamente la metodología que se desarrolla en Gayle, Lambert and Davies, R.B. (2009).

En tercer lugar, el DS fluido incide de forma positiva en la continua modificación de las relaciones laborales regladas en una búsqueda permanente de instituciones laborales que se vayan adaptando a los cambios de la realidad económico y social, para hacer más eficiente en funcionamiento del mercado de trabajo.

De aquí se extraen conclusiones de interés que enfatizan el papel singular, en términos comparativos, del marco institucional-laboral, afectado directamente, a su vez, por la intensidad y la continuidad del DS en el caso de Aragón. En el camino, la incidencia de los efectos del DS continuado se refleja de forma positiva en la dinámica de las variables claves del crecimiento económico sostenido, productividad<sup>14</sup> y, por extensión, inversión, y de su corolario, el bienestar material de la población.

En este sentido, también el DS puede aportar impulsos positivos al diseño de las políticas activas de mercado de trabajo, acercando sus objetivos e instrumentos a la realidad de cada ámbito, con el fin de remover las barreras que limitan la adecuación de las características de la oferta laboral con las que demandan los nuevos puestos de trabajo, en un mundo productivo continuamente y aceleradamente cambiante.

Por otro lado, la orientación que el DS ejerce sobre la práctica de la negociación colectiva, diseñando sus contenidos fundamentales, contribuye a centralizar este instrumento facilitando su adecuación las exigencias de la coyuntura económica.

El DS puede, asimismo, incidir de forma más o menos directa en el aumento del grado de cobertura de la negociación colectiva, ayudando a mejorar las relaciones laborales en el ámbito de las PYMES, al tiempo que limita la presencia de prácticas de competencia desleal, en la utilización del trabajo, entre este tipo de empresas.

Adicionalmente, el DS contribuye a transparentar algunos graves problemas intrínsecos a la relación laboral en el mundo actual, al tiempo que trata de abrir caminos para su solución. Entre otros, intenta hacer frente a la presencia y permanencia de una intensa brecha de género, que discrimina a la mujer en los mercados laborales en diferentes planos (incorporación, salarios, movilidad, etc.)<sup>15</sup>.

E, incluso y finalmente, aspectos singulares como la salud y la seguridad en el trabajo vienen siendo objeto de concertación entre los interlocutores sociales.

En el plano de los efectos sobre el tejido socioeconómico, conviene entender como la estabilidad política y la construcción de instituciones de calidad arrastran consigo una atractiva configuración del mismo, operando como un pilar básico del crecimiento de la formación bruta de capital.

Y en casos como el español, con un modelo de crecimiento económico que ha requerido tradicionalmente de recursos de capital (y tecnología) procedentes del exterior, la estabilidad en el plano político y la paz social, vinculadas a la existencia y continuidad de un

<sup>14</sup> Y como señalan Sola, Alonso, Fernández Rodríguez and Ibáñez Rojo, R. (2013) por su posible influencia sobre la dinámica del empleo temporal, objeto habitual de intento de control en el diálogo social.

<sup>15</sup> Como resumen de una amplia literatura sobre esta temática véase Ruano Albertos y Vicente Palacio (2007), y como referencia institucional, las recomendaciones sobre género y trabajo decente de la ILO/OIT.

intenso DS, han constituido un elemento básico en el desarrollo económico de estas últimas cuatro décadas<sup>16</sup>.

El DS ha contribuido de forma significativa a facilitar la transformación intensa que ha experimentado el tejido productivo en España en este periodo. Los acuerdos generales de los años ochenta del pasado siglo, articulando una senda de moderación salarial, supusieron un pilar fundamental para el equilibrio macroeconómico de aquellos años, pero también una piedra angular de la paulatina mejora competitiva de parte de nuestro tejido competitivo frente al exterior.

Y, en este mismo terreno, la práctica del DS como herramienta para la profunda transformación que experimento la industria española en los primeros años de la transición política, facilitó, entre otros logros, nuestra incorporación al Espacio Económico Europeo, en un clima económico más adecuado para los requerimientos de competitividad que se nos exigía.

Ambos argumentos son trasladables al plano regional, en la medida que, si se observan comportamientos diferenciales en este terreno, habrán de constituir, necesariamente, incentivos a la captación de recursos externos y, en igual medida, a la permanencia en el territorio de los propios.

Es importante señalar que dicho clima se fue construyendo sobre la base un DS que otorgaba apoyo no solo a la senda elegida de crecimiento económico, sino también al desarrollo paulatino de un Estado social que extendió múltiples mecanismos de protección (sanidad, educación, pensiones, etc.) en cuantía y calidad hasta entonces no existentes.

Por otro lado, en un tejido empresarial tan minifundista como el español (y, en particular, el aragonés,) el DS introduce, asimismo, elementos de racionalidad económica en tanto que estandariza muchos de los componentes del coste laboral, evitando la aparición de formas desleales de competencia entre una multitud de empresas de reducida dimensión.

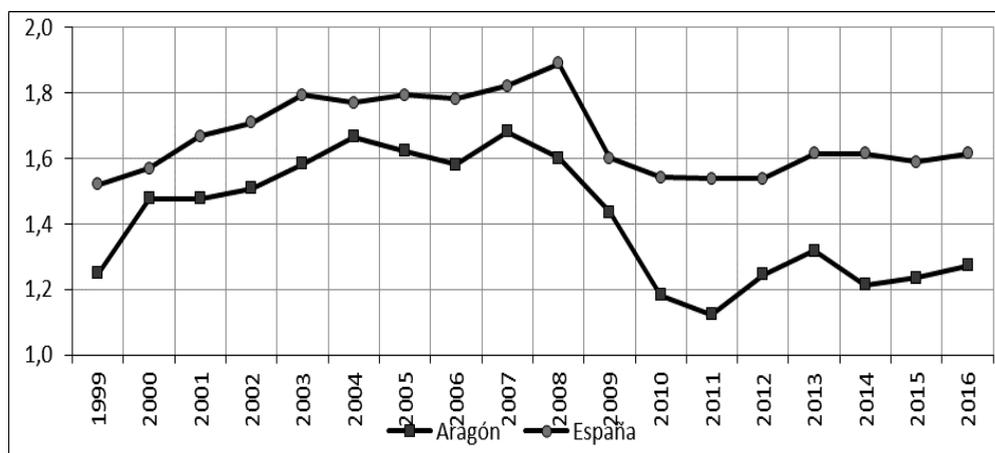


Figura 3. Minifundismo empresarial (% empresas con más de 200 empleados sobre total empresas) (1999-2016)

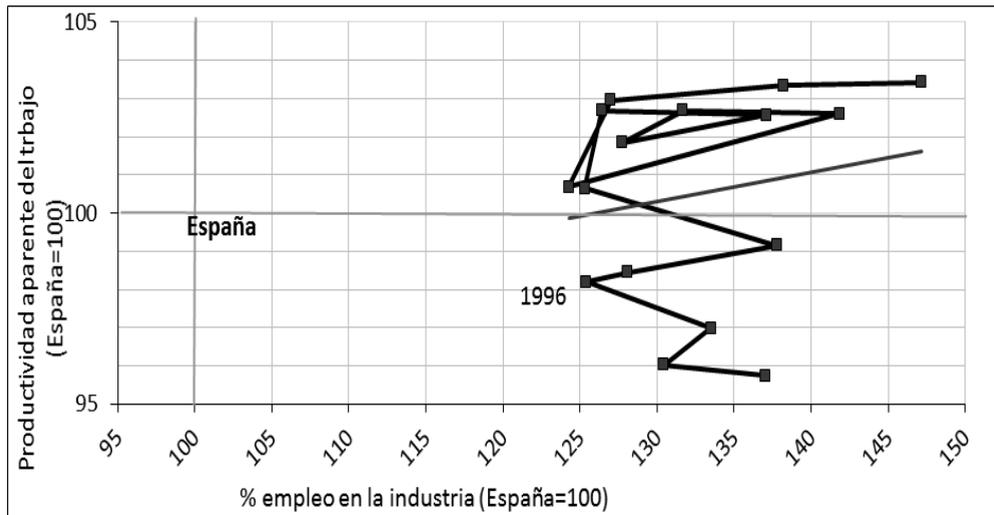
Fuente: Elaboración propia datos INE.

<sup>16</sup> Véase a ese respecto, sobre los factores de vulnerabilidad de la economía española, García y Ruesga (2014).

A efectos estimativos conviene tener en cuenta las dificultades y limitaciones existentes para desarrollar adecuadamente y con resultados consistentes un análisis cuantitativo de los efectos generados por el continuo proceso de DS en la Región.

Más allá de las dificultades metodológicas presentes en análisis de este carácter, observamos que algunos acuerdos específicos están cosechando resultados positivos destacados. Tal es el caso de la creación del SAMA, que aborda la resolución, a través de la conciliación, de conflictos individuales, ha supuesto un aporte destacado a la solución extrajudicial de las controversias laborales de la región.

En un nivel más general, el análisis cuantitativo está mostrando la existencia de una relación positiva del DS y sus concreciones, con la definición del entorno regional de relaciones laborales. Lo que a su vez nos lleva a interpretar que se ha producido un impacto diferencial positivo, respecto a otras regiones, sobre la evolución del tejido socioeconómico aragonés. Al menos, un análisis estadístico temporal comparativo muestra la existencia de un marco de relaciones laborales menos conflictivo y más apoyado en mecanismos de concertación social con mayor penetración (negociación colectiva, EREs, etc.) y una estructura de relaciones laborales más adaptable a un marco empresarial competitivo (inversión I+D+i, estabilidad de empleo, etc.), lo que concuerda con un perfil de la dinámica económica menos volátil que en otras regiones y con niveles superiores de rendimiento económico (mayor presencia relativa del sector industrial con niveles de productividad más elevados en las dos últimas décadas<sup>17</sup>, figura 4). A lo que habría que añadir un mejor comportamiento en materia de desigualdad o de cohesión social, a tenor de diferentes indicadores.



**Figura 4. Evolución de la productividad aparente del trabajo y del % empleo industrial (1996-2016) y tendencia (España=100)**

**Fuente: Elaboración propia datos INE.**

<sup>17</sup> El grado de industrialización tiene, sin duda, una relación estrecha con el desarrollo económico, tal como ponen de manifiesto numerosos trabajos académicos en la literatura económica internacional. Véanse, por ejemplo los trabajos de Dani Rodrick, en particular el análisis realizado sobre países asiáticos (Rodrick, 2007). Un análisis detenido para el caso español se puede consultar en Myro Sánchez (2016).

También en el terreno del contexto económico se pueden observar evoluciones positivas, particularmente en materia de productividad, que tiene una estrecha relación con diferentes variables que han sido objeto de impulso a través del DS, como es la inversión en I+D+i, que, aunque no alcanza aún niveles destacados en la región sí muestra una evolución positiva en la última década.

Pero, simultáneamente se observa como determinas características de la estructura productiva de la región (sobre la que incide, como se ha apuntado más arriba, la propia praxis del Dialogo Social), tales como la estructura sectorial o la empresarial, influyen de igual modo, de forma directa, en la caracterización de las relaciones laborales, desde el grado de conflictividad hasta las formas de ajuste en periodos depresivos (tipo de EREs, temporalidad, etc.), generando una especie de bucle positivo o de “circulo virtuoso” que favorece, siempre en términos relativos, el avance del desarrollo económico y social de la región.

Un último apunte importante, resultado de la investigación desarrollada, según el cual se observa una evolución muy positiva de la brecha salarial de género, que desciende de forma acusada en la región, manteniendo unos niveles por debajo de la media española. Lo que puede estar relacionado con un ascenso importante de la población ocupada femenina en la pirámide ocupacional, que, asimismo, tiende a abrirse en los últimos años. Lo que, sin embargo, no tiene reflejo alguno en la evolución de las desigualdades regionales de renta, al menos en su expresión más grave, la pobreza, en tanto que los umbrales de pobreza regionales se mantienen más o menos estables, pero en niveles sustancialmente inferiores a la media del Estado Español.

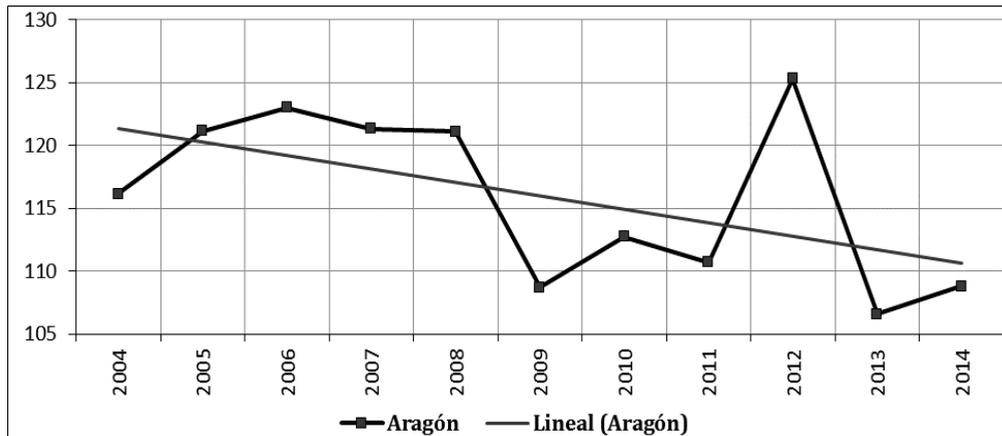


Figura 5. Evolución de la brecha salarial de género (España=100)

Fuente: Elaboración propia datos INE.

### 3.4. Un modelo de ecuaciones estructurales

Con el fin de corroborar estas hipótesis de forma más determinística se ha desarrollado un modelo de ecuaciones estructurales que relaciona un conjunto de variables definitorias del marco de relaciones laborales, con múltiples parámetros que cuantifican la realidad económica y la cohesión social de la región. A partir de un conjunto extenso de variables sobre las que se dispone de información estadística en la escala regional, en

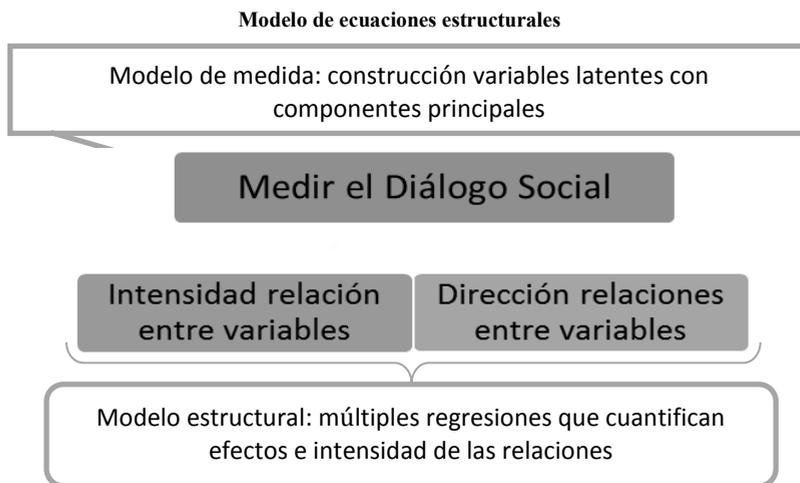
abundancia y adecuación al objeto de nuestro análisis, se ha construido un modelo econométrico del tipo indicado. Se ha comenzado por la elaboración de “variables latentes” que representan los ámbitos en los que hemos querido agrupar el espectro de variables consideradas (ámbito de relaciones laborales, económico, social, etc.) a través de un análisis factorial o de componentes principales. Para, a continuación, elaborar un modelo de ecuaciones estructurales que nos indican las relaciones, la entidad y la dirección de éstas, entre las variables latentes consideradas.

En definitiva, el modelo de ecuaciones estructurales planteado, permite medir las relaciones entre las *variables latentes*, construidas “ad hoc” para cuantificar la intensidad de la relación entre dichas variables y el DS, así como la influencia que este tiene sobre el crecimiento económico.

La potencia explicativa de este tipo de ecuaciones estructurales se basa en que combina la creación de un modelo de medida, que permite construir factores o aspectos difícilmente cuantificables u observables directamente, y de un modelo estructural, con múltiples regresiones entre las variables, para cuantificar la intensidad y dirección de las relaciones entre ellas.

El modelo de medida se basa, en el caso aquí presentado, en un análisis de componentes principales, que obtiene la información a partir de indicadores medibles y observables, altamente correlacionados entre sí en los diferentes bloques, de tipo *reflectivo*. Por tanto, son los indicadores los que posibilitan la medición de la variable latente en cada bloque, que refleja la realidad no observable directamente. Gracias a dichos indicadores agrupados en los diferentes ámbitos de estudio, se han construido nueve variables latentes de primer orden: *políticas de empleo, negociación y resolución de conflictos*, en el ámbito de las relaciones laborales; *protección y pobreza* en el ámbito social, *desigualdad y precariedad* en el ámbito del mercado de trabajo; y *estructura del tejido productivo y crecimiento económico*, en el ámbito económico.

Esto nos ha permitido valorar estos constructos que, a su vez, constituyen la base de las variables latentes de segundo orden, en esta ocasión, de tipo *formativo*. Con ellos se han organizado las variables que permiten identificar las relaciones laborales, el ámbito social y del mercado de trabajo, básicas para medir la intensidad del DS, uno de los objetivos fundamentales del análisis.



**Figura 6. Configuración de un modelo de ecuaciones estructurales.**  
Fuente Elaboración propia

Con todo ello, se establece el modelo estructural que, a partir de múltiples regresiones, mide las relaciones que se producen entre las diferentes variables, cuantificando sus efectos y la intensidad de dichas relaciones. La mayor intensidad de las relaciones se encuentra entre el DS y las relaciones laborales, siendo también considerable la influencia del mercado laboral (de forma negativa al estar medido en términos desempleo, desigualdad y precariedad) y, en menor medida, del ámbito social.

Este modelo tiene la ventaja de permitir crear variables no observables o cuantificables directamente, como es el caso del DS, que se construye a partir de múltiples indicadores y variables latentes difícilmente reconocibles en un solo valor. Las múltiples facetas que influyen en el DS, tal y como se viene explicitando a lo largo del presente trabajo, quedan recogidas con el modelo desarrollado.

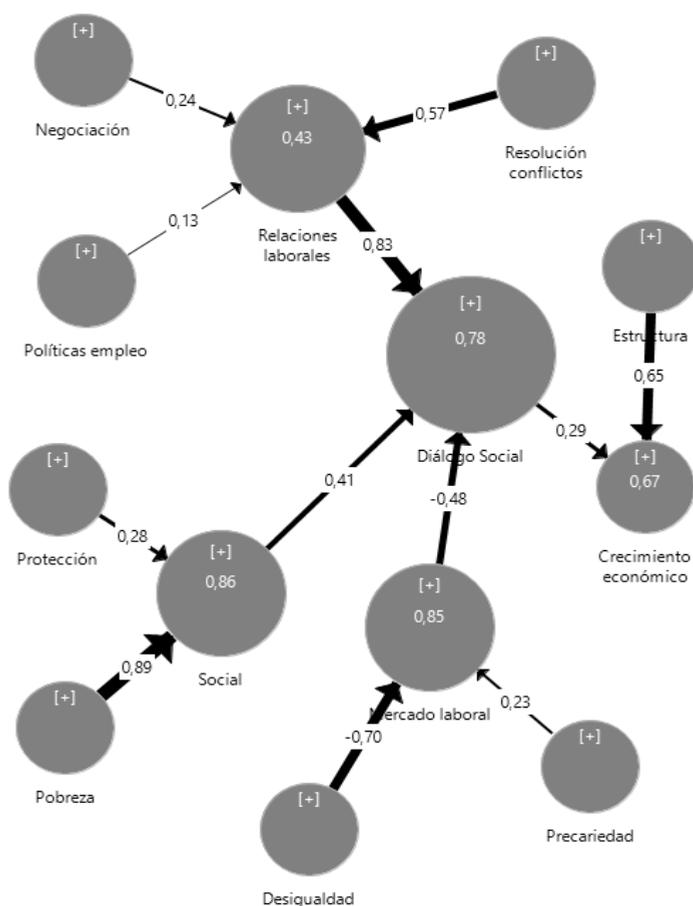
Así, la variable DS, que refleja una combinación de clima propicio para el desarrollo de actividades económicas, en este caso industriales, junto a la paz social, recogida a través de una menor incidencia de huelgas y conflictos colectivos, se puede construir también a partir de la variedad de factores que influyen en su evolución. Tal y como se ha ido desarrollando en el presente estudio, tanto en el análisis cualitativo, como en el cuantitativo descriptivo, este análisis cuantitativo confirma la intensa influencia que las relaciones laborales tienen sobre el DS. Una intensidad mayor (de 0,83) que la influencia del resto de variables (mercado laboral y ámbito social) en la construcción de este clima y paz social, que se miden con el DS, que llevan al crecimiento económico.

A su vez, unas relaciones laborales que se basan en las políticas de empleo, la negociación y, con especial intensidad, la resolución de conflictos. Estos resultados confirman lo expuesto en las conclusiones extraídas del análisis cualitativo, donde la percepción que aquí se manifiesta en el modelo, ya se transmitía por parte de los agentes sociales implicados. El proceso de DS favorece un clima propicio para la evolución favorable de las relaciones laborales, pero son éstas las que más influencia tienen sobre la

propia validez e intensidad del DS y sus repercusiones sobre el crecimiento económico de la región. Estas relaciones quedan explicitadas en el modelo construido de ecuaciones estructurales, y medidas con la intensidad y dirección que se presuponía, pues el 43 por ciento de la variable construida de Relaciones Laborales se explica gracias a las políticas de empleo, la negociación y resolución de conflictos. En este sentido, en aquellas regiones donde los aspectos de resolución de conflictos están menos desarrollados, donde la negociación tenga un menor alcance o donde las políticas de empleo sean menos intensas, tendrán una peor evolución económica, pues la influencia sobre las relaciones laborales y, por ende, sobre el DS será menor.

El resto de variables latentes (mercado de trabajo y cohesión social), también se construyen a partir de la información sobre la desigualdad y precariedad del mercado laboral, y sobre la protección social y la pobreza, respectivamente. Estos constructos, siendo importante su influencia, son menos relevantes que las relaciones laborales en la construcción de nuestra variable objetivo, el DS. Todas estas variables, no obstante, son necesarias para la medición del DS, pues son capaces, en conjunto, de explicar hasta un 78 por ciento de su evolución. De nuevo, por tanto, en aquellas regiones donde sea menor la cohesión social y donde el mercado de trabajo refleje mayores desigualdades y niveles de precariedad, tendrán un peor resultado en términos de crecimiento económico, pues su incidencia sobre el DS, y la de éste sobre el crecimiento económico, será menor.

Es decir, el DS necesita explicarse con variables que van más allá de su ámbito inmediato de clima y paz social, añadiendo los aspectos sociales, del mercado de trabajo y, especialmente, de las relaciones laborales, que configuran la evolución y el diseño del DS.



**Figura 7. Coeficientes de trayectoria del modelo estructural**  
**Fuente: Elaboración propia con el programa SmartPLS 3.**

La mayor dificultad en el diseño del modelo ha sido hacer frente a la limitación de los datos estadísticos sí medibles y cuantificables, que no se encuentran de manera completa para todas las regiones, lo que, a su vez, complica la agregación para el conjunto de España. Esto ha hecho que, para hacer frente a dicha dificultad, se haya considerado de forma conjunta a los datos de Aragón y los de España, con el objetivo de aumentar el tamaño muestral y con ello la fiabilidad, consistencia y validez del modelo de medida, así como el ajuste y la bondad del modelo estructural.

A pesar de estas peculiaridades técnicas, se considera que el modelo de ecuaciones estructurales (siguiendo la metodología de mínimos cuadrados parciales, precisamente para paliar los problemas derivados del escaso tamaño muestral) es adecuado para considerar las interrelaciones entre los factores que construyen el DS y su influencia sobre el crecimiento económico, segundo de los objetivos fundamentales planteados inicialmente.

Los indicadores que miden el crecimiento económico se basan no solo en la tasa de crecimiento de la actividad económica (PIB), sino también en la evolución del empleo y del salario, siendo estas variables, junto a la estructura productiva y el DS las que explican un 67 por ciento del crecimiento económico. Es decir, el crecimiento económico depende también del DS. Es la construcción de este clima que propicia la inversión y la estabilidad industrial, junto a la garantía de la paz social, lo que permite que la relación directa y positiva sobre el crecimiento económico sea señalada y significativa. Por tanto, aquellas regiones donde el DS sea una realidad constante (como lo es en Aragón), tendrán una ventaja comparativa sobre el resto de regiones donde el DS no aparezca o tenga un carácter esporádico y puntual. El valor que el DS tiene para el crecimiento económico de la región es incuestionable y queda cuantificado en el modelo aquí presentado.

En definitiva, estos resultados permiten apuntar a la capacidad predictiva del modelo, mostrando la influencia del DS en el crecimiento económico y cómo este DS se alimenta de las relaciones laborales, el ámbito social y el mercado laboral.

Son estos, pues, los valores sobre los que hay que incidir para continuar con la buena senda que el DS ha seguido en Aragón, especialmente frente a otras Comunidades Autónomas y respecto al conjunto de España, mostrando su mayor influencia y relevancia sobre el crecimiento económico de la región.

### **3.5. Los efectos del DS en Aragón. La perspectiva de los agentes sociales y representantes de la “sociedad civil”**

Y, por último, se ha indagado, a través de un análisis novedoso en el terreno de los estudios sobre el DS, en una dimensión cualitativa como elemento importante a la hora de valorar las características e impacto que el mismo ha tenido en el tejido económico y social regional. El análisis de la información cualitativa, arroja una serie de consideraciones sobre los efectos del DS en Aragón sobre las que es necesario hacer una reflexión, y que comentamos a continuación.

Para ello, se entrevistó (2017) a más de una veintena de actores que han protagonizado la construcción del DS en la región, con el fin de conocer sus percepciones sobre la evolución y la valoración del mismo. Además, se organizó una reunión de expertos del ámbito académico y profesional, complementada con dos entrevistas adicionales, con el fin de contar también con una mirada externa, más analítica, de especialistas en el DS. Y finalmente se realizó un workshop con participantes en los dos trabajos anteriores y otros representantes de la sociedad aragonesa. En este documento se han puesto en diálogo, todas las perspectivas presentes, en torno a tres grandes ejes:

- el DS como un elemento característico de Aragón que ha influido en su clima laboral y económico;
- el impacto de dicho DS en la realidad laboral, social y económica de la región;
- y los desafíos y horizontes temáticos futuros a los que se enfrenta en el futuro próximo.

Las principales conclusiones obtenidas se podrían resumir en las siguientes tesis.

Los agentes sociales consideran que el modelo de DS en Aragón ha sido a grandes rasgos un modelo exitoso, un lugar de encuentro y seña de identidad de la Comunidad Autónoma aragonesa. El DS ha tenido la capacidad de evolucionar adaptándose a un contexto cambiante: tras una primera fase de consolidación, el DS se abrió a nuevos temas durante la fase de bonanza económica para, tras el impacto de la crisis económica y el surgimiento de enormes dificultades, experimentar un reajuste y centrarse de nuevo en temas relacionados con el empleo y el marco de la negociación colectiva. Los expertos coinciden en que el diálogo se ha hecho más difícil, además de estar sometido a un marco de mayor complejidad en la que nuevas instituciones y actores influyen mucho en la agenda; por ello, es importante enfatizar que hoy resulta más necesario que nunca.

Según los actores sociales, el DS ha demostrado, durante estos años, la madurez de los agentes sociales: se ha mantenido en circunstancias extraordinarias y ha servido para erigir instituciones fundamentales en Aragón como el INAEM o el SAMA. Los expertos coinciden en alabar el éxito del DS en Aragón, tanto por su larga trayectoria de acuerdos y resultados demostrables, como por el clima social conseguido, importante de cara a asegurar la competitividad de la región.

Entrando en el detalle de opiniones de los diferentes agentes sociales, como se ha señalado, y salvo alguna excepción concreta, se ha podido constatar que existe una buena valoración en general, por parte de casi todos los entrevistados, del proceso de DS en Aragón. Los agentes sociales implicados en el mismo han descrito su evolución y, a grandes rasgos, se coincide en que se ha pasado de un escenario de grandes acuerdos a otro de acuerdos menos ambiciosos, pero más concretos, lo que puede ser una oportunidad para una mejora en la implementación más eficaz de las medidas consensuadas.

En el caso de las asociaciones empresariales, todos los representantes creen que el DS ha demostrado, durante estos años, la madurez de los agentes sociales, que han sabido llegar a acuerdos en circunstancias muy difíciles (en contraste con las fuerzas políticas nacionales). Reivindican el papel clave que los agentes sociales han tenido en las mejores condiciones de Aragón en términos de política social y empleo en relación a la media española. Las asociaciones empresariales consideran que el papel central de los agentes sociales los legitima para influir en las políticas activas de empleo.

Los sindicatos, por su parte, apoyan el DS y creen que ha funcionado razonablemente bien en Aragón, donde los salarios son más elevados que en el resto de España. No obstante, su discurso es más crítico, indicando que algunos objetivos no han podido alcanzarse y que el diálogo no ha fluido de igual forma bajo los distintos gobiernos que han presidido la comunidad autónoma.

A nivel territorial, es destacable señalar que en Teruel hay una sensación de que el DS a nivel de comunidad autónoma no ha sabido solucionar los problemas turolenses, siendo en la provincia la relación entre asociaciones empresariales y sindicatos bastante estrecha a la hora de plantear reivindicaciones conjuntas de carácter territorial. Parece que la cuestión de la vertebración del territorio es un tema pendiente. En Huesca, aunque se reconoce la importancia de una vertebración territorial, la agenda del DS parece haberse centrado más en otras cuestiones. Es destacable que desde las posiciones sindicales hay una queja de que el DS no ha funcionado tan bien a nivel provincial.

Desde la perspectiva de los técnicos de la administración y agentes políticos, la evolución del DS se ha presentado en general como resultado de una evolución progresiva, sin grandes sobresaltos ni excesiva influencia por los cambios de signo político. En particular, se considera la estrecha relación entre la evolución de las competencias asumidas a nivel regional y la posibilidad de profundizar en los compromisos del DS. A partir de la crisis, se coincide con el resto de agentes en la centralidad de las políticas de empleo, que de hecho ha generado el primer acuerdo de carácter específico en la nueva etapa de DS abierta en los últimos años (donde se busca que los acuerdos sobre materias específicas sustituyan a los grandes acuerdos marco).

Finalmente, y cuando hablamos del futuro y sus retos, en opinión de los actores, tanto desde el lado empresarial como el sindical, existe una cierta preocupación en torno a quién debe participar en el DS. El modelo ideal al que aspiran es un modelo de relaciones bilaterales entre sindicatos y asociaciones empresariales, regulado mediante una demandada Ley de Participación Institucional y que sea capaz de realizar un seguimiento más detallado de los resultados de los acuerdos. Para los expertos, los principales desafíos del DS en Aragón tienen que ver con la situación de los jóvenes, la vertebración del territorio y los retos de un nuevo contexto económico marcado por la globalización.

#### 4. EN SÍNTESIS

De los resultados empíricos presentados en los epígrafes anteriores, y a modo de resumen, se pueden enumerar una serie de fortalezas, presentes y contrastadas en el modelo actual de DS de Aragón:

- La consolidación del DS a nivel tripartito, después de 28 años y 10 Acuerdos. Los agentes creen y defienden el DS, considerando el ejemplo de Aragón como un modelo para el resto de CCAA.
- La adaptación a la realidad económica y social de Aragón de las medidas pactadas y de los instrumentos constituidos para la gestión de los programas y actuaciones consensuados. El DS en Aragón ha tenido una larga tradición de acuerdos y consensos entre los agentes sociales, con independencia de la situación política y económica.
- La paz social es una seña de las relaciones industriales aragonesas, permitiendo un desarrollo económico y social sostenible, y la atracción de inversiones.
- Los órganos de participación e intervención de los interlocutores sociales en las políticas públicas. Las instituciones que se han erigido a raíz del proceso de DS (INAEM, SAMA) son consideradas unánimemente como eficaces y fiables.
- Las vigencias plurianuales han facilitado tanto la puesta en marcha como la ejecución de los Acuerdos.
- El DS ha tenido efectos muy positivos sobre la economía de la región: menor desempleo, menor conflictividad laboral, atracción de infraestructuras.

No obstante, estas fortalezas se ven acompañadas también de diferentes debilidades identificadas en el DS, en Aragón, que describimos aquí debajo:

- La influencia de la política de la Unión Europea y el contexto de globalización económica, con su impacto en la política nacional, ponen numerosos límites a la capacidad de los agentes sociales de desarrollar una agenda propia.
- La ausencia de Acuerdos a nivel bipartito entre los interlocutores sociales, pese haberse comprometido a ello.
- Los agentes sociales coinciden en que no se ha sabido comunicar correctamente los progresos a los que ha contribuido el DS en Aragón.
- En ocasiones, el DS ha tenido objetivos demasiado ambiciosos, lo que ha llevado a una cierta indefinición. Además, se destaca el tratamiento generalista de algunas materias y la formulación excesivamente declarativa de determinados contenidos. La mayoría de los Acuerdos no contienen además compromisos financieros o presupuestarios.
- Hay un margen de mejora importante en las políticas de seguimiento. Los agentes achacan estas dificultades a la falta de medición y evaluación continua del grado de ejecución de los Acuerdos.
- La crisis económica ha limitado notablemente la capacidad presupuestaria disponible para los agentes involucrados con el DS.
- Algunos expertos señalan que el DS no está siendo capaz de incorporar las inquietudes de grupos sociales como los jóvenes, lo que influye en la creación de una brecha intergeneracional. Pese a los esfuerzos, hay críticas por la debilidad de las políticas de vertebración del territorio.

Conviene también sintetizar las amenazas que se ciernen, en nuestra interpretación, sobre el DS y su futuro, así como sobre los posibles efectos positivos que el mismo tiene para remover el tejido productivo e impulsar el desarrollo socioeconómico.

- Hay elementos de fondo, como el contexto de desregulación económica a nivel internacional, que pone en riesgo los marcos institucionales típicos del DS.
- A la vez, la unilateralidad que los gobiernos están exhibiendo en la toma de decisiones a la hora de desarrollar su acción de gobierno puede afectar negativamente al DS, al no encontrarse este suficientemente regulado. Esto puede terminar generando, a medio plazo, una situación de desconfianza entre los interlocutores sociales y los Gobiernos por los incumplimientos de los programas y actuaciones pactados.
- Al mismo tiempo, debido a las peculiaridades geográficas y demográficas de Aragón, es posible que se corra el riesgo de desatender los problemas de las provincias de Huesca y Teruel, al concentrarse los esfuerzos de los agentes sociales en la provincia (y sobre todo en la ciudad) de Zaragoza<sup>18</sup>.
- Otra cuestión que puede ser vista como una amenaza es la irrupción, con mucha fuerza, en la escena política y social de nuevos partidos y movimientos sociales que cuestionan los beneficios del DS y los méritos de los agentes. Es necesario reconocer que parte de esta situación se ha debido a un deterioro de la imagen de los agentes sociales, tras la aparición de diversos casos de corrupción a nivel nacional, entre otras motivaciones. Esto genera una pérdida de legitimidad del DS que puede

---

<sup>18</sup> Sobre cómo abordar los desequilibrios territoriales y entre zonas urbanas y rurales se puede consultar VVAA (2007).

terminar obligando a modificaciones profundas del mismo no sólo en términos de estructuración del diálogo sino incluso en la posibilidad de que el DS incorpore a nuevos actores, lo que puede ser visto por parte de los agentes sociales tradicionales como una oportunidad y una amenaza al mismo tiempo.

Pese a estos posibles riesgos, en la investigación también se han podido identificar, sintéticamente, algunas oportunidades importantes que surgen de la propia praxis del Dialogo Social en la región.

- Parece evidente que la paz social de Aragón es un elemento de competitividad indudable, y puede servir de referencia importante para la construcción de una “marca Aragón”.
- Existe una voluntad real por parte de los agentes sociales de querer llegar a acuerdos y de mantener vivo el DS. Por ello, parece más que oportuno impulsar el DS a nivel bipartito, con un énfasis especial en materia de relaciones laborales y de la negociación colectiva.
- Una oportunidad que se abre en el modelo de DS en Aragón es la de desarrollar más concreción en sus objetivos y posibilidades. Sería conveniente desarrollar un modelo de DS centrado sobre materias concretas, que permita una mejor identificación de las soluciones a los problemas de la economía y de la sociedad de Aragón. De hecho y debido a la crisis, el DS se ha visto forzado a centrarse en las políticas de empleo, lo que quizá contribuya a una mayor concreción de los objetivos del mismo.
- Existe, de este modo, la oportunidad de una mayor creatividad en los acuerdos, además de incorporar mayor flexibilidad en el proceso. Esta mayor concreción implicaría afrontar, desde el DS, los retos del futuro del empleo, de la digitalización de la economía y de la igualdad y de la cohesión social. Existiría adicionalmente la posibilidad de incorporar al DS contenidos novedosos, como la emergencia de la economía colaborativa, permitiendo que se sitúe a la vanguardia de las políticas de empleo<sup>19</sup>.

De las conclusiones elaboradas a partir del análisis del DS y sus impactos socioeconómicos, recogidas en este trabajo, se pueden extraer un conjunto de reflexiones prospectivas que permiten ofrecer un conjunto de recomendaciones a proyectar hacia el futuro con el fin de mejorar la estructura, el desarrollo y los contenidos de este instrumento de concertación social, pensando siempre en la mejora de sus manifestaciones en la estructura productiva y social de la Comunidad Autónoma.

Nos encontramos en un escenario en el que sería conveniente regular la Participación Institucional y el DS, con herramientas como una Ley de Participación Institucional o una medida similar. Existe además la posibilidad de que el DS incorpore a nuevos actores, lo que puede ser visto como una oportunidad y una amenaza al mismo tiempo. Sería además imprescindible proceder a reforzar la cohesión y la vertebración de Aragón, desde la articulación territorial del DS.

---

<sup>19</sup> Sobre “nuevas dimensiones” del Diálogo Social ver Quiñones (2005).

En conclusión, –como así se ha puesto de manifiesto en el trabajo realizado y a pesar de las limitaciones en materia de información a las que ha habido que enfrentarse– la incidencia positiva del DS continuado llevado a cabo en Aragón desde 1989, sobre la marcha de su tejido económico y social.

El modelo de Diálogo desarrollado hasta la fecha en la Comunidad Autónoma ha sido muy extenso en sus contenidos y, de manera destacada, sistemáticamente inclusivo, lo que ha permitido concentrar una elevada credibilidad en sus propuestas y mensajes al mundo del trabajo y, también, a la sociedad en su conjunto.

Los resultados de investigación desarrollada confirman esta hipótesis, pero también ponen de manifiesto que, como suele ocurrir, hay que otorgar mayor dinamismo y capacidad de cambio hacia el futuro al modelo de DS para que pueda hacer frente con eficiencia y éxito a los nuevos retos a los que se enfrenta y de modo más intenso se enfrentará en el futuro el mundo del trabajo, si pretende seguir siendo la argamasa del tejido social que promueve progreso.

Por ello, de las conclusiones de este estudio hemos deducido un conjunto de recomendaciones, sin ánimo de exhaustividad, que entendemos pueden ayudar a los interlocutores a fijar los retos a futuro y sobre todo los cambios a introducir en el modelo de DS en el horizonte más inmediato.

Esperamos haber contribuido a ello con nuestros análisis, reflexiones y propuestas, que, por supuesto, están sujetos a valoración y crítica por el conjunto de la sociedad a la que se dirigen, pero sobre todo por los interlocutores sociales que son los protagonistas de estas páginas.



Clásicos de la  
Seguridad  
Social

LABORUM



## GARCÍA ORMAECHEA, R. (1876-1938): “Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social”

## GARCÍA ORMAECHEA, R. (1876-1938): “From socialist legal democratic reformism to conservative social reformism in Social Security policy”

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

*“... el hombre moderno está obligado a ocuparse de la política. Yo me ocupo de ella con mis propios riesgos, y porque, a causa de mis defectos más que a causa de mis cualidades, jamás he sabido rehusar nada respecto de las obligaciones con que me he encontrado”*

ALBERT CAMUS<sup>1</sup>

### 1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL

Rafael García Ormaechea y Mendoza (Madrid, 19 de febrero de 1876-Santander, 21 de noviembre de 1938), fue un gran reformador socialista y uno de los estudiosos y divulgadores de los seguros sociales en España. Aparte de ello realizó una ingente labor como abogado y ocupó cargos políticos relevantes. Él tenía una mentalidad pragmática en la aplicación de las medidas de previsión social. En este sentido siempre –más allá de sus cambios en el ideario estrictamente político– fue un intelectual y profesional sinceramente comprometido con la causa de la expansión de los seguros sociales y la mejora de las condiciones de vida de las clases trabajadoras. Como luego se indicará en su primera e importante (por su influencia práctica) etapa socialista él asumirá una concepción evolucionista de las transformaciones del orden social, coincidiendo con las orientaciones dominantes en la Segunda Internacional (señaladamente la figura muy destacada de Eduard Bernstein y sus premisas del socialismo reformista; resulta harto significativo que su obra fuera traducida al castellano como “socialismo evolucionista”<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> CAMUS, A.: *Ensayos. Carnets, II*, en *Obras completas*, Tomo II, traducción y Prólogo de Julio Lago Alonso, México, Aguilar editor, reimpresión de la 3ª ed., 1973, pág. 1311.

<sup>2</sup> Puede consultarse ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012, espec., el capítulo 3 (“Evolucionismo económico-social y político como postulado fundamental de la política reformista”), págs. 75 y sigs.

García Ormaechea tenía una personalidad muy compleja –y completa en las variedades de la experiencia–, toda vez que, aparte de lo indicado, fue un excelente y muy reconocido abogado (miembro del Colegio de Abogados de Madrid desde 1898) incorporado al despacho del conservador reformista Eduardo Dato (del que fue gran amigo hasta su trágico asesinato). Se ha advertido respecto a esa relación que uno de los brillantes pasantes del despacho de Eduardo Dato Iradier era Rafael García Ormaechea. Éste se sentía socialista, con vocación de militante, y había sido pasante en el bufete de don Ángel Ossorio y Gallardo (también conservador). A principios del siglo, García Ormaechea era ya un socialista muy conocido. Su presencia en el PSOE no tuvo el trazo efímero de la de otros hombres, como Luis Carande, Manuel Ciges Aparicio, Manuel Bueno, también José Ortega y Gasset –según testimonio de Andrés Soborit– y Ramiro de Maeztu. García Ormaechea fue uno de los primeros concejales socialistas por Madrid –1905– junto con Pablo Iglesias y Francisco Largo Caballero. Trabajaba en el bufete de Dato, y no renegó del socialismo; dejó de hacer vida militante, y participaría en la política social impulsada por su Eduardo Dato. Especialmente en el Instituto de Reformas Sociales y en el Instituto Nacional de Previsión (INP). Según Montejo y Rica, García Ormaechea, al morir Dato declaró “en su artículo apologético, que por no poner minutos dejaba de cobrar no pocos honorarios”<sup>3</sup>. García Ormaechea –ya vinculado al Instituto de Reformas Sociales– asistió a la creación del Instituto Nacional de Previsión a impulso decisivo de Eduardo Dato. “El trámite fue largo y difícil. La ponencia –parlamentarios y técnicos– que redactó el proyecto de ley para elevarlo al Poder público, la formaron, con Dato, el republicano Gumersindo de Azcárate, presidente del instituto de Reformas Sociales; el tipógrafo socialista y de la U.G.T. Matías Gómez Latorre, vocal de Reformas Sociales; José Maluquer y Salvador, técnico de seguros; y el catedrático de la Facultad de Derecho y republicano, Rafael Salillas. El proyecto de ley lo aceptó un ministro de la Gobernación, liberal, don Bernabé Dávila, pero se inmovilizó en las Cortes. Lo aprobaron las Cámaras cuando Dato era presidente del Congreso de los Diputados”. La fecha de creación del INP fue el 29 de febrero de 2908. El Presidente del Patronato, en el que había un vocal obrero y otro patronal, sería hasta 1913, Eduardo Dato. Los gastos de la primera oficina montada en la calle de Génova, los sufragaron personalmente Dato y José Maluquer y Salvador<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> GARCÍA VENERO, M.: *Eduardo Dato. Vida y sacrificio de un Gobernante Conservador*, Vitoria, Ed. Diputación Foral de Alava (Consejo de Cultura), 1959, págs. 123-124.

<sup>4</sup> MARTÍN-GRANIZO, L.: *Biografía de sociólogos españoles*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Imp. del Boletín Oficial del Estado, 1963, pág. 95; GARCÍA VENERO, M.: *Eduardo Dato*, cit., pág. 145: “Se trataba de un primer paso. Transcurrirían once años antes de que por decreto-ley las pensiones de retiro de vejez se transformaran en el retiro obrero obligatorio –decreto-ley de 11 de marzo de 1919–. Gobernaban los liberales, y la fórmula de decreto-ley fue utilizada por la necesidad de poner al día la legislación social española. El Tratado de paz (de Versalles) ya era conocido, y determinaba un nuevo régimen en materias sociales. Como España se adhirió al principio a la Oficina Internacional del Trabajo, estableció la jornada de ocho horas –3 de abril de 1919–, y la de siete en las minas de carbón, y creó una Comisión paritaria mixta para entender en los conflictos sociales... Los nuevos seguros sociales, como el de maternidad de las obreras, pudieron implantarse durante la Monarquía, gracias al concurso de los dos Institutos, de Reformas Sociales y de Previsión, que Dato postuló y sostuvo. En estos se había formado una promoción técnica, valiosa, que pretendía dominar los problemas funcionales, harto complejos” (*Ibid.*, pág. 146).

Sobre la personalidad de Eduardo Dato, puede consultarse también, VV.AA.: *Eduardo Dato. Presidente del Consejo de Ministros de España. “La reforma Social”*, García Moncó, A. y Del Valle, J.M. (Coords.), Madrid, ediciones Cinca, 2014.

Como político tuvo un largo recorrido con una intervención destacada en la política de reformas sociales, pero también asumiría diversos cargos políticos, Concejal del Ayuntamiento de Madrid, por Chamberí, 1906-1909, y más tarde en su segunda etapa más conservadora como Gobernador Civil de Valencia, 15 de abril-12 de diciembre de 1922 (el predecesor fue José Calvo Sotelo y el sucesor Francisco Javier Cabello y Lapiedra). Por lo demás, estuvo afiliado y en plena actividad de asesoramiento al PSOE hasta 1908 ó 1909.

García Ormaechea estudio Derecho en la Universidad Central de Madrid. En 1901 publicaría un trabajo influyente en su época *Evolución del Derecho*, en el cual defendió la reorganización de las instituciones del Derecho civil en sentido social. Salió elegido como concejal en las elecciones municipales del Ayuntamiento de Madrid en las elecciones municipales de noviembre de 1905, a la vez que Pablo Iglesias Posse y Francisco Largo Caballero. En esa primera fase de compromiso socialista tradujo al castellano el *Manifiesto Comunista* de K. Marx y F. Engels en 1906.

En su segunda etapa se hace partidario de la Monarquía y continúa como miembro del Instituto Nacional de Previsión. En este contexto es cuando asume el cargo de Gobernador civil de la provincia de Valencia en 1922. También desempeñó varios cargos y puestos de responsabilidad relevantes durante la Dictadura de Primo de Rivera. En cierta medida actuó como enlace informal de la Dictadura con los líderes socialistas (PSOE; Largo Caballero) y sindicalistas (UGT; Manuel Llana y Trifón Gómez), manteniendo una cierta colaboración desde las diferencias político-ideológicas de partida que ya eran nitidamente conservadoras en el plano estrictamente político. Y ello se vio facilitado, sin duda, porque había sido militante activo durante varios años de ambas organizaciones y cultivado una gran amistad con varias personalidades destacadas del socialismo reformista. Y lo fue durante todo el periodo de la Dictadura y también en su fase terminal de la llamada “dictablanda” del General Berenguer.

Durante la República continuó su intensa actividad dentro del INP y se ocuparía muy especialmente de la publicación de trabajos significativos sobre cuestiones sociales. Entre ellos conviene destacar, su libro *Supervivencias feudales en España* (1932) y *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional* (1933). Con el advenimiento de la Guerra (in)civil García Ormaechea huyó hacia la zona republicana hacia Francia, instalándose después en la zona sublevada del General Franco. Pero en la zona sublevada fallecería pronto en Santander, el 21 de noviembre de 1938.

Es difícil siempre juzgar a una persona desde el necesario distanciamiento histórico, pues acaba respondiendo y reaccionando en su modo de pensar y actuar de una forma que se corresponde con las circunstancias de su época y con su propio carácter en el contexto de una autorreflexividad personal y condicionantes personales y profesionales y de su propio encuadramiento en la clase social de pertenencia. Y por tanto atiende tanto al elemento subjetivo como a la influencia que ejerció sobre el contexto histórico y político e ideológico. El papel del hombre, del intelectual, García Ormaechea, es el resultado de un ensamblaje entre lo individual subjetivo y las circunstancias condicionantes de entorno histórico en el cual se inserta e interactúa. Esto es importante para tratar de entender por qué nuestro autor, como personaje históricamente situado, adoptó determinadas decisiones sobre opciones político-sociales e ideológicas distintas en un largo iter histórico.

## 2. LA PRIMERA ETAPA SOCIALISTA DE DEFENSA DE LA REFORMA SOCIAL. EL SOCIALISMO JURÍDICO DE GARCÍA ORMAECHEA

García de Ormaechea fue un intelectual militante muy activo del PSOE y la UGT hasta 1908. En calidad de tal defendía un marxismo de carácter reformista, es decir, una “socialismo evolucionista” al estilo del modo de pensar de Eduard Bernstein<sup>5</sup>. Su visión por entonces era la propia del socialismo jurídico; esto es, llevar a cabo una transformación social pacífica que respetando el sistema democrático condujera hacia la instauración del socialismo. En definitiva, una suerte de revolución político-jurídica: una vía pacífica hacia el establecimiento de un orden socialista que suprimiera las intolerables situaciones de desigualdad entre clases sociales y realizase plenamente la idea de justicia social en su traducción jurídica e institucional. Ello le llevó a implicarse en la política de reforma social, con un especial énfasis en la elaboración de las primeras leyes sociales, como es el caso de la Ley de Accidentes de trabajo (1900) y la Ley de descanso dominical, entre otras. Pero aun después de dejar el socialismo continuaria con esos compromiso intelectual y vocación reformista teniendo un papel destacado en la elaboración de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922, aparte de investigar sobre esta materia y su proyección en la experiencia jurídica (Debe destacarse, en este sentido, su influyente producción científica, práctica y divulgadora sobre la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales entre 1933-1935).

Pero no se olvide que García Ormaechea como gran jurista fue más allá de la legislación social y se implicó directamente en el estudio y recopilación de la legislación y jurisprudencia sobre el Código Civil y toda la problemática de la reforma agraria y de los señoríos. En este sentido formó parte del prestigioso grupo “Mucius Scaevola”, junto con personalidades tan destacadas de la época como Ricardo Ayuelos y Pedro Apalategui.

Frente la doctrina del socialismo marxista de la segunda internacional, caracterizada sobre todo por un marcada ideología cientifista y el determinismo economicista<sup>6</sup>, se reaccionará en algunos sectores del socialismo español afirmando el socialismo como proyecto político y crítica de la cultura dominante: “Nacido el marxismo –dirá Fernando de los Ríos– a la vida en los momentos de auge de la filosofía materialista, o sea, cuando así el Universo, como el hombre y la Historia pretendían ser explicados por meros procesos materiales susceptibles de sucinta y mecánica exposición, dominada aquella época por la

<sup>5</sup> BERNSTEIN, E.: *Socialismo evolucionista (Die Voraussetzungen des Socialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie)*, Primera traducción española de la última alemana por E. Díaz-Retg, Valencia, F. Sempere y Compañía, Editores, 1910. Reditada en edición crítica: *Socialismo evolucionista*, trad. E. Díaz-Retg, revisión técnica, edición y estudio preliminar, «Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein» (pp. VII-XC), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011. En la edición de 1910, se indicaba que Eduard Bernstein tenía la condición de “Jefe de los socialistas revisionistas alemanes. Diputado del Reichstag” (*Ibid.*, pág. 3). Ampliamente sobre su pensamiento político y social reformista puede consultarse el estudio monográfico en el marco de su época realizado en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisa del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.

<sup>6</sup> Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea*, cit., págs. 75 y sigs.; SOREL, G.: *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el porvenir social]*, trad. M. Aguilar Muñoz, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “El pensamiento socio-político de George Sorel” (pp. XI-LXII), Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011, espec., 135 y sigs. (“La descomposición del marxismo”); y una crítica con proyección crítica de gran recorrido puede hallarse en FERNÁNDEZ BUEY, F.: *Contribución a la crítica del marxismo cientifista. Una aproximación a la obra de Galvano della Volpe*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona, 1984.

idea de que o hay realmente fundamento científico si no es basándose en las mal llamadas ciencias exactas o en las naturales, Marx, de acuerdo con su tiempo, cree hallar una interpretación científica del proceso de la cultura, en los fenómenos económicos, fundamentados en razones mecánico-biológicas inmanentes al propio proceso de la historia económica y de la técnica de la producción. La historia de la cultura se convierte, de esta suerte, en un capítulo de la historia natural: se trata de un mero proceso biológico (...) superada hoy científicamente aquella época no pueden quedar subsumidas la ética y la política dentro del ámbito de las ciencias naturales, no por razones de índole moral, sino por motivos exclusivamente científicos<sup>7</sup>. Es éste un socialismo humanista fruto de la intersección del pensamiento krausista y la tradición plural del pensamiento socialista<sup>8</sup>.

Como socialista jurídico (o socialista en el Derecho en un sentido más amplio más allá de la corriente específica del socialismo jurídico) él fue partidario de la construcción democrática y pacífica del socialismo, aceptando una idea de progresividad y respetando las reglas de juego de democracia como sistema de pluralidad de clases<sup>9</sup>. Postulaba una revolución social y “jurídica” a través de transformaciones graduales cualitativas, entre otras cosas, a través de la “socialización” del Derecho privado, o en otras palabras la introducción de la idea social en los Códigos de extracción originaria exquisitamente individualista (donde predominaba la consagración de la “idea individual”). Pero en esa época se mantenía dentro de un marxismo revisionista<sup>10</sup>.

Como jurista García Ormaechea formó parte de del grupo que investigaba con el seudónimo “*Mucius Scaevola*” (que, entre otras cosas, cristalizó en las ambiciosas obras *Jurisprudencia Civil*, expuesta y comentada por dicho grupo y el *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición original*, realizada por el referido grupo bajo reparto de tareas entre los autores que lo integraban. Este Código comentado y concordado inició su publicación en varios tomos sucesivos (entre 1896-1907), en Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, 1896, y después continuaría su publicación también en Madrid por la Sociedad Editorial Española, Imprenta de P. Apalategui, 1904.). Formaban parte de ese grupo tres prestigiosos jurídicas: Ricardo Oyuelos<sup>11</sup>, Rafael García Ormaechea y Pedro Apalategui<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> DE LOS RÍOS, F.: *El sentido humanista del socialismo* (1926), Madrid, edición de Elías Díaz, Ed. Castalia, 1976, págs. 194 y 197-198.

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, capítulo 3.1.4 (“El reformismo iussocialista en su contexto histórico: el pensamiento político-jurídico en el marco de la Segunda Internacional”), págs. 109 y sigs.

<sup>9</sup> Para esta idea GIANNINI, M.S.: *El poder público. Estado y Administraciones Públicas*, trad. de Luis Ortega, Madrid, Ed. Civitas, 1991; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

<sup>10</sup> GARCIA ORMAEHEA, R.: “Notas complementarias”, en MARX, C. y ENGELS, F.: *Manifiesto comunista*, Madrid, Editorial Internacional, 1906.

<sup>11</sup> Ricardo Oyuelos y Pérez (Madrid, 1865-1943 c.), Licenciado en Derecho civil y Canónico por la Universidad Central (1886), y letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, a quien Adolfo González Posada (1860-1944) –tan tímido en elogios– calificó de “gran jurista” (Adolfo González Posada, *Fragments de mis memorias*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983, pág. 316), fue un espíritu inquieto y comprometido con su tiempo. Integró ya en muy temprana hora, junto al doctor Jaime Vera López (1858-1918) y José Verdes Montenegro y Montoro (1865-1940), el reducido grupo de intelectuales “orgánicos” de izquierda próximos al Partido Socialista, si bien participando de modo más privado y discreto que éstos. Su intervención en los medios y órganos de prensa del movimiento obrero es sin embargo suficientemente significativa. Redactor del (...)

Se ha de retener que en los inicios del siglo XX una revista como "*La Nueva Era*" (cuyo primer número aparece en enero de 1901 y desaparece en 1902)<sup>13</sup> podrá justificar su existencia por la importancia del movimiento obrero y socialista en España, la exacerbación de los conflictos sociales y "el haberse visto precisado el Parlamento de dar leyes de carácter obrero. Tienen las masas obreras y socialistas órganos en la prensa que las defiendan y guíen, que las adoctrinen y aconsejen; lo que no tiene aún el socialismo español es una publicación que defienda esas ideas en el terreno científico, que aporte nuevos datos al estudio de la cuestión social"<sup>14</sup>. De modo que la revista no era en absoluto ajena a un proyecto de regulación jurídica de la cuestión social. En este sentido se deben destacar los contenidos jurídicos de la revista pluridisciplinar, hasta tal punto es así que en varios números se creó un apartado de "*Cuestiones Jurídicas*". En dicha revista se publicaron artículos tan importantes como el de Augusto Bebel, "Socialización de la sociedad"<sup>15</sup>, y el ensayo de E. Vandervelde, "Las bodas de oro del socialismo internacional"<sup>16</sup>. En este último artículo se defiende una revisión del socialismo de Marx atendiendo a las transformaciones que se había producido en el capitalismo, en la línea de realzar la importancia de las reformas desde dentro del sistema

semanario dominical bilbaino *La Lucha de Clases*, fundado en 1894 por Valentín Hernández Aldeata, para el que también escribió Miguel de Unamuno (1864-1936), con quien mantuvo correspondencia, fue muy posiblemente esa previa relación con Hernández, vocal de la Junta directiva de la Agrupación madrileña en 1895, la que medió en su aproximación al partido, así como para colaborar, a partir de 1896, en los números extraordinarios de 1º de mayo de *El Socialista*, apuntando una tendencia de inspiración social-reformista. A su firma también aparecerán más tarde otros trabajos en la revista quincenal *La Nueva Era* (1901-1902) dirigida por Antonio García Quejido, e igualmente en *La Revista Socialista* (1903-1906), fundada por Mariano García Cortés, ambas publicaciones sin duda piezas fundamentales en la formación del pensamiento socialista español a comienzos del siglo XX. Pues bien, en la maquetación de espacios con que la primera de ellas distribuyó su contenido se reservó uno destinado a 'Cuestiones jurídicas'. En él para el número inaugural se compuso el artículo que Oyuelos tituló "La importancia social del Derecho" (Ricardo Oyuelos y Pérez, "La importancia social del Derecho", en *La Nueva Era*, 1 (1901), págs. 14-16.). La sección se mantendría a lo largo de todo ese primer año reuniendo allí un notable elenco de escritos jurídicos firmados por intelectuales socialistas europeos, como Enrico Ferri (1856-1929), sudamericanos, como José Ingenieros (1877-1925), además de españoles entre los que figurarán Juan García-Goyena o *Rafael García Ormaechea* (Rafael García Ormaechea, "Evolución del derecho", en *La Nueva Era*, 12 (1901), pág. 400.). La fecha y el mismo relevante lugar ocupado por el trabajo explican que Oyuelos, con razón, haya sido calificado de "inteligencia gris" del partido en materias de Derecho. La concreta oportunidad se produce, además, en el seno de otro afanoso proyecto editorial donde la directa intervención de estos autores –juristas críticos de la época– resultó decisiva. Se trata de la fundación de la 'Biblioteca Quintus Mucius Scaevola', en cuya dirección y administración se ocupará personalmente. Pero lo que es más importante, el signo ideológico-político y jurídico de aquella traducción ciertamente no se produce en el vacío. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GARCÍA, J.: "Ricardo Oyuelos Pérez: del reformismo democrático y social a la utopía social corporativa", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 121 (2004), págs.4-6; MONEREO PÉREZ, J.: "Ricardo Oyuelos Pérez (1865-1943 c.): Política Social y Seguridad Social desde el Socialismo Jurídico", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 6 (2016), págs. 305 y sigs.

<sup>12</sup> Pedro Apalategui Ocejó (1865-1957), había anticipado en el colectivo "Mucius Scaevola", redactor del *Código civil comentado y concordado extensamente*.

<sup>13</sup> En esta revista –que tuvo un papel determinante en la transformación de la doctrina del socialismo español– desarrolló una labor relevante Antonio García Quejido, primero en el partido socialista y después de la escisión en la creación y consolidación del partido comunista de España (fue secretario general de dicha formación política). Criticaría la política reformista del partido socialista en el cuadro de la Dictadura de Primo de Rivera, cfr. "En el Partido Socialista-Otra probable escisión: XVIII", en *La Antorcha*, núm.52,24-XI-1922, y "Una conversación con el camarada García Quejido", *La Antorcha*, núm.130, 30-IV-1924. García Quejido traduciría el Manifiesto Comunista, de la versión francesa de Laura Lafargue, y fue revisada por Federico Engels. cfr. MARX, K.: *Manifiesto comunista*, Madrid, Ed. Publicaciones Teivos, 1930.

<sup>14</sup> "Al comenzar", en *La Nueva Era*, núm.1 (1901), pág.1.

<sup>15</sup> *La Nueva Era*, 1901, varios números.

<sup>16</sup> *La Nueva Era*, 1901.

establecido: "...no es imposible mejorar su condición material, moral e intelectual (de la clase obrera) dentro del marco mismo del régimen del capitalismo, y además, que la transformación radical de este régimen será tanto más rápida cuanto más considerables sean las concesiones arrancadas a la clase dominante"<sup>17</sup>.

En esta revista aparecerían típicas manifestaciones de la tendencia del "socialismo jurídico", como es el caso de la importante figura de Ricardo Oyuelos, especialmente con su artículo sobre "Importancia social del Derecho", el cual parte de la idea fuerza de Ihering de la "lucha por el Derecho"<sup>18</sup> para señalar que "la lucha de clases es una lucha por el Derecho"<sup>19</sup>. De este modo para Oyuelos el Derecho puede asumir un papel activo, es decir, una función social positiva al servicio de una política de organización de la sociedad como "organismo social"<sup>20</sup> (concepción evolucionista y organicista de la sociedad propia del socialismo jurídico, muy influenciado por la filosofía positiva). Precisamente esta idea de la lucha social como lucha por el Derecho entroncaba con el pensamiento de Georges Sorel para el cual un fenómeno distintivo de su mundo contemporáneo era la progresiva transformación –y reconducción– de la lucha de clases en "una lucha colectiva por la conquista de derechos"<sup>21</sup>.

En esta dirección se sitúa también José Ingenieros, el cual, con independencia de su nacionalidad argentina, escribiría tres artículos en "*La Nueva Era*" dentro del apartado "Cuestiones Jurídicas" de la esta revista. Sin embargo, para Ingenieros el Derecho se halla "estrictamente subordinado a las condiciones económicas que sirven de base a la organización social en cada momento histórico", siendo así que (siguiendo a Aquiles Loria) las "instituciones de la superestructura social" deben transformarse de una manera paralela y sinérgica respecto de la evolución constante de la organización económica. En tal sentido reprochará al Derecho civil de su tiempo el no haberse adaptado a las transformaciones de la sociedad, porque el Derecho civil se construye con base a "la propiedad individual de la tierra y de los medios de producción, con la consiguiente división de la sociedad en clases

<sup>17</sup> "Las bodas de oro del socialismo internacional", *La Nueva Era*, 1901, pág.632.

<sup>18</sup> Ricardo Oyuelos fue también el traductor en 1907 de la obra de SALVIOLI, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, trad. de Ricardo Oyuelos, Madrid, Biblioteca de Sacaevola (dirigida por el propio Ricardo Oyuelos), 2007; SALVIOLI, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, trad. de Ricardo Oyuelos, y estudio preliminar de B. Clavero, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979. Reclamación del pensamiento de Ihering frecuente entre los iussocialistas. Paradigmáticamente, ZERBOGLIO, A.: *El socialismo y las objeciones más comunes*, trad. de Rafael García Ormaechea, 1904, pág.176, para quien, siguiendo a Ihering, los hombres no han de esperar cruzados de brazos que las cosas se realicen por sí solas. Es necesaria la intervención activa del hombre para impulsar los cambios. El saber de Ricardo Oyuelos era impresionante, véase, por ejemplo, OYUELOS, R.: *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código Civil Español, concordado con los Códigos Americanos y portugués*, 8 Tomos, Madrid, C. de D<sup>o</sup>. Español, 1917-1933, 4619 páginas.

<sup>19</sup> Publicado en "*Nueva Era*", núm.1 (1901), pág.16. El párrafo completo merece la plena ser transcrito, sobre todo para poner en evidencia la penetración de antiguo de la tendencia del socialismo jurídico en nuestro país: "La lucha de clases es una lucha por el Derecho: lucha por el sufragio universal, o sea, consagración de la facultad de todos los ciudadanos a intervenir en la res publica; lucha por los demás derechos políticos; lucha por el reconocimiento en la ley de la jornada de trabajo, de la indemnización por accidentes, del mínimo salario, de la limitación del trabajo de mujeres y de niños, de la protección para la vejez, etc. Todo antagonismo parcial se resuelve por una disposición legislativa, y bien puede decirse que, desde un punto de vista subjetivo, el problema social se encierra en la máxima fundamental del Derecho romano: *Suum cuique tribuere* (a cada uno lo suyo)" (*Ibid.*,pág.16).

<sup>20</sup> *Ibidem*,pág.15. Defiende la función social de la propiedad.

<sup>21</sup> SOREL, G.: "L' avenir socialiste des syndicats", en *Humanité nouvelle*, 1898, pág. 132.

sociales con intereses divergentes". Teniendo en cuenta que la evolución social conduciría a la socialización de la tierra y de los medios de producción se debe postular una necesaria socialización del Derecho civil para adaptarlo a dichas transformaciones económicas. El Derecho civil deberá dejar de ser un Derecho de clase para garantizar la solidaridad social<sup>22</sup>. En una dirección parecida Rafael García Ormaechea publicará su ensayo titulado la "Evolución del Derecho", en el que constata el retraso del Derecho privado respecto a las transformaciones sociales, a diferencia de otras ramas del sistema jurídico (Derecho penal, Derecho político y procesal). Denunciará que el Derecho civil ha permanecido anclado en el pasado fundado en la regulación de la propiedad privada, pero este Derecho no debe considerarse inmutable y puede ser adaptado a las transformaciones de la sociedad y la solución del problema social<sup>23</sup>.

Los iussocialistas de nuestro país defendían la función social de la ciencia jurídica. La función social del formalmente neutral (por lo que tiene de reconocimiento simétrico del principio de igualdad formal entre sujetos libres e iguales desatendiendo su situación real en la sociedad) Derecho privado era conferir reales posiciones de ventaja a los iniciadores y beneficiarios de la revolución industrial (la burguesía ascendente en el poder) en detrimento de las clases más débiles de la sociedad. Como se consideró, desde la misma línea de pensamiento, la igualdad jurídica sin la igualdad económica es la desigualdad por excelencia, porque ninguna puede haber mayor que aplicar leyes iguales a individuos desiguales<sup>24</sup>. Bajo el esquema de regulación del Código civil, el contrato de trabajo era reconducido esencialmente a la *locatio conductio operarum* romana, colocando por contrato al trabajador una situación muy semejante a la del esclavo: remover esta situación constituía una de las misiones principales de la reforma social<sup>25</sup>. En el fondo, la igualdad no surge hasta el momento en que los trabajadores se oponen a los empresarios como clase organizada<sup>26</sup>; es decir, cuando los trabajadores no se enfrentan individualmente con los empresarios es más difícil su consideración como mercancía sujeta a las ley de mercado, gobernado por la posición individualizada de las fuerzas económicas en presencia. Por lo demás la constitución económico liberal se basaba en un intercambio desigual de la riqueza entre las dos clases sociales implicadas en la producción: la clase empresarial "vive sin trabajar, la segunda trabaja sin vivir una vida humana" a cambio de un miserable salario<sup>27</sup>.

En este escenario es donde ha de interpretarse la posición de García Ormaechea al apreciar, en los años anteriores a la Dictadura, los logros y progresos que se habían

---

<sup>22</sup> INGENIEROS, J.: "El Derecho Civil y las transformaciones sociales", en *"La Nueva Era"*, núm.7 (1901), págs. 235-237.

<sup>23</sup> GARCÍA ORMAECHEA, R.: "Evolución del Derecho", en *"La Nueva Era"*, núm.12 (1901), pág.400. Este autor, como se ha dicho, fue traductor en 1904 de la obra divulgativa de A. ZERBOGLIO, que constituyó un libro "de batalla" en la época.

<sup>24</sup> En este sentido, ZERBOGLIO, A.: *El socialismo y las objeciones más comunes*, cit., pág. 32. Adolfo Zerboglio fue catedrático y Diputado socialista italiano. Igualmente, subrayando que el trabajador es un contratante más débil respecto del capitalista, el pensador argentino PALACIOS, A.L.: *El nuevo Derecho (Legislación del Trabajo)*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1920, pág.78. Estos autores recogían la idea de Marx criticando el principio de igualdad jurídico-formal entre empresarios y trabajadores en el mercado laboral.

<sup>25</sup> En este sentido HERKNER, *La cuestión obrera*, trad. y Apéndice sobre "El socialismo y la guerra", de F. Ballvé, Madrid, Hijos de Reus, 1916, págs. 5 y 10.

<sup>26</sup> Vid. HERKNER, E.: *La cuestión obrera*, cit., pág.320.

<sup>27</sup> Cfr. LORIA, A.: *Las bases económicas de la constitución social* (1886), 2 volúmenes, traducción y prólogo de Baldomero Argente, Barcelona, El Consultor Bibliográfico, 1931.

producido en la legislación asociativa obrera, mejora de las condiciones de protección y bienestar social, siempre tenidos y tomados por útiles instrumentos de “paz social” favorecedores de la superación antagónica entre capital y trabajo, y en consonancia con ello, como también de acuerdo a lo percibido por nuestro personaje respecto a la nueva situación política como una oportunidad histórica para el armonismo, la ulterior evolución (luego se verá si mudando rasgos sustantivos) mostrada en la aquiescencia con algunas de las medidas ideadas por el Ministro de Trabajo, Eduardo Aunós Pérez (1894-1967)<sup>28</sup> a mediados de su primer ministerio y principios del segundo. Durante su etapa al frente de la Subsecretaría de Trabajo, Aunós<sup>29</sup> había promovido, en efecto, una aunque incompleta muy amplia labor codificadora en materia social-laboral, promulgando leyes como el descanso nocturno de la mujer obrera, el fondo de garantía sobre accidentes de mar, de seguro de maternidad, de creación de subsidios para familias numerosas, de retiro obrero, de fomento del INP, de creación del tesoro del emigrante, etcétera. Luego, al acceder a la cartera de Trabajo, afrontó decididamente, mediante reales decretos-leyes de 1926 y 1928, la articulación del sistema corporativo de la Dictadura. Convendrá detenernos en estas dos últimas disposiciones.

La segunda de ellas, RDL de 12 de mayo, configuradora del régimen legal constitutivo de las corporaciones agrarias en España<sup>30</sup>, cuyo precedente remonta al D. de 30 de abril de 1919, siendo Ángel Ossorio Gallardo (1873-1936) Ministro de Fomento, presenta un interés secundario a nuestro propósito. Muy al contrario sucede con la primera, RDL de 26 de noviembre, de Organización Corporativa Nacional. Su alcance se pretendió, antes que en una vertiente de carácter político, con dimensión *prima facie* social, fuertemente influida por la adquirida conciencia (último tercio del siglo XIX) de que la naturaleza de los problemas sociales rebasaba el mero cariz de orden público, así como por el intenso debate académico (RACMyP) suscitado en pluralidad ideológica (católicos, krausistas y eclépticos)

<sup>28</sup> Subsecretario habilitado 07/02/1924 [BOE 08/02/1924] a 03/11/1925; *Ministro de Trabajo, Comercio e Industria*. 03/12/1925 [BOE 04/12/1925] a 03/11/1928 [BOE 05/11/1928]. Ministro de Trabajo y Previsión, 03/11/1928 [BOE 05/11/1928] a 30/01/1930 [BOE 31/01/1930]. Ministro de Justicia 15/03/1943 [BOE 16/03/1943] a 20/07/1945 [BOE 21/07/1945].

<sup>29</sup> Vid., entre sus obras, *La organización corporativa del trabajo*, Madrid, Publicaciones del Consejo Superior de Trabajo, Comercio e Industria, 1927; *El Estado Corporativo* (Discurso pronunciado en la Unión Patriótica de Madrid, el 16 de abril, por el Excmo. Sr. D.... Ministro de Trabajo, Comercio e Industria), Madrid, Biblioteca de la Revista de Política Social, 1928; *La organización corporativa en su aspecto funcional*, Madrid, s.i., 1928; *Las corporaciones de trabajo en el Estado Moderno*, Madrid, Juan Ortiz ed., 1928; *Tres años de organización corporativa nacional*, cit.; *Estudios de Derecho corporativo: seguido de dos apéndices: Legislación extranjera sobre Conciliación y Arbitraje, Legislación y movimiento sindical de los principales países...*, Madrid, Ed. Reus, 1930; *La reforma corporativa del Estado*, Madrid, Ed. Aguilar, 1935. Vid. también, con posterioridad, *La política social de la Dictadura*, (Discurso leído en el acto de su recepción pública el 23 de mayo de 1944 a la RACMyP, y contestación del Sr. D. Pedro Sangro y Ros de Olano, Marqués de Guad-el-Jelú), Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, s.i., 1944, *Las últimas evoluciones del derecho: derecho social y derecho económico* (Discurso leído en el acto de su recepción pública el 3 de marzo de 1947 a la RALJ, y contestación del Sr. D. Eloy Montero Gutiérrez), Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, s.i., 1947. Ya en plena etapa franquista y respecto de su participación en ella [fue embajador de Franco en Bélgica (1939) y Ministro de Justicia (1943-1945)] con signo ideológico ya marcadamente muy distinto, *L'Espagne contemporaine. Histoire d'une grande crise politique et sociale. 1810-1939*, F. Sorlot, Paris, 1939 (ed. española *España en crisis (1808-1939)*, Buenos Aires, El Colegio de Buenos Aires, 1942); *Calvo Sotelo y la política de su tiempo*, Madrid, Eds. Españolas, 1941; *Cartas al Príncipe*. Espasa-Calpe, Madrid, 1942, *Primo de Rivera soldado y gobernante*, Madrid, Alhambra, 1944 y *Discurso de la vida. Autobiografía*, Madrid, Sociedad Española General de Librería, 1951.

<sup>30</sup> Vid. AUNÓS PÉREZ, E.: Las corporaciones de trabajo en el Estado Moderno, cit., págs. 60-67 y Estudios de Derecho corporativo, cit. págs. 143-158.

alrededor de la “cuestión social” y el intervencionismo estatal<sup>31</sup>. Tales antecedentes, rastreables en el propio lenguaje de las leyes laborales de la época<sup>32</sup>. Finalmente, respecto de Aunós como su directo artífice se han señalado<sup>33</sup> determinadas ascendencias doctrinales procedentes del catolicismo tradicionalista francés de René-Charles-Humbert, marquis de La Tour du Pin Chambly de la Charel (1834-1924)<sup>34</sup>, además del aprovechamiento de ciertos bagajes teóricos suministrados por Giuseppe Bottai (1895-1959)<sup>35</sup> y el modelo corporativo italiano del “derecho de las corporaciones” y de la “economía programada”. Esto último ha llevado a presentarle como decidido a “introducir el corporativismo fascista italiano” en España, valoración ciertamente exagerada<sup>36</sup>, pues siendo cierto que no se ocultó su admirador, lo es también que junto a hallarse el efectivo desenvolvimiento de aquella experiencia todavía en su mismo inicio, Aunós fue reticente<sup>37</sup>, aún con tentaciones, hacia la aceptación de los estrictos postulados del idealismo neohegeliano defendidos en la Italia de su época por Giovanni Gentile (1875-1944) y Benedetto Croce (1866-1952) para la gestación y nacimiento del Estado Ético, excesivamente miniaturizador de una realidad social pluralista e irrevocablemente hegemónico en lo político. Aunós admitió de pleno la autoridad del Estado sobre los grupos sociales independientes, pero considerando que aquélla se originaba jurídico-políticamente de los derechos particulares<sup>38</sup> de éstos, presentados con

<sup>31</sup> GIL CREMADES, J.J.: *El reformismo español. Krausismo, Escuela Histórica y Neotomismo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 205 y 192-195, y Feliciano Montero García, “La polémica sobre intervencionismo y la primera legislación obrera en España 1800-1900. el debate académico”, en *Revista de Trabajo*, 59-60 (1980), págs. 121-165.

<sup>32</sup> Vid. MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917-1923*, Escuela Social, Murcia, 1977, e *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la Dictadura de Primo de Rivera*, Universidad de Murcia, 1980. Asimismo De la Villa, L.E.: *La formación histórica del derecho español del trabajo*, Granada, Edit. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

<sup>33</sup> BEN-AMÍ, S.: *La dictadura de Primo de Rivera 1923-1930*, Barcelona, Planeta, 1984, págs. 194 y sigs.

<sup>34</sup> René-Charles-Humbert, marquis de La Tour du Pin-Chambly de la Charel participó en la fundación de Cercles catholiques d'ouvriers (1871), combatió el liberalismo en la revista mensual *L'Association Catholique* (1874-1891), presentó al régimen corporativo como manifestación del ideal cristiano. Colaboró asimismo con la *Inuon Catholique d'études sociales* de Fribourg. En España no circularon demasiado sus escritos, aunque se le leyó en *Aphorismes de politique sociale*, Gabriel Beachesne, Paris, 1930. Más adelante Aunós le tradujo y prologó *Hacia un nuevo orden cristiano* (1907), Madrid, Cultura Española, 1936.

<sup>35</sup> Durante el ministerio de Aunós se tradujo la obra de Giuseppe Bottai *La experiencia corporativa*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1929. De Bottai, con posterioridad también *La ordenación corporativa* (1935), trad. de L. A. de Vega, Imp. Española, San Sebastián, 1940 (Col. Panoramas de la vida fascista)

<sup>36</sup> MODORO, R.: “Acción Española. Una introducción al pensamiento político de extrema derecha”, en VV.AA., *Teoría y Sociedad. Homenaje al profesor Aranguren*, Ariel, Barcelona, 1970, pp. 361-396, y *Los orígenes ideológicos del franquismo. Acción Española*, Alianza, Madrid., 1985, pp. 33 y ss. Corrige y pondera el anterior juicio Pedro Carlos González Cuevas, *Acción Española. Teología política y nacionalismo autoritario en España (1913-1936)*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 104-105.

<sup>37</sup> AUNÓS PÉREZ, E.: *Estudios de derecho corporativo*, cit., p. 193, y *El Estado Corporativo*, cit., pp. 35 y ss.

<sup>38</sup> Sobre la construcción del concepto jurídico de “derecho de los particulares” y de pluralidad de producción normativa vid. SFORZA, W.C.: *El Derecho de los Particulares* (1929), Estudio Introductorio de José Calvo González (pp. 9-21), Madrid, Ed. Civitas, 1986. Para una exposición general del pensamiento corporativo de Cesarini Sforza vid. Antonio De Gennaro, *Introduzione alla Storia del pensiero giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1979, pp. 516-546. La influencia teórica de Cesarini Sforza si fue notable, en la etapa de mayor pujanza del fascismo corporativo italiano, para el diseño político (y no sólo social) del corporativismo español, todavía inacabada la guerra civil. Vid. SANCHO IZQUIERDO, M.; PRIETO CASTRO-CASAYÚS, A.: *Corporativismo. Los movimientos nacionales contemporáneos. Causas y realizaciones*, Edit. Imperio, Zaragoza-Granada, 1937-I (3ª. ed) y el análisis de RIVAYA, B.: *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs.71-75. Sobre la traducción corporativa constitucional de las relaciones laborales vid. PERFECTO GARCÍA, M. Á.: “La Carta del Trabajo y el corporativismo fascista”, en *Studia Zamorensia*, 5 (1984), págs. 338-355, TUSSEL, J.; GARCÍA QUEIPO DE LLANO, G.: “El Fuero del

(...)

capacidad ordinamental suficiente para la interna e independiente organización de los intereses, si bien unos con otros en frecuente oposición y antagonismo. La esperanza de disminuir, y en lo futuro quizás hacer desaparecer, esa potencialidad de conflicto connatural a la realidad social, (pero muy lejos todavía de soñar con el reduccionismo *ad unum* de la diversidad política) la idea corporativa concebida por Aunós se enfrentó el viejo sindicalismo de clase a nuevos planteamientos de síntesis armónica y comunitaria en economía y organización social. Y de ahí, ciertamente tratando de que el proyecto corporativo operara en calidad de “eficaz intento de conciliación y síntesis progresiva de la doctrina liberal (...) y las nuevas e ineludibles tendencias del intervencionismo de Estado”<sup>39</sup>, ni eludió el explícito llamamiento de colaboración socialista ni la búsqueda de un pacto con UGT, en lo que arrostraría conscientemente la crítica de los sectores católicos, en especial agrarios<sup>40</sup>.

El medio jurídico-técnico elegido para robustecer los procedimientos de conciliación y arbitraje existentes (Ley de Conciliación y Arbitraje Industrial, de 19 de mayo de 1908) y hasta entonces revelados como de idoneidad muy limitada debido a su carácter voluntario, fue acudir al mecanismo previsto por el RD de 24 de mayo de 1919 con la creación comité paritario, si bien ahora introduciendo la corporación obligatoria. Se dio lugar así a un entramado orgánico de entes de carácter permanente y obligatorio, cuya naturaleza derecho público y función de cuerpo profesional del Estado reservaba a éste jerárquicamente, tanto sobre los sindicatos como sobre las asociaciones patronales, la más alta y definitiva planificación, coordinación, fiscalización e intervención.

En este contexto, la proximidad a parte de las tesis de Aunós<sup>41</sup>, concretadas en específico respecto a la conveniencia de implantar una organización corporativa nacional de esa índole, es sensible en el ensayo de Ricardo Oyuelos “Psicología de la Legislación social” (1928)<sup>42</sup>, tan próximo al pensamiento y trayectoria de Rafael García Ormaechea. En esta clave interpretativa Oyuelos entenderá, ciertamente a semejanza de las ideas del Ministro y por razón de su propio conocimiento acerca del precario rendimiento obtenido en los tribunales industriales<sup>43</sup>, que el necesario impulso reformista de la acción legislativa debía orientarse, además de a preservar los logros obtenidos en toda aquella armonización jurídica e institucional, igualmente a favorecer la desembocadura en el ideal de una representación corporativa profesional que, acomodando la fuerza y vitalidad de los dos sectores interesados en la reglamentación del trabajo (patronal y productores) al sistema de “organización corporativa nacional”, escalonase piramidalmente por corporativización de las relaciones laborales, desde la base de una asociación libre hasta el vértice de una corporación obligatoria, el bien colectivo del oficio o profesión como superior y trascendente a la

---

Trabajo: origen y contenido”, en VV.AA.: *La guerra civil. 20. El nuevo Estado*, en *Historia 16*, 1986, págs. 80-87, y RIVAYA, B., *op. cit.*, págs. 75-82.

<sup>39</sup> AUNÓS PÉREZ, E.: Estudios de derecho corporativo, cit., pág. 60, y La organización corporativa del trabajo, cit., págs. 15 y sigs.

<sup>40</sup> AUNÓS PÉREZ, E.: *La reforma corporativa del Estado*, págs. XIII y sigs.

<sup>41</sup> Para una exposición general de su política corporativa, *La reforma corporativa del Estado*, cit., págs. 123-152. Un ordenado examen de la misma en PERFECTO GARCÍA, M.Á.: “Regeneracionismo y corporativismo en la dictadura de Primo de Rivera”, en TUSELL, J.; MONTERO, F.; MARÍA MARÍN, J. (eds.), *Las derechas en la España contemporánea*, Madrid, Anthropos-UNED, 1997, págs. 177-196, en esp., págs. 187-194.

<sup>42</sup> OYUELOS Y PÉREZ, R.: “Psicología de la Legislación social”, en *Revista de Política Social*, 6 (1928), págs. 42-47.

<sup>43</sup> Asimismo, MONEREO AROCA, J.: *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978, págs. 47 y sigs.

rivalidad y oposición clasista. Nos encontraríamos ahora, por tanto, ante el horizonte de un nuevo estadio en el programa de mejora de la condición social, moral e intelectual de la clase obrera desde el seno mismo del sistema capitalista donde, sin abandonar el objetivo de la instauración del régimen socialista de carácter reformista, las ideas políticas de reforma y la necesidad de llevar a cabo una revolución pacífica y “jurídica” constituyen garantía de su realización. De esa toma conciencia en la transformación político-social como proceso regulable de la hegemonía jurídica burguesa, que apela al esquema corporativo, resulta al cabo una muy importante “resemantización” de ciertas direcciones (y más exactamente, de algunos teóricos de esta corriente) del socialismo jurídico (otras, sin embargo, no derivarían hacia el pensamiento corporativista). Ello, como es natural, incide directamente sobre el movimiento sindical y el socialismo jurídico y político de aquellos años<sup>44</sup>, con vertiente de similar enfoque abierta también dentro del liberalismo social<sup>45</sup>. No es sin embargo menos importante comprender que esa misma tentativa corporativa servirá de soporte a preparar, al inicio de la década entrante, el desplazamiento más decidido en el ideario socialista de lo revolucionario y su conversión político-constitucional en reformismo legal<sup>46</sup>, empeño para entonces defendido por tan notables elementos del partido socialista como Julián Besteiro (1870-1940)<sup>47</sup> o Fernando de los Ríos (1879-1949)<sup>48</sup>.

Dicha posición es en gran medida igualmente la de Rafael García Ormaechea y Ricardo Oyuelos. Sus planteamientos, coinciden con quienes en el socialismo español del momento también admiten la vía de progreso político que para una ampliación y profundización de la democracia económica de corte industrial puede originarse con la construcción corporativa y orgánica de la sociedad, encauza el discurso de ese utopismo corporativista a partir de dos postulados fundamentales. Uno arraiga en la convicción de que las medidas sociales de orden legislativo no deben configurarse desde la idea de privilegio, es decir, de concesión de gracia o prerrogativa, a favor de una cualquiera clase y en inevitable detrimento de su adversaria. El otro asienta en desactivar y abandonar la mentalidad que concibe como imposición a uno u otros sectores de la sociedad productiva la observancia de los preceptos a que aquella legislación obliga. En verdad, opina, no ésta no puede ser expuesta ni asumida como la reivindicación lograda a la fuerza por el vencedor a manera de botín o presa en una victoria violentamente arrancada de manos del vencido. Lo afecto por la legislación más bien ha de ser asimilado como afirmación de un conjunto de normas o de principios de justicia, dispuesto por el órgano competente a virtud siempre de un elevado ideal y encaminado a la regulación y coordinación de los intereses en conflicto.

<sup>44</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, págs. 147 y 185, n. 437

<sup>45</sup> Vid. ZANCADA, P.: *Derecho corporativo español. Organización del trabajo*, Madrid, Ed. Juan Ortiz, S/f.

<sup>46</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación”, en Gregorio Cámara Villar (ed.), *Fernando de los Ríos y su tiempo*, Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136, en esp., págs. 99-101.

<sup>47</sup> BESTEIRO, J.: *Lucha de clases como hecho social y como teoría* (conferencia en la Casa del Pueblo de Madrid, el 16 de mayo de 1929), Madrid, Gráfica Socialista, Madrid, 1929, pág. 70.

<sup>48</sup> DE LOS RÍOS, F.: *El sentido humanista del socialismo*, Javier Morata Ed., Madrid, 1926 (reed. Edit. Castalia, Madrid, 1976), y “¿Hacia el Estado corporativo?”, en *Leviatán*, junio de 1934.

### 3. LA ETAPA DE REFORMA SOCIAL CONSERVADORA Y MONÁRQUICA DE GARCÍA ORMAECHEA: CONTINUIDAD INSTITUCIONAL Y PRODUCCIÓN INTELECTUAL

Como se advirtió, García Ormaechea deja el PSOE y la UGT (a ella estrechamente vinculada) en 1908, expresando un cambio ideológico-político ante su creciente compromiso como abogado y como político de orientación más conservadora. Pasa a ser letrado asesor del Instituto Nacional de Previsión creado en el mismo año. Su labor en el INP fue relevante en la instauración de los seguros sociales en España, especialmente en lo que se refiere a la implantación del retiro obrero y todo lo relativo a la previsión social en la agricultura. Un espaldarazo decisivo fue el nombramiento por el Rey del cargo de Vocal de la Comisión Asesora del Gobierno y de la representación de nuestro país en la Organización Internacional del Trabajo. Con todo dentro de su compromiso político social. Hay que tener en cuenta que su compromiso con soluciones reformistas a las cuestiones sociales era anterior (señaladamente su colaboración con el Instituto de Reformas Sociales) a esta de mayor presencia institucional en la reforma social en España; una etapa que se extiende en todo el período de su vida posterior desde 1908 a 1938, año de su fallecimiento. Hay que tener en cuenta que el Instituto de Reformas Sociales fue abolido en junio de 1924 y sustituido por un Consejo de Trabajo. Esto no impidió a García Ormaechea participar en la política social de la Dictadura. Es verdad que no fue el único que colaboró con la Dictadura porque destacados miembros del PSOE y de UGT se incorporaron a este organismo público con base a una política pragmática y “accidentalista” respecto de las formas de gobierno (Largo Caballero –lo que no le impediría ser Ministro de Trabajo durante la II República entre 1931 y 1933–, Manuel Nuñez Tomás, Lucio Martínez Gil y Santiago Pérez Ynfante). Eso sí, con la oposición constante expresa de personalidades como Fernando de los Ríos e Indalecio Prieto.

En cualquier caso, en coherencia con la asunción de su compromiso social persistente, era partidario de establecer una reforma social del Derecho privado y un conjunto de leyes sociolaborales para mejorar la posición de las clases trabajadoras. Y esta labor se vio facilitada por su condición de letrado asesor del INP. Hay que recordar que el INP era un organismo público encaminado a impulsar la creación de leyes de previsión social y de intervención en toda la problemática concerniente a los seguros sociales (que después evolucionarían hacia la Seguridad Social)<sup>49</sup>.

Sin embargo, en el año 1923 su proyección política se hace más acusada en un plano general, la Dictadura de Primo de Rivera<sup>50</sup> le propone y acepta el desempeño del cargo de Vocal del Tribunal Arbitral del Seguro Ferroviario y en 1923 el General Dámaso Berenguer

<sup>49</sup> Véase VV.AA. (TORTUERO PLAZA, J.L.): *Cien años de protección social en España. Libro Commemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2007; CUESTA BUSTILLO, J.: *Los seguros sociales obligatorios en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 321 y sigs.; *Ibid.*, *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Madrid, Ed. Comares, 2007, págs. 175 y sigs.

<sup>50</sup> El 13 de septiembre de 1923, el general Primo de Rivera asumió el poder político en España mediante un golpe de Estado organizado con la connivencia de Alfonso XIII. Cuando la II República fue proclamada en abril de 1931, desapareció todo vestigio de apoyo popular y también de colaboración de fuerzas políticas y sindicales, como señaladamente PSOE y UGT. Véase, HEYWOOD, P.: *El marxismo y el fracaso del socialismo organizado en España, 1879-1936*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993, págs. 145 y sigs.

le propuso la dirección de la Dirección General de Montes, Minas y Combustibles y fue nombrado asimismo Presidente del Consejo Superior Ferroviario. Su intervención cada vez más en la política gubernamental en el gabinete presidido por Eduardo Dato –de 5 de mayo de 1920 a 8 de marzo de 2001–, le condujo en su condición de asesor del gobierno a asistir a la III Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra 1921) y a intervenir en numerosas comisiones y actos sobre cuestiones sociales y siempre teniendo presente el aseguramiento de los trabajadores agrarios (que contribuirían a la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922)<sup>51</sup>. En 1920, a instancia de Dato se creó el Ministerio de Trabajo. En 1922 el Rey nombró a Rafael García Ormaechea Vocal de la Comisión Asesora del Gobierno y de la representación española en la Organización Internacional del Trabajo; es decir, en un período de expansión moderada de la legislación sobre previsión social. Pero el Gobierno de la Dictadura de Rivera procedería a suprimir el Instituto de Reforma Sociales, aunque mantuvo el INP, considerado funcional a su nuevo programa de articulación de un progreso “defensivo” de política de reforma social<sup>52</sup>.

Esta mayor implicación política con el gobierno de la Dictadura de Primo de Rivera y con la Monarquía autoritaria, se realizó desde una perspectiva corporativista social y sin romper los vínculos con los líderes del PSOE y la UGT (como es el caso de Largo Caballero, Juan José Morato, Trifón Gómez y Manuel Llana). Se puede considerar que personalidades como García Ormaechea (y otros miembros del INP, que aceptaron colaborar con la Dictadura) hicieron posible un cierto clima de entendimiento y de colaboración crítica no sólo con los socialistas y sindicalistas, sino también con otros sectores republicanos (por ejemplo, krausistas liberales como Adolfo Posada, que incluso rehusó asumir ningún cargo durante el periodo dictatorial)<sup>53</sup> o demócratas cristianos que sí fueron críticos con la instauración de la Dictadura militar. García Ormaechea sufría un duro golpe personal con el asesinato de Eduardo Dato en el 8 de marzo de 1921, con el cual compartía no sólo despacho, sino también su inquietud por la reforma social. Con el advenimiento del golpe de Estado que instauró la Dictadura de Primo de Rivera, García Ormaechea (a diferencia por ejemplo del rechazo explícito de Ángel Ossorio y Gallardo, con el cual mantenía el vínculo profesional del despacho y una amistad personal)<sup>54</sup> se implicó en el gobierno de la Dictadura. Con independencia de ello mantuvo amistad con dirigentes socialistas del PSOE (señaladamente, Largo Caballero) y sindicales, y mantuvo la llama viva de su implicación en la moderada política social de la Dictadura. Y ello fue facilitado por el mantenimiento de su condición de técnico asesor en el INP. Por lo demás, el socialismo reformista dominante era muy pragmático (PSOE y UGT) y existía una fuerte inclinación hacia una suerte de vía corporativa al socialismo (algunos de muy influenciados por el organicismo social

---

<sup>51</sup> *Ley reformada, relativa a los accidentes del trabajo (10 de enero de 1922)*, Madrid, Instituto de reformas Sociales, Direcciones Generales, Ministerio del Trabajo, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1922.

<sup>52</sup> Puede consultarse el libro de AUNOS, E.: *La política social de la Dictadura*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y políticas, 1944; y la exposición de MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, cit., págs. págs. 165 y sigs.

<sup>53</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 281 y sigs.

<sup>54</sup> Ángel Ossorio y Gallardo era una persona fuertemente comprometida con la defensa de la democracia y con los derechos humanos que le son inherentes. Buena prueba de ello es su libro, OSSORIO Y GALLARDO, Á.: *Los derechos del hombre del ciudadano y del Estado*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946, que fue la última obra que escribiera y que se publicaría póstumamente.

krausista)<sup>55</sup>. Ellos se sumaron a la idea del Directorio de crear Comités Paritarios como pieza central de la llamada Organización Corporativa Nacional. Su creación se realizó con el impulso del Ministro de Trabajo Eduardo Aunós, como instancia de intervención estatal y de encuentro orgánico entre las diversas fuerzas económicas y sociales, y teniendo en cuenta que el Directorio no había suprimido por completo (aunque que si estableció ciertos límites de la acción colectiva) el derecho de asociación y sindicación<sup>56</sup>. Por razones obvias esta colaboración débil daría paso a una mayor distancia en la fase de agotamiento y agonía de la Dictadura, incluyendo el período de la llamada “dictablanda” de Dámaso Berenguer.

Por entonces ya se atisbaba la realidad política del momento constitucional de instauración de la Segunda República y el PSOE y UGT se sumaron a la acción política encaminada a instaurarla; un movimiento de amplia contestación social y política que mostraba el declive irreversible de la Dictadura y con ella de la Monarquía (in)constitucional de Alfonso XIII; y ello a pesar de que personalidades del momento como Luis Marichalar y Monreal, Vizconde de Eza, y el propio García Ormaechea apoyaron hasta el último momento la continuidad de la Monarquía y su plena legitimidad política.

En todo caso, no se olvide que García Ormaechea continuó siendo asesor técnico del INP y que incluso en fechas tardías de la Dictadura fue nombrado para el cargo de Vocal del Tribunal Arbitral del Seguro Ferroviario por el Ministro de Trabajo, Eduardo Aunós (1929). A lo que se añadió el hecho de que durante el gobierno del general Berenguer se le propuso y aceptó el cargo de la Dirección General de Montes, el de Minas y Combustibles, la Presidencia del Consejo Superior Ferroviario y la Dirección General de la Administración. Compromiso que se mantuvo durante ese breve periodo de la “dictablanda” del general Berenguer, el cual se cierra con la proclamación de la República en ese mismo año.

Esa colaboración más directamente política con la Dictadura y con la Monarquía que la apoyó tuvo sus consecuencias excluyentes de la esfera política institucional cuando se declaró la II República el 14 de abril de 1931. Pese a todo, García Ormaechea continuó como letrado asesor del INP y como Vocal en el Tribunal Arbitral del Seguro Ferroviario; y mantuvo una gran actividad en lo referente a la previsión social, publicando distintos libros sobre cuestiones sociales, accidentes de trabajo y comentarios sobre el Código civil al cual quería imbuir de contenido social, es decir, de penetración de la “idea social” frente a la exclusiva “idea individual” originariamente inspiradora; y asimismo sobre la problemática de la reforma “social” agraria (la cuestión de los “señoríos”). Pero, aparte de terminarse su carrera política general, sería ya mirado con desconfianza y actitud crítica por las fuerzas políticas y sindicales socialistas con presencia en la vida política social de la República. Con todo, sus relaciones continuaban siendo buenas con algunos antiguos e importantes amigos socialistas, como es el caso de Largo Caballero, Ministro de Trabajo en el primer gobierno republicano. En ese periodo se dedicó a sus tareas de asesoramiento, estudio de los seguros sociales y de las cuestiones agrarias e impartió diversas conferencias. En ese marco es donde publicó quizás su obra más conocida, el libro *Supervivencias feudales en España*. Esta obra

---

<sup>55</sup> Véase, paradigmáticamente, *in extenso* sobre Fernando de los Ríos (que por cierto tuvo una actitud muy crítica y de rechazo abierto y contundente con la Dictadura de Primo de Rivera), MONEREO PÉREZ, J.L.: “El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 142 (2009), págs. 279-338.

<sup>56</sup> Puede consultarse el libro de AUNOS, E.: *La política social de la Dictadura*, cit.,

tardía refleja acaso el carácter paradójico del regeneracionismo conservador subyacente a su pensamiento. Por ejemplo, cuando afirma no sin cierta contundencia: “Los vasallos no se transformaron en dueños de las tierras que cultivaban; las prestaciones, aumentadas al renovarse los cultivadores, siguen mermando los rendimientos de la tierra. En la economía capitalista perdura el efecto económico del régimen señorial. Y para destruirlo es preciso liberar la tierra para liberar a los que la trabajan”<sup>57</sup>.

De la colaboración con la Dictadura deriva la factura que tuvo que pagar en una situación política tan crítica como la guerra (in)civil acontecida después del relativo fracaso del golpe de Estado del general Franco. En ese marco de crispación García Ormaechea se refugió el 10 de agosto de 1936 en una embajada diplomática (la de Checoslovaquia), pues estaba siendo perseguido por su implicación política e institucional en la Dictadura de Primo de Rivera y con la Monarquía a la cual apoyaba resueltamente. Para un hombre pacífico y partidario como él de la cooperación entre las clases sería por igual una situación amarga y trágica. Se saqueó su domicilio y le privaron de todos sus cargos institucionales. Pasaría a Francia en mayo de 1937 y volvería a entrar en España por Santander (junio de 1937) donde se pasó directamente al bando franquista (la ideológicamente llamada “zona nacional”), y con ello recuperó formalmente los cargos que había ocupado hasta el decisivo año de 1936. Triste etapa de su vida que se veía truncada con su fallecimiento el 21 de noviembre de 1938, por causas naturales; y a partir de ahí se sucedió un largo silencio posterior sobre su papel hasta bien avanzada la instauración del régimen democrático en España. Y es que, al tiempo, la trayectoria de García Ormaechea, con sucesivas etapas socialista y corporativista social conservadora acabó por ser incómoda tanto para la perspectiva ideológica de la “izquierda” como para la de la “derecha”. Cada sector más o menos polarizado suele silenciar la que considera que tiene menos encaje en su modo de pensar. Esto aconteció igualmente con un pensador tan próximo a él como fue el mismo Ricardo Oyuelos.

#### 4. OBRAS Y TRADUCCIONES DE RAFAEL GARCÍA ORMAECHEA

##### 4.1. Obras propias de Rafael García Ormaechea

- “Evolución del Derecho”, en *La Nueva Era*, núm.12 (1901).
- “Tomás Muncer (Notas del primer movimiento anabaptista)”, en *La Nueva Era. Revista de Estudios Sociales*, núm. 11, Madrid, Año segundo, 1 de septiembre de 1902, págs. 321-327.
- “Proyectos de reforma en el Derecho civil”, en *La Nueva Era. Revista de Estudios Sociales*, núm. 13, Madrid, Año segundo, 1 de octubre de 1902, págs. 385-393.
- “Introducción” y “Notas del traductor” al libro de PROUDHON, P.J.: *¿Qué es la propiedad?*, Madrid, Editorial Las Leyes, 1902.
- “Notas complementarias”, al libro de MARX, K. y ENGELS, F.: *El Manifiesto Comunista*, Madrid, Editorial Internacional, 1906.

---

<sup>57</sup> GARCÍA ORMAECHEA, R.: *Supervivencias feudales en España. Estudio de legislación y jurisprudencia sobre señorías*, edición y estudio preliminar de Pedro Ruiz Torres, Pamplona, Urgoiti Editores, 2002, págs. 74-75.

- *Jurisprudencia del Código Civil (1889-1926)*, Madrid, Imprenta y Encuadernación de Julio Cosano, 1928.
- “Una behetría de ‘allende’ el Duero”, separata de la revista *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 1930.
- *Supervivencias feudales en España. Estudio de legislación y jurisprudencia sobre señoríos*, Madrid, Editorial Reus, 1932. Redición y estudio preliminar a cargo de de Pedro Ruiz Torres, Pamplona, Urgoiti Editores, 2002.
- *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933.
- *Responsabilidad subsidiaria de los propietarios de locales donde se celebren espectáculos públicos, por las cuotas que las empresas de espectáculos deben abonar por los seguros sociales a sus asalariados*, Madrid, 1933.
- *La enfermedad profesional*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1933.
- *La incapacidad permanente por accidente de trabajo*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1934.
- *Patronato de Previsión social y jurisdicción especial de Previsión*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1935.
- *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de previsión sobre Accidentes de Trabajo (1902-1934)*, Madrid, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1935.

#### 4.2. Traducciones de Rafael García Ormaechea

- CORNIL, JORGE: *El Derecho privado. Ensayo de sociología jurídica simplificada*, traducción de Rafael García Ormaechea, Madrid, Editorial Reus, 1928.
- PROUDHON, P.J.: *¿Qué es la propiedad?*, “Introducción” y “Notas del traductor” a cargo de Rafael García Ormaechea, Madrid, Editorial Las Leyes, 1902.
- MARX, K. y ENGELS, F.: *El Manifiesto comunista*, introducción histórica de Ch. Andler y notas complementarias de Rafael García Ormaechea, Madrid, Biblioteca Internacional de Ciencias Sociales 1906, 2ª ed., 1927, 3ª edición, 1931, ambas en Gráficas Socialistas. Posteriormente habría nuevas ediciones: una en Toulouse, publicada por la Secretaría de Propaganda del PSOE, 1946; y en Buenos Aires, Biblioteca de Cultura Socialista, 1967, ésta fue una edición conmemorativa del centenario de la publicación del *Manifiesto* con un texto de Indalecio Prieto.
- ZERBOGLIO, A.: *El socialismo y las objeciones más comunes*, trad. de Rafael García Ormaechea, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1904.

## 5. BIBLIOGRAFÍA SOBRE GARCÍA ORMAECHEA Y SU ÉPOCA

- BERNSTEIN, E.: *Socialismo evolucionista*, versión castellana de E. Díaz-Retg, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein” (pp. VII-XC), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011.
- CALVO GONZÁLEZ, J.: “Sobre la Antropología jurídica en España a finales del siglo XI y comienzos del XX: de la extravagancia del centauro a la soledad del unicornio”, en *Anuario de filosofía del derecho*, Valencia, Ministerio de Justicia, Boletín oficial del Estado, núm. 21 (2004), págs. 125-142.
- CUESTA BUSTILLO, J.: *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.
- “La previsión social pública en España, 1919-1939”, en VV.AA.: *La previsión social en la historia*, Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2009.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 2003.
- JULIÁ, S. (Coord.): *El socialismo en España. Desde la fundación del PSOE hasta 1975*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1986.
- LÓPEZ ÍNIGUEZ, J.: *La Dictadura de Primo de Rivera en la provincia de Valencia. Instituciones y políticos*, Tesis doctoral dirigida por Marc Baldó Lacomba, Valencia, Universitat de València, 2014.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- MARTÍN VALVERDE Y OTROS: *La legislación social en la historia de España: de la Restauración liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- MONEREO ATIENZA, C.: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Ed. Comares, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: “Ricardo Oyuelos Pérez: del reformismo democrático y social a la utopía social Corporativa”, en *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 121 (2004).
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.
- *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.
- *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares, 2010.
- “Cuestión social y catolicismo social conservador: El pensamiento reformista de Sanz y Escartín”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 149 (2011).

- 
- *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.
  - “Álvaro López Nuñez”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 3 (2015).
  - “Severino Aznar y Embid (1870-1959): Política y Seguridad Social desde el Catolicismo Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 5 (2015).
  - “Ricardo Oyuelos Pérez (1865-1943 c.): Política Social y Seguridad Social desde el Socialismo Jurídico”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 6 (2016).
  - “Luis Jordana de Pozas (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 7 (2016).
  - “Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 13 (2017).
- MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, Cizur Menor (Navarra), Madrid, Ed. Thomson/Civitas, 2009 (1ª edición en Civitas, 1992).
- PALACIO MORENA, J.L.: *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas sociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1988.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995 (1ª ed. Ed. Akal).
- PRESTON, P.: *La destrucción de la democracia en España*, Barcelona, Ed. Grijalbo Mondadori, edición revisada y ampliada, 2001.
- RUIZ TORRES, P.: “Rafael García Ormaechea, el problema social y la reforma jurídica en la España de principios del siglo XX”, en DAVIS, J.C. y BURDIEL, I. (Eds.): *El otro, el mismo: biografía y autobiografía en Europa (Siglos XVII-XX)*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2005, págs. 219-282.

# REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

## INFORMACIÓN GENERAL

Revista: *Revista de Derecho de la Seguridad Social (REVSEGSOC)*

Editor: Ediciones Laborum, S.L.

ISSN: 2386-7191

ISSNe: 2387-0370

Inicio de Publicación: 2014

Periodicidad: Trimestral

Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

## NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

### 1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección [revsegsoc@laborum.es](mailto:revsegsoc@laborum.es) o bien mediante la plataforma de envío en <http://revista.laborum.es>.

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

#### **Secciones abiertas a la publicación**

ED (Estudios Doctrinales);

EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);

EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);

ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);

REC (Recensiones)

**Por ejemplo:** ORTIZ CASTILLO-ED

### 2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo:** Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:

- Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.
- Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar**

**Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

- Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, etc.).
- Estudios de Doctrina Judicial: máximo 20 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, etc.).
- Recensiones: máximo 3 páginas.

- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior: 2,50 cm	Izquierda: 3,00 cm	Encabezado: 1,25 cm
Inferior: 2,50 cm	Derecha: 3,00 cm	Pie de página: 1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pié 10

Las referencias legislativa o judiciales deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, , etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad \*Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

### 3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recibir los artículos, bien enviándolos por mail a [revsegsoc@laborum.es](mailto: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.