

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2018

nº 15

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ Medidas de Seguridad Social frente a la precariedad laboral (I) A propósito de la Proposición de Ley 122/000194 de lucha contra la precariedad laboral presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ✦ La discrepancia con el parte médico de alta por curación
José David Lafuente Suárez
- ✦ Las modalidades procesales en el régimen común de Seguridad Social
Silvia Fernández Fernández
- ✦ Sobre la actividad de alterne y su encuadramiento de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social
Carmen Ortiz Lallana
- ✦ Por una reformulación de la responsabilidad derivada en los supuestos de contratas y subcontratas
Arántzazu Vicente Palacio
- ✦ El desempleo de los Trabajadores a Tiempo Parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el Borrador de Reforma
Juan Antonio Maldonado Molina

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Fraude a la Seguridad Social por elusión de pago de cuotas en la doctrina judicial. Sentencia 657/2017 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, de 05.10.2017
Juan María Terradillos Basoco y Diego Moza Martínez
- ✦ Negación de bonificaciones a contrata de limpieza tras subrogación de personal via convenio colectivo [Sentencia del tribunal supremo (Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 2017]
Inmaculada Ballester Pastor
- ✦ El principio de igualdad de género versus el principio de contributividad en la protección por desempleo: una colisión inevitable en el trabajo a tiempo parcial
María Angustias Benito Benitez
- ✦ Complemento por mínimos reconocido a mujer separada, viuda única con anterioridad a 2008: o más vale tarde que nunca. (STS 11 octubre 2017 –REC 3911/2015–)
Juan José Fernández Domínguez
- ✦ Riesgo laboral durante la lactancia natural: evaluación de los riesgos y carga de la prueba. STJUE (Sala quinta) de 19 de octubre de 2017. Asunto Elda Otero vs Servicio Galego de Saúde
Pilar Charro Baena y Sergio González García

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ Incapacidad laboral y seguridad social en una sociedad de trabajo cambiante*
Paola Bozzao
- ✦ La indemnización de los daños y perjuicios morales derivados de accidente de trabajo. A propósito de la más reciente jurisprudencia de la corte de casación francesa sobre el tema
Iván Vizcaíno Ramos

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

Belén Del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- ✦ Desequilibrios en el mercado de trabajo e inflación durante la Gran Recesión (2007-2014) en España
Santos M. Ruesga, Friedrich Sell, Laura Pérez Ortiz y Manuel Pérez Trujillo

Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ AUGUSTO VENTURI: de los Seguros Sociales a la Seguridad Social

José Luis Monereo Pérez

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2018

Nº 15

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: www.laborum.es

email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



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



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



revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos.

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

DIRECCIÓN:

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

COORDINACIÓN:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

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

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

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

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

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

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

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

Francisco Ortiz Castillo, *Abogado y Graduado Social*

CONSEJO ASESOR:

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

Jordi Agustí Juliá, *Magistrado del Tribunal Supremo*

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

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

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

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

Alberto 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 Contratada Doctora (Acreditada como Titular de Universidad) 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**

MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL FRENTE A LA PRECARIEDAD LABORAL (I) A PROPÓSITO DE LA PROPOSICIÓN DE LEY 122/000194 DE LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD LABORAL PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS	15
--	-----------

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA*

ESTUDIOS DOCTRINALES **25**

LA DISCREPANCIA CON EL PARTE MÉDICO DE ALTA POR CURACIÓN	27
---	-----------

JOSÉ DAVID LAFUENTE SUÁREZ

1. ALTA DE I.T. ANTES DEL AGOTAMIENTO DE LA DURACIÓN DE TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DESDE EL INICIO DE LA BAJA	29
2. ALTA DE IT EXPEDIDA TRAS EL AGOTAMIENTO DE LOS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DE SU INICIO	34
3. EL PROCESO JUDICIAL DE IMPUGNACIÓN DE ALTAS MÉDICAS	37
4. CONCLUSIONES.....	47

LAS MODALIDADES PROCESALES EN EL RÉGIMEN COMÚN DE SEGURIDAD SOCIAL.....	49
--	-----------

SILVIA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

1. INTRODUCCIÓN: LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL	49
2. LA IMPUGNACIÓN DEL ALTA MÉDICA.....	50
3. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES	60
4. REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS.....	68
5. CONCLUSION	74

SOBRE LA ACTIVIDAD DE ALTERNE Y SU ENCUADRAMIENTO DE OFICIO EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL	75
---	-----------

CARMEN ORTIZ LALLANA

1. INTRODUCCIÓN.....	76
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL OBJETO LITIGIOSO DE LAS SENTENCIAS.....	77
3. CUESTIONES CONEXAS CON LA IDENTIFICACIÓN DEL TIPO LABORAL	78
4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE ALTERNE	84
5. CONCLUSIONES.....	89

POR UNA REFORMULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS	91
--	-----------

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

1. INTRODUCCIÓN.....	91
2. LA DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA	94

3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: OTRA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL ART. 42 ET	102
4. POR UNA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES DERIVADAS EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS: ALGUNAS PROPUESTAS	106

EL DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL. A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y EL BORRADOR DE REFORMA.....109

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

1. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017	109
2. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL	117
3. LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017, ASUNTO C-98-15, <i>ESPADAS RECIO</i>	119
4. EL PROYECTO DE REAL DECRETO. CONSIDERACIONES AL RESPECTO. UNA DE CAL Y UNA DE ARENA	122
5. CONCLUSIONES	129

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 131

FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL POR ELUSIÓN DE PAGO DE CUOTAS EN LA DOCTRINA JUDICIAL. SENTENCIA 657/2017 DEL TS, SALA 2ª, DE LO PENAL, DE 05.10.2017.....133

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO

DIEGO MOZA MARTÍNEZ

1. INTRODUCCIÓN	133
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 657/2017, DE 5 DE OCTUBRE	136
3. DOCTRINA JUDICIAL	136
4. EPÍLOGO.....	143

NEGACIÓN DE BONIFICACIONES A CONTRATA DE LIMPIEZA TRAS SUBROGACIÓN DE PERSONAL VIA CONVENIO COLECTIVO [SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2017].....145

INMACULADA BALLESTER PASTOR

1. LA NECESARIA ASUNCIÓN DEL “EXTRAÑO” MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN CONTRACTUAL VÍA CONVENIO COLECTIVO.....	145
2. LA POSICIÓN DE LA ENTIDAD GESTORA: NO HAY INCREMENTO DE EMPLEO NETO PUES SON LOS MISMOS CONTRATOS.....	146
3. LA POSICIÓN DE LA MERCANTIL: SÍ HAY INCREMENTO DE EMPLEO EN LA EMPLEADORA	148
4. LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS CONVENCIONAL: UN BICHO RARO, PERO UNA SUBROGACIÓN AL FIN Y AL CABO.....	149
5. LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EXCLUYEN EL DERECHO A LA BONIFICACIÓN: EL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2016	150
6. EL FALLO DEL ALTO TRIBUNAL: LA NEGACIÓN DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL APARTADO 3, PÁRRAFO F).....	152

7. EL ASPECTO CLAVE: LA NORMA APLICABLE Y EL PAPEL QUE JUEGA EL CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR SOBRE LOS EFECTOS DEL CONTRATO SUSCRITO	153
8. ACERCA DEL SENTIDO DEL FALLO: CONCLUSIONES.....	158
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO <i>VERSUS</i> EL PRINCIPIO DE CONTRIBUTIVIDAD EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: UNA COLISIÓN INEVITABLE EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	161
<i>MARÍA ANGUSTIAS BENITO BENITEZ</i>	
1. GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: EL DIFUSO CAMINO HACIA LA IGUALDAD.....	161
2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	165
3. LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: EL ISLOTE PENDIENTE	170
4. LO QUE ESTÁ POR LLEGAR: UN NUEVO IMPULSO EN LA REFORMA POR GOTEÓ	179
COMPLEMENTO POR MÍNIMOS RECONOCIDO A MUJER SEPARADA, VIUDA ÚNICA CON ANTERIORIDAD A 2008: O MÁS VALE TARDE QUE NUNCA. (STS 11 OCTUBRE 2017 –REC 3911/2015–).....	181
<i>JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ</i>	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	181
2. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA JUDICIAL	182
3. EL CRITERIO SENTADO EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: VALORACIÓN	188
RIESGO LABORAL DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS Y CARGA DE LA PRUEBA. <i>STJUE (SALA QUINTA) DE 19 DE OCTUBRE DE 2017. ASUNTO ELDA OTERO VS SERVICIO GALEGO DE SAÚDE</i>	193
<i>PILAR CHARRO BAENA</i>	
<i>SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA</i>	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	193
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	195
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	197
DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	201
INCAPACIDAD LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL EN UNA SOCIEDAD DE TRABAJO CAMBIANTE.....	203
<i>PAOLA BOZZAO</i>	
1. INCAPACIDAD LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL.....	203
2. EL CONTEXTO: UNA SOCIEDAD DE TRABAJO CAMBIANTE	205
3. “NUEVOS” FACTORES DE RIESGO INVALIDANTE	208
4. LA CONTINGENCIA PROTEGIDA: ALGUNAS PRECISACIONES TERMINOLÓGICAS	209
5. ¿INCAPACES A HACER QUÉ? INCAPACIDAD LABORAL GENÉRICA, ESPECÍFICA, APTITUDINAL.....	210
6. LA CRECIENTE VALORIZACIÓN DE LA “ACTIVACIÓN”	211
7. CONCLUSIONES.....	212

**LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES
DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA MÁS
RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE CASACIÓN
FRANCESA SOBRE EL TEMA.....217**

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

1. EL MARCO SUSTANTIVO DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS
DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO, EN EL DERECHO FRANCÉS..... 217
2. EL MARCO PROCESAL DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS
DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO, EN EL DERECHO FRANCÉS..... 219
3. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL 2 DE LA CORTE FRANCESA DE
CASACIÓN DE 14 DICIEMBRE 2017, PUBLICADA EN EL BOLETÍN 221

**CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS
CONEXAS 225**

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. UNIÓN EUROPEA..... 227
2. COTIZACIÓN 234
3. PRESTACIONES..... 236
4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y GESTIÓN DE LA SEGURIDAD
SOCIAL 237
5. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES 239
6. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES..... 240
7. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 241
8. EMPLEO..... 243
9. ECONOMÍA SOCIAL 243
10. EMPLEO PÚBLICO..... 244

**CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES
BIBLIOGRÁFICAS 245**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS247

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA
NORMATIVO)..... 247
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 247
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 248
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE
EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)..... 249
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN 249
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL 250
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES 263
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA 263
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)..... 263

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS266

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS..... 266
2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS..... 266
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)..... 267
4. RECENSIONES..... 267

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL **271**

DESEQUILIBRIOS EN EL MERCADO DE TRABAJO E INFLACIÓN DURANTE LA GRAN RECESIÓN (2007-2014) EN ESPAÑA273

SANTOS M. RUESGA BENITO

FRIEDRICH SELL

LAURA PÉREZ ORTIZ

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

- | | |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 274 |
| 2. LA “BRECHA DE PRODUCCIÓN MODIFICADA”..... | 275 |
| 3. UN ANÁLISIS DEL EFECTO DE LAS MEDIDAS DE EXPANSIÓN FISCAL EN ESPAÑA EN 2009-10..... | 276 |
| 4. RESULTADOS..... | 281 |

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL **283**

AUGUSTO VENTURI: DE LOS SEGUROS SOCIALES A LA SEGURIDAD SOCIAL.....285

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- | | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 285 |
| 2. SU APORTACIÓN: LA PRETENSÓN DE UNA CONSTRUCCIÓN “CIENTÍFICA” DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... | 286 |
| 3. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS FUNDAMENTOS.. | 290 |
| 4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE AUGUSTO VENTURI..... | 298 |

Editorial

Laboorum

MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL FRENTE A LA PRECARIEDAD LABORAL (I)

A propósito de la Proposición de Ley 122/000194 de lucha contra la precariedad laboral presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos¹

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

“El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia, y que, por tanto, hay alternativas que permiten superar lo que es criticable en lo que existe. La incomodidad, el inconformismo o la indignación ante lo existente suscita el impulso para teorizar su superación”

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS²

1.- Es un hecho significativo y preocupante la persistente dualidad y segmentación generalizada del mercado de trabajo en nuestro país. La precarización laboral comporta una situación de máxima inseguridad y vulnerabilidad de las personas. La posición de la persona del trabajador es “débil”, ante todo por su debilidad contractual: el trabajador precario forma parte de un contrato de adhesión en sentido estricto –“fuerte”–, dada la individualización jurídico-laboral en la que se encuentra sometido no sólo no puede discutir las condiciones de la contratación, sino que también queda expuesto a los poderes unilaterales del empleador, sin cobertura sindical y sólo marginal o periféricamente de la negociación colectiva de referencia. Y es que, ciertamente, la negociación colectiva tiende a no tener efectividad práctica real respecto a ese colectivo de trabajadores “precarios”: bien porque es deficitaria e sí misma respecto a las necesarias tutelas que sería necesario arbitrar para estos colectivos laborales heterogéneos en situación de precariedad; o bien porque sencillamente en los hechos en las relaciones efectivas de trabajo entre trabajadores precarios y empleador se “desconoce” o se “desactiva” el sistema de tutela general previsto en los convenios colectivos de referencia.

¹ Publicada en el BOCG de 9 de marzo de 2018, núm. 223-1.

² SOUSA SANTOS, B.DE.: *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Vol. I, Bilbao, Ed. Desclée de Brouwer, 2003, pág. 23.

Las reformas laborales realizadas desde la década de los noventa no sólo son los instrumentos adecuados para crear empleo, sino que tampoco han permitido corregir significativamente la dualización en el mercado de trabajo. La liberalización de las relaciones laborales alcanzó su culminación con el RDL 3/2012 y su convalidación en la Ley 3/2012. En este sentido, se puede decir que se tiene la impresión de que la pretendida lucha contra la excesiva dualización del mercado laboral ha sido un “gran pretexto” para la realización de reformas laborales paradójicamente liberalizadoras e individualizadoras de las relaciones de trabajo. Cada fase del proceso reformista ha colocado un “ladrillo” en el edificio liberalizador del mercado de trabajo, no siendo meras reformas puntuales o de adaptación a las transformaciones económicas y sociales en curso. En ese proceso se inscribe (incrusta) la lógica de la precariedad sociolaboral y de la redefinición de la constitución democrático-social del trabajo en constitución flexible del trabajo. En este contexto las políticas de *workfare* aparecen como el complemento institucional lógico, desde las políticas sociales, a las políticas de flexibilización del mercado de trabajo, constituyendo *el complemento coherente a las necesidades de “normalización” (y generalización) de los empleos precarios*. Se realizan, así, programas públicos encaminados al segmento precario del trabajo post-industrial o post-fordista. El “precariado” –como subclase o infraclase funcional– constituye, de este modo, un exponente del nuevo tipo de trabajadores de la era post-industrial. Este fenómeno permite comprender y explicar, entre otras cosas, la progresiva transformación del *welfare* en *workfare*, con la consiguiente reorganización de los instrumentos de ayuda social (asistencia social, servicios sociales y rentas activas de inserción) en instrumentos funcionales de vigilancia y control jurídico-social de los colectivos o categorías de trabajadores precarios y de los pobres y excluidos socialmente.

Con todo, en la práctica nuestro modelo de contratación laboral ha favorecido la expansión de la temporalidad como supuesta política de fomento y creación de empleo. Objetivo que ha quedado desmentido sistemáticamente en la experiencia jurídica. Necesario es subrayar igualmente que un resultado visible de las sucesivas reformas sobre la contratación laboral ha sido la conformación de un sistema de contratación excesivamente complejo y con problemas de articulación interna. En este sentido se constata que el contrato de trabajo común u ordinario ha sido desplazado por una diversidad de modalidades contractuales que obedecen a razones de diversa índole y de distinta naturaleza. Resultado de ello es que el actual Derecho del Trabajo cada vez presente un menor nivel de homogeneidad y un más elevado nivel de descentralización y dispersión normativa atendiendo a distintos tipos contractuales. En efectivamente, lo que se está producido es una diversificación del tipo contractual. El fenómeno del tipo contractual unitario –paradigma contractual estatutario– remite a un escenario de fragmentación de las formas contractuales y de las garantías del empleo por cuenta ajena y subordinado; un escenario en el que principios fundamentales, como el principio de igualdad, están siendo redefinidos. Dentro de los diferentes tipos de contratos laborales, la mayor parte de ellos atienden a una duración determinada, es decir, la extinción del contrato de trabajo se acuerda desde el inicio de la relación laboral.

Esa proliferación de la contratación temporal o de duración determinada tiene importantes consecuencias sociolaborales, pues genera precariedad laboral, una excesiva rotación laboral, y un detrimento de las cotizaciones (incluidas las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social en apoyo a la contratación laboral, tarifas planas...). De manera que la precarización laboral se traduce en precariedad en el ámbito del acceso y calidad de las prestaciones de la Seguridad Social. Es un sentir generalizado el uso y a menudo abuso de la

contratación laboral temporal en España, como hecho diferencial respecto de otros países. Por lo demás, el abuso de la contratación temporal (y otras formas de precariedad laboral, por ejemplo a través de contratos a tiempo parcial precarios) ha afectado negativamente a colectivos más vulnerables en el mercado laboral, como las mujeres y los jóvenes.

De las aporías de nuestro modelo de contratación son un exponente los diversos pronunciamientos de condena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.gr., STJUE de 14 de septiembre, asunto C-596/14, o SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos Pérez vs CA Madrid y Martínez Andrés vs CA País Vasco). Lo que pone de relieve la exigencia de una remodelación cualitativa del vigente modelo de ordenación de las relaciones laborales que se vece hacia la precariedad y sus disfuncionalidades en el Derecho de la Seguridad Social. Esa redefinición del modelo debería centrarse en recuperar el principio de estabilidad en el empleo. Pero, como se sabe, existen al respecto distintas opciones de política del Derecho *de lege ferenda*.

2.- En este contexto, el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de marzo recoge una Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos de lucha contra la precariedad laboral. Se justifica la misma³ –a juicio de los proponentes– en el fracaso que ha supuesto la política de la temporalidad como estrategia para la creación de empleo. Se recuerda que la tasa de desempleo española se ha situado en promedio en el 18 % y que ni en los momentos de crecimiento más intensos de la economía española, ésta ha logrado disminuir por debajo del 7 %. Esta precariedad ha afectado especialmente a mujeres y jóvenes y ha supuesto que el punto de atención principal por parte de los sindicatos lo hayan sido los trabajadores fijos y de mayor antigüedad en la empresa. Las constantes reformas laborales que proclaman una lucha contra esta situación pocos resultados han tenido para paliar estos déficits. Se recuerda que las distintas reformas han mantenido la contratación temporal y han buscado relativizar la misma mediante la incentivación de la contratación indefinida sobre la base de medidas como: a) fijación de duraciones máximas a los contratos temporales con conversiones a fijo (se señala a tal efecto la reforma laboral de 2010); b) limita el encadenamiento de dos o más contratos temporales (se recuerda el inicio de tales medidas en 2006, potenciada en 2010, en suspenso en 2011, para luego recuperarla a partir de 2012); c) fijación de indemnizaciones en la extinciones por fin de contrato laboral; y d) introducción de contratos específicos de fomento de la contratación indefinida con menor coste en casos de despido.

Medidas que no parece que hayan conseguido reducir las tasas de empleo temporal como se proclamaba en sus intenciones. Téngase en cuenta además que todas las sucesivas reformas han sido acompañadas de un refuerzo o incentivo vía bonificación o reducción de cuotas, suponiendo un efecto negativo para la Seguridad Social, cuando estos incentivos lo son con cargo al Sistema afectando a su sostenibilidad (nueva “fórmula mágica” de referencia para el jurista social).

Ante las evidencias del fracaso de estas políticas, la Proposición de Ley plantea una generalización del contrato por tiempo indefinido y reduce drásticamente los contratos de

³ Ver su Exposición de Motivos.

duración determinada quedando limitados a sustituciones en las distintas situaciones de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o reingreso preferente, interrupciones de la relación laboral (comprendiendo descansos, permisos, vacaciones), complemento de jornadas reducidas y coberturas de vacantes. También se mantendrían los contratos formativos de duración determinada. Partiendo de esta idea se norma con carácter general un contrato indefinido en sus dos modalidades tiempo completo y parcial, manteniendo los contratos fijos discontinuos para actividades estacionales. Se mantiene la causalidad del despido y las compensaciones actuales económicas en tales casos, tanto para las extinciones objetivas como colectivas.

Consecuente con tales objetivos se propone modificar:

- a) el Estatuto de los Trabajadores, concretamente su art. 8 apartado 2; art. 11 modificando su rúbrica e incluyendo cinco nuevos apartados; art. 12 su rúbrica y nueva redacción a los apartados 1,2 y 3, suprimiendo los apartados 6 y 7; art.14, modificando sus apartados 1 y 2; art. 15 con nueva redacción; art. 51 apartado 1; art. 52 añadiendo una letra f) al mismo; art. 53 apartado 1 letra b); y DA. 16.^a con nueva redacción.
- b) La Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de Trabajo Temporal, para reordenar sus posibilidades de celebrar contratos de puesta a disposición. Concretamente: art. 6 nueva redacción a su apartado 2; art. 7 modificación de su apartado 1; art. 10 suprimiendo su apartado 3; art. 11, modificación del apartado 2; art. 12, incluyendo un nuevo apartado 5.
- c) La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Quedarían modificados: art. 7, suprimiendo su apartado 2 y 5; art. 8, añadiendo dos nuevos apartados 19 y 20.

La fórmula del “contrato único e indefinido desde el primer día que acabe con la precariedad”, parecería un objetivo razonable y deseable en una primera aproximación, pero la propuesta oculta la enorme complejidad de esa reducción a la unidad (que, por otra parte, encuentra ya bastantes excepciones en la misma Proposición de Ley) y su afectación –directa o indirecta– a la reducción de las garantías frente a los despidos. Y ya resulta cuando menos paradójico que en ese proceso de racionalización de tipos contractuales laborales se deje intacto al personal laboral denominado indefinido no fijos en las Administraciones, que es una figura no homologable a ninguna de las que existen en los ordenamientos jurídicos de los países europeos y que, como es bien conocido, ha suscitado numerosas controversias jurídicas en distintos ámbitos jurisdiccionales (incluida la jurisprudencia condenatoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

En cualquier caso, no parece fácil que prospere esta propuesta del contrato único indefinido, dada la oposición radical a esta fórmula contractual de otros partidos representativos como es el caso del PSOE y de PODEMOS, aunque se podría encontrar apoyo en el PP.

Tampoco se avanza nada respecto algunas de las “causas legales” de la precarización laboral derivadas ante todo de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, que permitió una devaluación salarial y una minoración generalizada de derechos laborales (por ejemplo, a través de la utilización sistemática del principio de preferencia legal de los convenios de

empresa sobre los convenios de sector ex art. 84.2 del ET; principio de preferencia legal que no está sujeto a la alegación y prueba de un “justificado motivo” para su puesta en práctica).

Igualmente, la Proposición de Ley, que tanto incide en los despidos, no ha querido abordar una necesaria reforma de los despidos por circunstancias objetivas en aras de la seguridad jurídica (artículos 52 y 53 del ET), cuyas causas relativas a “la ineptitud sobrevenida” o al “absentismo” están planteando problemas judiciales relevantes en relación a la incapacidad temporal y las fronteras difusas entre ésta cuando es de larga duración (o de presumible larga duración) y la discapacidad (Recuérdese la doctrina al respecto del TJUE). Todo ello con incidencia directa en el campo de la protección social pública.

Contiene además la Proposición de Ley un importante número de otras medidas recogidas en sus:

-Diez disposiciones adicionales, como: evaluación nacional de las políticas activas de empleo; refuerzo de la cartera común de servicios públicos, implantación de un sistema de cheques de formación para desempleados, perfilado estadístico de trabajadores desempleados; revisión estadísticas oficiales de contratación; creación de una comisión mixta de la Inspección de Hacienda y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; acceso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las bases de datos de la Seguridad Social; elaboración de un plan de choque de refuerzo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; Implementación de sistema y herramientas informáticas que faciliten la labor del al Inspección de Trabajo y Seguridad Social; un plan extraordinario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de control de la normativa en materia de empleo tiempo de trabajo.

-Cinco disposiciones transitorias, relativas las situaciones en quedarán los contratos temporales, su encadenamiento; transformación de los contratos temporales en indefinidos, extinción de los mismos celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma pretendida; así como la situación de los contratos de puesta a disposición con ETT, antes de la entrada en vigor de la reforma proyectada.

-Trece disposiciones finales, relativas las adaptaciones necesarias a realizar en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación; de la Ley General de la Seguridad Social; de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; revisión de incentivos en la contratación laboral; adecuación de las relaciones económico laborales entre individuos y empresas en el marco de las plataformas digitales; regulación de un nuevo sistema de incentivos a la estabilidad laboral.

Medidas, en los términos que se plantean, que no dejan en un gran número de ellas “brindis al sol” o medidas “ad calendas graecas”.

Son quizás las medidas de Seguridad Social que en la Proposición de Ley se contienen las que centrarán nuestro comentario.

La Proposición de Ley dice que busca avanzar en la configuración de una acción protectora centrada cada vez más en el trabajador en lugar de en el puesto de trabajo⁴. Y por ello se nos dice que se articulan nuevos derechos y como estrella se presenta incorporar a nuestro ordenamiento laboral y de Seguridad Social la denominada “mochila austriaca” (se trataría de un nuevo derecho de giro en las transiciones laborales). Esta forma de aseguramiento público adicional a los existentes dentro de la Seguridad Social (“una cuenta personal en la Seguridad Social”), no tendría una función sustitutiva de la protección por desempleo, sino que asumirá una función complementaria. Además, podría ser “portable”. Sin embargo, deja subyacente la finalidad última la facilitar los despidos a través de la previsión acumulativa de recursos a lo largo de la vida; aunque también podría actuar como garantía de ingresos del trabajador ante la pérdida de empleo.

Se nos dice que a cada trabajador se le asignará una cuenta personal al momento de afiliarse a la Seguridad Social y que la mantendrá durante toda su carrera laboral.

A las empresas se les obligará conjuntamente con obligaciones de cotización a realizar aportaciones a tales cuentas personales de sus trabajadores, mientras mantengan la relación jurídica laboral con ellos. Por otro lado, se permitirá que de forma voluntaria los trabajadores hagan también aportaciones a sus cuentas.

Tales derechos acumulados podrán ser luego percibidos u obtenidos con ocasión tanto por la terminación forzosa de la relación laboral (despido o finalización del contrato) y también en caso de resolución voluntaria. “Igualmente –se afirma en la Exposición de Motivos–, los derechos acumulados que restasen en su cuenta personal podrán ser ejercidos por el trabajador en el momento de acceder a la jubilación o con ocasión de la declaración de incapacidad permanente absoluta para el desempeño de cualquier empleo, así como podrán ser transferidos a sus herederos legales en caso de fallecimiento” (apartado IV).

Caso de que no se hagan valer en las situaciones anteriores, las aportaciones se mantienen y se pueden acumular a futuras aportaciones con el inicio de sucesivas relaciones laborales. En definitiva, son “exportables” (portabilidad de los derechos acumulados) y ejercitables posteriormente tanto con motivo de otro cese en relaciones laborales futuras como al momento de acceso a la jubilación o de una incapacidad permanente absoluta, así como se prevé su transferencia a sus herederos legales en caso de fallecimiento.

El sistema de “*mochila austriaca*” presentaría una gran novedad para España. En Austria se implantó este sistema a partir de 1 de enero de 2003 y fue fruto de un pacto social dicho sistema (*Abfertigung*) se reguló en la Ley relativa al régimen de previsión de los trabajadores por cuenta ajena y propia (*Betriebliches Mitarbeiter-und Selbständigenvorsorgegesetz –BMSVG–*)⁵. Por ella el sistema de indemnizaciones por despido se viene a convertir en una especie de seguro privado o una cuenta individual de ahorro para los trabajadores. Mediante el mismo el empresario no tendrá que abonar

⁴ Exposición de Motivos, apartado IV.

⁵ Véase GÓMEZ, S. y BAUTISTA DE LA FUENTE, M.V.: *El fondo de capitalización en Austria y su aplicación en España, nota técnica*, mayo de 2015, DPON-116, IESE Bussines School, Universidad de Navarra, pág. 3.; y CONDE-RUIZ, J.I.; FEGUEROSO, F. y GARCÍA-PÉREZ, J.I.: *El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España*, Colección Estudios Económicos 06-2011, FEDEA.

indemnización alguna al momento del despido, si bien y a cambio tiene la obligación de aportar por cada uno de los trabajadores de su empresa un porcentaje (el 1,35% que vendría a suponer 5/6 días de salario por año de trabajo en la empresa) de su salario bruto (comprendiendo salario mensual más complementos salariales) a partir del segundo mes de la fecha de inicio de la relación laboral. El abono de tales cantidades se hace a una caja de prevención laboral o fondo de previsión de los trabajadores, de carácter privado y externo a los empresarios (*Mitarbeitervorsorgekassen –MVK–*). Dichas entidades precisan de una autorización pública para operar y están sujetas a supervisión de las autoridades del mercado financiero. La entidad gestora es elegida de común acuerdo entre empresario y representación de los trabajadores si los hubiere y si no será elegido por el empresario. Las cajas o fondos están obligados a asegurar al trabajador un mínimo equivalente al importe de las cuotas ingresadas por ellos por los empresarios. Los fondos pueden ser invertidos para mejorar su rentabilidad. Cuando hay un cambio de empresa voluntario o no el empleado elige entre mantener el fondo en el mismo MVK o en el de la nueva empresa. Al fondo se accede cuando nos encontramos ante una situación de desempleo motivada por un despido y en cualquier caso al llegar a la edad de jubilación como una especie de complemento a la pensión de jubilación. Caso de que se deba a despido empresarial, podrá elegir: a) exigir el reintegro de lo ingresado si han transcurrido al menos 3 años desde que se iniciaron las aportaciones o tres años desde el último reintegro; b) mantener el fondo en el mismo MKV; y c) llevarse a otro MKV.

Bondades que se predicán de este sistema es que lleva consigo que desaparezca la dualidad entre contrato fijo y temporal; la facilita el despido sin pensar en el coste según el trabajador del que se quiera prescindir ya que se ha ido abonando la indemnización y por tanto deja de aplicarse ese criterio de ir despidiendo a los trabajadores con menor antigüedad; incentiva la movilidad voluntaria del trabajador que lleva su propia indemnización a la siguiente empresa sin perderla; facilita la situación financiera de las pequeñas empresas que no tienen que hacer grandes desembolsos al momento de un despido.

Frente a tales aspectos positivos, también tiene sus críticas pues: puede fomentar el despido si razón ya que el coste va a ser cero y por tanto el abuso está presente; la repercusión en las prestaciones por desempleo puede llegar a ser importante y por tanto sobre los gastos del sistema de Seguridad Social; puede generar conductas cuestionables que lleven a fijar salarios bajos al inicio de la relación laboral y más altos con el fin de incentivar la productividad del trabajador; los sectores más vulnerables a decisiones empresariales extintivas incrementarán esta situación, etc.

Pues bien, la reforma pretendida se concreta en su Disposición final décima, con el siguiente tenor literal:

“Disposición final décima. Regulación del Sistema de Cuentas Personales de la Seguridad Social.

En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno deberá aprobar un Proyecto de Ley por el que se regule el Sistema de Cuentas Personales de la Seguridad Social. Esta regulación deberá atender, entre otros, a los siguientes extremos:

- a) La creación de un Sistema de Cuentas Personales de la Seguridad Social, que se mantendrán durante toda su vida laboral. A estos efectos, a cada trabajador le será asignada una cuenta personal con motivo del alta inicial en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, referenciada al número de afiliación de la Seguridad Social asignado al trabajador.*
- b) Estas cuentas individuales recogerán las aportaciones realizadas por las empresas a favor de los trabajadores durante todas sus relaciones laborales, así como las aportaciones voluntarias realizadas por los propios trabajadores. A tal fin, la nueva regulación establecerá incentivos que fomenten estas aportaciones adicionales voluntarias.*
- c) Los trabajadores podrán ejercer los derechos acumulados en su cuenta personal en los supuestos de extinción de la relación laboral, incluida la voluntaria a instancia del trabajador, de declaración de incapacidad absoluta permanente o de acceso a la jubilación, en los términos que se determinen en cada caso. En caso de fallecimiento, los derechos acumulados podrán ser transferidos a los herederos legales del trabajador.*
- d) Las aportaciones realizadas a favor del trabajador en su cuenta personal durante la vigencia de la relación laboral serán descontadas por el empresario de la cuantía de la indemnización que hubiese de abonar en caso de despido del trabajador.”*

Lo que más sorprende o destaca es su vinculación con la Seguridad Social y parece que se quiere que tenga por tanto una gestión pública de tales fondos, aunque nada más se dice. Y el que la gestión de estos fondos indemnizatorios por fin de la relación laboral casan mal con la misión tradicional de las entidades (gestoras u organismos autónomos) de la Seguridad Social y habría que modificar su régimen jurídico, pero ninguna previsión al respecto se nos dice que se va hacer.

Se permite que el “rescate” de esos fondos también lo sean en caso de incapacidad permanente absoluta. Parece que se da por hecho que el trabajador abandonará la empresa por la extinción del contrato de trabajo (art.49.1 e) del ET), sin embargo, no se piensa que también lo podría ser en caso de incapacidad permanente total (art. 49.1.e) ET); y que siendo realistas una situación de IPT de un trabajador y más si tiene cierta edad conlleva normalmente su extinción y cuasi abandono definitivo del mercado de trabajo.

Por otro lado, el apartado d) ofrece dudas en su entendimiento. Parece que se está diciendo que en caso de despido habrá una indemnización a cargo del empresario y de ella se descontará lo que ya haya ingresado el empresario en el fondo. Estamos ante un fondo austriaco a la española muy curioso

La Proposición de Ley también busca o pretende –en palabras suya– promover un sistema de incentivos a la estabilidad laboral, consistente en bonificaciones en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo a la Seguridad Social de todos los trabajadores fijos de las empresas que presenten unos menores índices de rotación laboral en comparación con otras empresas del mismo sector de actividad. Se trata de introducir una especie de “bonus” para las empresas que menos recurran al despido como herramienta de flexibilidad interna y que mantengan una mayor estabilidad en sus plantillas,

con la consiguiente mejora en las perspectivas de estabilidad, promoción y formación profesional de todos los trabajadores. Se calca o copia la idea que subyace en otros ámbitos como en el de la prevención de riesgos laborales ⁶ que tiene normado a un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, y que hasta la fecha ha reportado algunos éxitos. En estos casos se reclama la técnica de la normativa de alentamiento público institucional, haciendo valer la denominada función promocional del Derecho⁷.

Y así la disposición final novena viene a establecer un mandato:

Disposición final novena. Regulación de un nuevo sistema de incentivos a la estabilidad laboral.

En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, reglamentariamente se establecerá un sistema de incentivos para la estabilidad laboral consistente en bonificaciones en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo a la Seguridad Social de todos los trabajadores fijos de las empresas que posean una menor rotación laboral en sus plantillas, comparadas con otras empresas de su mismo sector de actividad

En realidad, esta medida podrá tener o no éxito si al mismo tiempo hubiera un “bonus malus” eficaz y disuasorio del abuso en los despidos por parte de las empresas que les llevara, por ejemplo, a tener que asumir el coste de la prestación por desempleo en estos casos. Si bien el que se fija, si llega a feliz término es el siguiente:

Disposición final sexta. Revisión de incentivos a la contratación laboral.

En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno deberá aprobar las modificaciones legales y reglamentarias que procedan sobre los beneficios, bonificaciones, reducciones y demás incentivos a la contratación laboral vigentes para adaptarlos a las modificaciones introducidas por esta Ley, previa determinación de aquellos en que proceda su supresión por contravenir dichas modificaciones o por haberse demostrado ineficaces atendiendo a su finalidad de promover la creación efectiva de empleo.

De cualquier modo, la experiencia muestra nitidamente que este tipo de incentivos económicos a costa de los recursos del Sistema de Seguridad Social son problemáticas y altamente disfuncionalidad para los fines específicos que dicho Sistema ha de perseguir. En este sentido sería preferible que los incentivos a la estabilidad se hicieran recaer por otras vías. Una de ellas podría ser por vía de reducciones de impositivas o cargas fiscales de carácter general a las empresas. No parece razonable que la Seguridad Social vea mermada

⁶ Véase el RD 231/2017, de 19 de marzo

⁷ Sobre ese tipo de normas “premiales”, de incentivación o promoción de comportamientos positivos fomentados por el legislador, véase BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Ed. Debate, 1990.

sus recursos económicos para fines instrumentales que no le son propios en un momento en el que existe una gran preocupación por la “sostenibilidad” económico-financiera del Sistema (señaladamente, del subsistema de pensiones públicas).

Mucho nos tememos que nuevamente estemos ante reformas ad calendas graecas, es difícil contabilizar los mandatos tendentes a suprimir, modificar, reducir, simplificar, conversión de reducciones en bonificaciones, etc., del sistema de incentivos a la contratación que se reiteran pero no se cumplen⁸.

⁸ Recuérdese el mandato de racionalización del sistema de bonificaciones recogido en la DT. 6ª del REE Ley 20/2012, de 6 de julio, o el recogido en DA. 3.ª Ley 7/2017,

Estudios
Doctrinales

LABORUM

La discrepancia con el parte médico de alta por curación The discrepancy regarding the certificate of discharge in case of healing

JOSÉ DAVID LAFUENTE SUÁREZ

DOCTOR EN DERECHO. ABOGADO

Resumen

El parte médico de alta del trabajador por curación o mejoría que le permite reanudar el trabajo constituye, en vía de principio, el ordinario trámite final de un proceso de incapacidad temporal. No obstante, una de las causas más frecuentes de discusión la constituye el desacuerdo del trabajador con la emisión del documento acreditativo de su sanidad, al entender que no se ha producido ciertamente la recuperación de su aptitud laboral. Las normas legales y reglamentarias del procedimiento son objeto de interpretación para señalar cuáles son las posibles vías de actuación de aquél para expresar el disenso con el referido criterio médico de curación.

Abstract

The certificate of discharge in case of healing or improvement of the worker allowing him to return to work represents, at first, the ordinary final stage of the temporary disability process. However, one of the most frequent subjects of discussion is the worker's disagreement regarding the issue of the document certifying his health, as it is understood that his occupational capacity has not been regained. The legal and regulatory standards of the procedure are subject to interpretation in order to determine the possible courses of action for the employee to express his disagreement regarding the mentioned medical judgment on healing.

Palabras clave

alta médica; disconformidad; revisión del alta; reclamación previa

Keywords

Discharge; disagreement; discharge review; prior complaint

La incapacidad temporal –en adelante IT– es una de las situaciones protegidas características del sistema de Seguridad Social española que ha sufrido mayores modificaciones normativas referidas, fundamentalmente, a su cobertura económica¹ y a su extensión, puesto que bien pronto se ha puesto de manifiesto su relación con la necesidad de contener un fenómeno laboral contraproducente, el absentismo laboral², lo que, a su vez ha conllevado a las modificaciones normativas sucesivamente re modeladoras del importe,

¹ La regulación inicial del Decreto 3158/1966, que establecía una prestación económica del 75 por ciento de la base reguladora fue alterada por el R.D. 53/1980, que modificó la cuantía de la prestación económica de forma que, en los supuestos de enfermedad común o accidente no laboral, durante los tres primeros días no se percibe subsidio, que comienza a lucrarse a partir del cuarto día a partir de la baja. En ese momento el subsidio será del 60 por ciento de la base reguladora, hasta el vigésimo día de baja, y el 75 por ciento a partir del vigésimo primer día, hasta su finalización. El Real Decreto-ley 5/2992 y posteriormente la Ley 28/1992 introdujeron la vigente regulación de la cuantía del subsidio de forma que, en los casos de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del decimosexto día a partir de la baja en el trabajo, siendo a cargo del empresario el abono de la prestación entre los días cuarto a decimoquinto, ambos inclusive.

² Ver, entre otros. GARCIA MURCIA, J. y ROMAN VACA, E. “Nuevas pautas en la regulación de la I.T.”. Aranzadi social. Tomo II. 1996. GARCIA VALVERDE, M. “El subsidio por I.T.: cuantía y dinámica. Revista de Derecho Privado, marzo/abril 2003. GARCIA VALVERDE, M. *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social española*. Comares. Granada.2003. LÓPEZ INSÚA, B.DEL MAR. *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*. Comares. Granada.2016.

extensión y carta del subsidio económico. Esta conexión ha llevado a una acentuación en la regulación de los procedimientos que conducen al inicio de un proceso de I.T. que, primeramente se lleva a cabo en vía administrativa, alcanzando su relevancia al proceso judicial social que, como veremos, lleva al legislador a establecer, dentro del artículo 140 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social –en adelante LRJS– una especialidad dentro de los procesos de prestaciones de Seguridad Social referida a la impugnación de las altas médicas.

Por lo que se refiere al procedimiento administrativo en que consiste el desarrollo de la protección de esta contingencia, las actuales normas reguladoras de la competencia y gestión de la misma están constituidas, en orden cronológico, por el R.D. 1300/1995, de desarrollo en materia de incapacidades laborales, que determina la constitución, composición y funciones de los equipos de valoración de incapacidades; el R.D. 1993/1995, que aprueba el Reglamento sobre colaboración de las hoy denominadas Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; el R.D. 1430/2009, que desarrolló en materia de incapacidad temporal las normas de la ley 40/2007, y el R.D. 625/2014, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y el control de la incapacidad temporal durante los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Sobre esta base, el parte de alta médica, modelo P.-9/1, aprobado por la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio (B.O.E 20 de junio), en desarrollo del R.D. 625/2014³, motivado en la curación o en su caso, mejoría que permite la reanudación del trabajo, pone fin al expediente abierto con la emisión del parte de baja que, a su vez, conllevó el reconocimiento de la situación protegida, de forma que constituye la causa de extinción ordinaria del abono de la prestación económica correspondiente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 174.1 del actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015 –en adelante LGSS–.

En el proceso judicial, a su vez, la impugnación de altas médicas constituye una modalidad específica de los procesos de prestaciones de Seguridad Social que regula el artículo 140 LRJS., en los que es preciso distinguir aquellos procedimientos en los que el recurrente está exento de formular Reclamación previa al agotarse el plazo de duración ordinaria de la IT de trescientos sesenta y cinco días, de los que tal Reclamación previa es requisito necesario antes de interponer demanda, cuando la impugnación se produce antes del agotamiento del referido plazo⁴.

Hablamos de alta médica como causa de extinción ordinaria puesto que, si bien el propio texto del artículo 174.1 LGSS incluye otros motivos de extinción del subsidio económico de IT, de la propia naturaleza de la contingencia se deriva la consecuencia prevista por el legislador de tratarse de una protección limitada en el tiempo, en tanto en cuanto se prevé la recuperación de la capacidad del trabajador para la reanudación de su trabajo habitual, lo que se recoge como causa motivadora de la emisión del parte de alta a través de la fórmula de “curación”, o en su caso, “mejoría que permite trabajar”. Es en la discrepancia ante la extensión de un parte de alta médica basado en la impresión diagnóstica

³ Sin perjuicio de su remisión telemática a través de los sistemas RED y SILTRA

⁴ Se trata más bien de una modalidad procesal, como señala MÁRQUEZ PRIETO, A “Capítulo VI. De las prestaciones de Seguridad Social” en VV. AA *Ley de la Jurisdicción social. Estudio técnico jurídico y sistemático de la Ley 36/2011*. MONEREO PÉREZ, J.L. (director); GONZÁLEZ DE PATO, R. M^a y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coordinadores). Comares. Granada. 2013.

de la producción de la sanidad del trabajador en lo que nos vamos a centrar en el presente trabajo.

De este modo, extendido un parte de alta médica por curación del trabajador, vamos a estudiar las posibilidades de actuación que se le presentan a aquél (y en su caso a la empresa para la que presta sus servicios por cuenta ajena) cuando disiente de la consideración explícita de su curación o recuperación de capacidad laboral, al entender que ésta no se ha producido, no se ha producido totalmente, o en todo caso, que su situación le impide reanudar la prestación de sus servicios en su trabajo habitual. Es preciso señalar que, por las características del proceso de IT, las vías de acción a las que nos referiremos son las jurídicas, principalmente, pero sin eludir la referencia a las vías de hecho que se dan en la práctica ordinaria de los trabajadores ante la obligación de reincorporarse al trabajo, pero encontrarse con la imposibilidad de facto de prestar normalmente servicios.

En primer lugar, hemos de diferenciar el actuar en función de la extensión temporal de la propia contingencia protegida, de acuerdo con los artículos 170 y 174 LGSS y del origen profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional) o común (enfermedad común o accidente no laboral) de la causa originadora de la IT –artículo 169 LGSS–. Así, distinguiremos:

1. ALTA DE I.T. ANTES DEL AGOTAMIENTO DE LA DURACIÓN DE TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DESDE EL INICIO DE LA BAJA

Estamos en el supuesto de la emisión de un parte médico de alta, por curación o mejoría que permite trabajar, antes del transcurso de los 365 días desde la extensión del parte de baja, iniciador del proceso de IT. A su vez hemos de distinguir según que el alta médica proceda de la Entidad gestora, en este caso, Servicio público de Salud de la autonomía correspondiente, en virtud del proceso de transferencia de competencias en materia sanitaria, y tratarse de un proceso médico derivado de contingencias comunes, o fuera emitida el alta médica por una Mutua colaboradora con la Seguridad social, por ser un supuesto derivado de contingencias profesionales.

1.1. Parte médico de alta expedido por los Servicios de Salud competentes

En este caso, si el trabajador cuya alta médica ha sido extendida entiende que no ha recuperado su capacidad laboral y que por consiguiente debería continuar en situación de I.T., ha de formular Reclamación Previa frente a aquélla de acuerdo con el artículo 71.1 sensu contrario⁵, pero el plazo para la interposición es el de once días hábiles “desde la notificación de la Resolución” –dice el párrafo segundo del número 2 del artículo 71 LRJS– lo que, en estos casos hay que entender desde la entrega por parte del facultativo del parte de alta médica, con copia para su presentación en la empresa que a su vez ha de tramitarla por vía telemática. El Servicio de Salud deberá resolver expresamente la Reclamación en el plazo de siete días hábiles, entendiéndose en otro caso desestimada tácitamente por silencio administrativo negativo una vez transcurridos los siete días, de acuerdo con el párrafo segundo del número 5 de la LRJS, quedando abierta la vía jurisdiccional para formular

⁵ Puesto que el punto y seguido del número 1 del artículo 71 LRJS excluye de la Reclamación previa a las impugnaciones de alta médica al agotarse el plazo de trescientos sesenta y cinco días.

demanda en el plazo de veinte días hábiles, contados a partir de la notificación de la Resolución expresa o transcurridos los precitados siete días, como previene el párrafo segundo del número 6 del mismo artículo 71 de la ley procedimental.

Ciertamente no es sencillo para el trabajador en descuerdo con el alta presentar informes médicos discrepantes con el diagnóstico de alta, si no es a través del recurso a la medicina privada, pues para este procedimiento en términos generales no está prevista la posibilidad de recurrir a una segunda opinión médica de los servicios sanitarios oficiales⁶, por lo que, en su caso, dada la brevedad de los plazos, se reserva ordinariamente para el proceso judicial la prueba pericial de un médico privado. De esta manera, salvo excepciones contadísimas⁷, la Reclamación previa es desestimada, bien sea expresa o tácitamente por la vía de la falta de resolución, con lo que se remite al trabajador a la vía de impugnación judicial.

Derivada de las dificultades expresadas, una segunda vía de actuación factual del trabajador es la de reincorporación al trabajo e inmediatamente producida ésta, solicitar una nueva baja de IT por recaída. De acuerdo con el artículo 169.2 párrafo segundo de la LGSS existe recaída en un mismo proceso (de IT) cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de la alta médica anterior. Así, la nueva baja por recaída produce la continuación del proceso de IT tanto desde el punto de vista de la duración o extensión del mismo, como del abono de la prestación económica correspondiente, sin la pérdida de remuneración de los tres primeros días para el trabajador.

La tercera vía de hecho en la actuación de un trabajador disconforme es solicitud de una nueva baja de IT por una causa diferente a la que motivó el proceso anterior de IT que terminó con la expedición de la alta médica que, bien no se quiere, bien no se puede recurrir con garantías de éxito. Es preciso apuntar también que, esta situación es más propia de los trabajadores que se encuentran en un período prolongado de IT, en el que concurren más de una causa incapacitante y de diferente etiología.

1.2. El parte de alta médica ha sido extendida por facultativo de Mutua colaboradora con la Seguridad Social

1.2.1. Procedimiento especial de revisión del alta

Sobre la base de que la cobertura de las contingencias profesionales se ha realizado con una Mutua colaboradora con la Seguridad Social⁸, la emisión del parte de alta por ésta, antes del cumplimiento de la duración máxima de 365 días ha de darse, como hemos indicado y denominado causa de extinción de carácter ordinario, por curación del trabajador o en todo caso por mejoría que permite trabajar. Frente al alta médica el interesado podrá iniciar el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4 del R.D. 1430/2009, ante la Entidad Gestora, INSS o Instituto

⁶ Con las transferencias a las Comunidades autónomas en materia sanitaria, es la legislación de cada una de ellas la que resulta los supuestos y condiciones para la solicitud de la segunda opinión médica.

⁷ Quiero ser optimista, pero lo cierto es que este humilde letrado no conoce profesionalmente ninguna.

⁸ Aunque pueden mantener el concierto con el INSS para la cobertura de contingencias profesionales las empresas que así lo tuvieron antes de 1998.

Social de la Marina, en su caso. Para ello, en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la notificación del alta médica, presentará la solicitud mediante el impreso disponible en la página web⁹ de la entidad, acompañando el historial médico previo relacionado con el proceso de IT o en su caso copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora. Igualmente comunicará el interesado el inicio del procedimiento a la empresa el mismo día de la solicitud o en el siguiente día hábil.

El inicio de este expediente, cuya tramitación ha de considerarse preferente por la Entidad Gestora con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible, suspende los efectos de la alta médica emitida, entendiéndose prorrogada la situación de I.T. derivada de contingencia profesional, y manteniéndose el abono de la prestación, sin perjuicio de que posteriormente pueda considerarse indebidamente percibida.

El INSS o en su caso el Instituto Social de la Marina comunicará a la Mutua colaboradora el inicio del procedimiento especial de revisión para que aporte los antecedentes relacionados con el proceso de IT en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, y a la empresa en el de 2 días hábiles. La Mutua podrá reconocer la improcedencia del alta emitida, con lo que se produce el archivo del expediente y por consiguiente la reanudación de la asistencia sanitaria, así como del abono del subsidio económico de IT a cargo de aquélla. De no ser así, es decir, si la Mutua entiende que el alta médica ha sido correctamente emitida, la Dirección Provincial correspondiente del INSS (o del Instituto Social de la Marina, en su caso), previo preceptivo informe del Equipo de Valoración de incapacidades –EVI– resolverá en el término de 15 días hábiles, contados desde la aportación de la documentación del expediente de I.T. por parte de la Mutua colaboradora. Dicha Resolución se dictará en uno de los siguientes sentidos:

- Confirmará el alta médica expedida por los servicios médicos de la Mutua colaboradora y por consiguiente declarará extinguido el proceso de IT por curación o mejoría que permite el trabajo. En este supuesto, el trabajador deberá reintegrar las prestaciones percibidas durante el procedimiento especial de revisión del alta, es decir, la correspondiente a los días transcurridos entre la fecha del alta médica que se ha pretendido revisar, y la de la propia Resolución, considerándolas indebidamente percibidas.
- Anulará el alta médica y mantendrá al trabajador en situación de IT derivada de contingencias profesionales por considerar que el trabajador aún no está apto para trabajar.

De acuerdo con el con el número 12 del artículo 4 de este R.D.1430/2009, la Resolución del expediente de revisión de las altas médicas expedidas por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tendrán los efectos atribuidos a la Resolución de una Reclamación previa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71.6 párrafo segundo de la LRJS, de forma que es directamente impugnabile ante los Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días hábiles.

⁹ www.seg-social.es (consulta 18 de diciembre de 2017).

1.2.2. Interposición de Reclamación Previa

Nos encontramos ante un supuesto que podríamos denominar de actuación indirecta: el alta emitida por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social en un proceso de IT derivado de contingencias profesionales que no hubiera sido impugnada a través del procedimiento especial de revisión descrito en el apartado anterior.

Dado este caso, el alta puede ser impugnada a través de Reclamación Previa ante la propia Mutua que cursó el alta, en el plazo de 11 días hábiles, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 71.2 párrafo segundo de la LRJS; ésta deberá decidir sobre la misma en el plazo de 7 días hábiles, conforme determina el párrafo segundo del número 5 del mismo artículo, entendiéndose desestimada la Reclamación por efecto de silencio administrativo una vez transcurrido dicho plazo. La Resolución desestimatoria, expresa o tácita de la Reclamación Previa, podrá ser objeto de demanda ante la Jurisdicción social en el plazo de 20 días hábiles como preceptúa el párrafo segundo del número 6 del repetido artículo 71 de la LRJS.

La diferencia entre el procedimiento especial de revisión estudiado anteriormente y este otro a través de Reclamación Previa deriva de que, en este último, no se mantiene la situación de IT, presunta, sino que el alta produce los efectos ordinarios de la misma desde su fecha; esto es, la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo y por tanto la extinción de la prestación económica de IT desde el mismo momento de la expedición de alta médica por los servicios médicos de la Mutua colaboradora con la Seguridad social.

1.2.3. Nueva baja por recaída¹⁰

En paralelo con lo visto en el apartado .1.11.1 anterior, puede darse la situación derivada de la reincorporación del trabajador a su trabajo, pero producirse una recaída ex artículo 169.2 párrafo segundo LGSS, en este caso de la contingencia profesional causante de la situación de I.T., con lo que procedería la emisión de nueva baja médica por recaída, con reanudación del proceso originario de la IT, también a todos los efectos, como hemos visto, de extensión y percepción del subsidio.

1.3. El parte médico de alta ha sido expedido por la inspección médica del INSS

De acuerdo con el párrafo segundo del número 1 del artículo 170 LGSS, los inspectores médicos pertenecientes al INSS ejercerán las mismas competencias para emitir altas médicas, ya sea en procesos derivados de contingencias comunes como profesionales, que las correspondientes a la inspección médica de los Servicios de Salud competente de las Comunidades autónomas, antes del agotamiento de la duración máxima ordinaria de 365 días

¹⁰ La definición legal de recaída se produce por vez primera en el artículo 169.2 párrafo segundo de la LGSS, pues hasta entonces la interpretación del concepto era obra judicial. La experiencia práctica nos demuestra que resulta más útil acudir a la solicitud de nueva baja por recaída que demandar la anulación del alta médica extendida pues los jueces suelen ser reacios a entender que el alta ha sido emitida indebidamente, aun en casos como el decidido en la Sentencia de 23 de enero de 2018 por el Juzgado de lo social de Oviedo en autos 797/2017 que desestima la demanda a pesar de que la dolencia causante de la IT (condromalacia rotuliana grado III) da lugar a operación; el trabajador no tuvo reincorporación efectiva sino disfrute de vacaciones y obtuvo nueva baja por recaída dentro del período vacacional.

de los procesos de IT. Así, emitida una alta médica por el inspector médico del INSS, ésta tiene el carácter de Resolución extintiva del proceso de IT, y por tanto frente a la misma procede la formulación de Reclamación previa de acuerdo con el artículo 71.1 sensu contrario como hemos visto en 1.1 en el plazo de once días hábiles “desde la notificación de la Resolución” –dice el párrafo segundo del número 2 del artículo 71 LRJS–, lo que, en estos casos hay que entender desde la entrega por parte del inspector médico del INSS del parte de alta médica al trabajador. Interpuesta la Reclamación previa, la Dirección provincial del INSS territorialmente competente deberá resolver expresamente la Reclamación en el plazo de siete días hábiles, entendiéndose en otro caso desestimada tácitamente por silencio administrativo negativo una vez transcurridos los siete días, de acuerdo con el párrafo segundo del número 5 de la LRJS, con lo que queda abierta la vía jurisdiccional para formular demanda en el plazo de veinte días hábiles, contados a partir de la notificación de la Resolución expresa o transcurridos los precitados siete días, como previene el párrafo segundo del número 6 del mismo artículo 71 de la misma norma.

1.4. Extensión de nueva baja de IT derivada de contingencias comunes por el facultativo del Servicio Público de Salud, posterior a la emisión del alta médica por parte de la Mutua colaboradora con la Seguridad social

Cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencias comunes y se conociera la existencia de un proceso previo de IT derivado de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el Servicio de Salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el ya estudiado procedimiento especial de revisión en el plazo de los 10 días hábiles siguientes al de notificación del alta médica, comunicando además a la Entidad Gestora competente con carácter inmediato, la existencia de dos procesos distintos de IT que pudieran estar relacionados. En estos casos se iniciará el abono de la prestación de IT por contingencias comunes hasta la resolución del procedimiento, sin perjuicio del reintegro por parte de la Mutua a la Entidad Gestora en el caso de que el alta expedida por ella no produzca efecto, y con el abono al interesado de la diferencia a su favor. La Mutua podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, en cuyo caso se produce el archivo del expediente; en otro caso, el Director Provincial competente dictará la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades –EVI–, en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, y contendrá, según el número 7 del artículo 4 del R.D.1430/2009, con alguno de los siguientes pronunciamientos:

- Confirmación del alta médica, emitida por la Mutua colaboradora y declaración de la extinción del proceso de IT. En este supuesto, el trabajador deberá reintegrar las prestaciones percibidas durante el procedimiento especial de revisión del alta¹¹.

¹¹ A diferencia de lo que sucede en la disconformidad con el alta, en cuyo caso se considera prorrogada la situación de I.T. aunque se desestime la impugnación. Según LOPEZ-TAMES IGLESIAS, R. “Gestión y control de la Incapacidad Temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días”, pág. 68. Bomarzo. Albacete. 2016, este “castigo” al trabajador que no obtiene la anulación del alta emitida por la Mutua es desproporcionado y no tiene base legal suficiente pues como afirma, “...la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 sólo habilitaba para regular el procedimiento administrativo, pero este procedimiento, el que así se dispuso, no puede sancionar por su utilización sin éxito, lo que exigiría una ley...”. El actual artículo 170.4 LGSS se refiere (...)

- Mantenimiento de la situación de IT derivada de contingencia profesional, por considerar que el trabajador continúa con dolencias que le impiden trabajar.
- Determinación de la contingencia común o profesional de la que derive la IT, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo, y por tanto existan distintas bajas médicas, fijando igualmente los efectos que correspondan en el proceso de IT como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.
- Por último, cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento se podrá declarar sin efectos el alta médica por considerarla prematura, determinando la Resolución la nueva fecha de efectos del alta médica y la consiguiente extinción del proceso de IT.

Del mismo modo que sucede con la Resolución expedida en 1), según el número 12 del artículo 4 del R.D.1430/2009, la Resolución del expediente de revisión de las altas médicas expedidas por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tendrán los efectos atribuidos a la Resolución de una Reclamación previa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71.6 párrafo segundo de la LRJS., de forma que la misma es directamente impugnabile ante los Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días hábiles desde la notificación de su dictado. A este respecto, como indicaremos, el hecho de que el punto y seguido de la letra g) del número 2 del artículo 191 LRJS excluya de recurso de suplicación los procesos de impugnación de altas médicas, hace que las decisiones judiciales sean casuísticas e impide la existencia de doctrina de los tribunales superiores de justicia¹².

2. ALTA DE IT EXPEDIDA TRAS EL AGOTAMIENTO DE LOS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DE SU INICIO

2.1. La manifestación de disconformidad con el alta

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 170.2 LGSS, agotado el plazo de duración de 365 días, el INSS –la Dirección provincial correspondiente–, será el único competente para emitir el alta médica por curación o incomparecencia injustificada a los reconocimientos convocados por el propio organismo, así como para, en su caso, reconocer una prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente¹³. Así, a tenor del artículo 170.2 párrafo segundo de la LGSS, el trabajador, ante el agotamiento del plazo de duración de la IT de 365 días y la estimación de la Dirección Provincial del INSS a instancias del EVI competente, de la recuperación de su capacidad laboral mediante Resolución expresa, puede manifestar su

solamente al desarrollo reglamentario del procedimiento administrativa de revisión de las altas expedidas por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, pero sin referencia expresa al reintegro de la cuantía percibida durante el tiempo a que se extiende la revisión.

¹² No obstante, el TS admite, en su Sentencia de 10 de febrero de 2015, dictada en el Recurso de Casación para unificación de doctrina 390/2014, el Recurso de Suplicación formulado por Mutua colaboradora con la Seguridad Social en la impugnación de alta realizada por ésta dado que no pueden promover el proceso especial establecido en el artículo 140 LRJS.

¹³ Y una vez iniciado éste, naturalmente para evaluar, calificar y reconocer la incapacidad permanente, en su caso.

disconformidad con ella ante el servicio de Inspección del Servicio de Salud competente de la Comunidad Autónoma de que se trate, en el plazo máximo de cuatro días naturales¹⁴, pudiendo la Inspección discrepar con el alta formulada o confirmarla expresa o tácitamente, de forma que ésta no producirá plenos efectos hasta transcurridos once días naturales siguientes a la emisión de la misma, con lo que se da una situación de prórroga tácita de la IT a cargo, económicamente hablando, de la Entidad Gestora.

Es necesario destacar que, en este caso, a diferencia del procedimiento de revisión de alta emitida por Mutua colaboradora, la confirmación del alta por la Inspección del Servicio Público de Salud no dará lugar al reintegro de la prestación percibida durante esta prórroga de once días naturales. A este respecto, la Jurisprudencia del TS ha matizado que procede abonar el subsidio hasta el momento de la notificación de la Resolución administrativa, sin que pueda perjudicarle la demora en la comunicación de la misma¹⁵.

El desarrollo reglamentario llevado a cabo por el R.D 1430/2009 disipa las dudas que pudieran haber surgido con el texto de los antiguos artículo 131 bis LGSS de 1994 y 71 de la Ley de Procedimiento Laboral acerca de poder entenderse que este trámite de manifestación de disconformidad vendría a sustituir la preceptiva Reclamación Previa como agotamiento de la vía administrativa antes de iniciar la vía judicial correspondiente; siquiera sea sensu contrario por remitir a la Entidad Gestora INSS las reclamaciones formuladas por los interesados ante altas emitidas por las Mutuas colaboradoras de la Seguridad social. Así atribuye a la Resolución dictada por aquélla el valor de la resolución de una Reclamación Previa¹⁶, estableciendo la norma reglamentaria el carácter preceptivo de informe previo del EVI. Naturalmente la Resolución dictada por la Entidad Gestora en un procedimiento competencia ab initio de ella (y no de una Mutua) es susceptible de Reclamación Previa ante ella misma para agotar la vía administrativa.

2.2. Petición de revisión por recaída

Como hemos citado, una vez transcurridos los primeros 365 días de la situación de baja, el INSS ostenta en exclusiva la competencia para emitir el alta médica y, aunque no sea citado expresamente, también será competente para decidir sobre la petición de revisión por recaída, dentro de los 180 días siguientes a la producción de alta médica. Recordemos que hablamos de recaída si, de acuerdo con el párrafo segundo del número 2 del artículo 169 LGSS, nos encontramos ante una nueva baja médica por la misma o similar patología, dentro de esos 180 días naturales siguientes a la alta médica extendida¹⁷.

¹⁴ La brevedad del plazo, ya que se trata de días naturales y la experiencia práctica que muestra que los partes de alta se emiten los viernes con efectos del sábado con lo que se inutilizan dos días, muestran la escasa importancia que el legislador concede a estas disconformidades y la indefensión que provocan al trabajador. En este sentido, LOPEZ INSUA, B. "El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social". Comares. Granada.2016. pág. 120.

¹⁵ Sentencias del T.S. de 18 de enero de 2012. Recurso715/2011, y de 2 de diciembre de 2014. Recurso 573/2014.

¹⁶ Artículo 8 nº 12 del R.D. 1430/2009.

¹⁷ La existencia de la misma o similar patología no debe constituir por sí misma causa de denegación de la prestación de IT agotada la duración máxima de 365 días, sino que ha de atenderse a la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo, como tiene declarado el TS en Sentencias de 8 de julio de 2009 (Recurso 3536/2008) y 27 de junio de 2011 (Recurso 3666/2010).

A estos efectos, el trabajador ha de solicitar por escrito la petición de revisión de su situación médica directamente a la Dirección Provincial del INSS competente territorialmente, lo que supone el inicio de un expediente administrativo que terminará con la resolución que estime o desestime la existencia de recaída, previo examen del peticionario por parte del EVI. correspondiente. La estimación supondrá la reanudación de la situación de IT por el trabajador, entendiéndose tanto a efectos de duración –extensión de la duración máxima de IT abarcando la recaída– como económico –reanudando el abono del subsidio económico de pago directo por el INSS en la cuantía del 75 por ciento de la base reguladora–. La desestimación de la consideración de recaída, a su vez, será recurrible mediante Reclamación previa a interponer en el plazo de once días hábiles desde la notificación de la resolución desestimatoria, de acuerdo con lo regulado en el párrafo segundo del número 2 del artículo 71 LRJS en relación con el número 1 de este mismo artículo. Es conveniente aclarar la obligatoriedad de la formulación de la Reclamación previa puesto que, aun cuando estemos actuando dentro de un período temporal pasados los 365 días desde el inicio de la IT, no estamos ante el supuesto específico de la emisión del alta médica por el agotamiento de tal plazo, sino en el supuesto de una petición de revisión de la situación del trabajador, producida tras aquella, que no ha sido, por tanto, cuestionada.

2.3. Emisión de nueva baja médica por distinta patología

De acuerdo con el artículo 170.2 LGSS, transcurridos 365 días desde la emisión de la baja médica, es exclusivamente el INSS la entidad competente para conceder una prórroga cuando el trabajador pretende acceder a baja médica tras la extensión del alta correspondiente por curación o mejoría que permite reanudar el trabajo, siempre que aquella esté presuntamente causada por la misma o similar patología. Por consiguiente, sensu contrario, el Servicio público de Salud territorialmente competente, a través de sus servicios sanitarios podrán, por tanto, expedir nueva baja médica, iniciando otro proceso de IT, diferente del finalizado por alta médica anterior, siempre que la causa de tal baja sea un proceso patológico diferente del motivador de la situación previa de IT. Nuevo proceso de IT, a todos los efectos, es decir, con atención a su extensión, de modo que vuelve a iniciarse el período de duración máxima ordinaria de 365 días, así como al pago del subsidio económico pertinente, teniendo en cuenta que los 3 primeros días el trabajador no tiene derecho a él (salvo que la causa productora sea una contingencia profesional); del 4º al 16º día el subsidio será a cuenta directa de la empresa, y a partir del 17º día, el abono lo realizará la empresa pero en concepto de pago delegado.

Así, el nuevo proceso seguirá, en su caso, el esquema procedimental que hemos dibujado anteriormente en 1).

2.4. Impugnación judicial directa del alta médica a medio de demanda

La aprobación de la LRJS., exime de Reclamación Previa en los artículos 71 y 140 los procesos, que introduce, de impugnación de altas médicas emitidas por las Entidades Gestoras competentes, siempre y cuando se trate de altas al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación económica de IT puesto que la competencia para su emisión es exclusiva de tales Entidades ex artículo 170.2 LGSS. Pero solamente en estos casos y no, por consiguiente en las situaciones de altas producidas antes del cumplimiento del precitado plazo, que precisarán Reclamación Previa excepto a su vez, en el caso ya estudiado, de

supuestos de contingencias profesionales competencia de Mutua colaboradora que hayan sido objeto de impugnación mediante el procedimiento especial de revisión de alta, en cuyo caso la Resolución de la Entidad Gestora es directamente recurrible ante la jurisdicción social por concederle los efectos resolutorios de una Reclamación Previa.

Por consiguiente, el alta médica emitida a través de Resolución de la Dirección Provincial del INSS tras al agotamiento del plazo máximo inicial de duración de la IT de 365 días, es directamente impugnabile ante la jurisdicción social en el plazo de 20 días hábiles contados desde la notificación de aquélla, conforme prescribe el artículo 71.6 párrafo segundo de la LRJS.

3. EL PROCESO JUDICIAL DE IMPUGNACIÓN DE ALTAS MÉDICAS

3.1. Normas comunes

Agotada la vía administrativa o cumplidos los requisitos legales establecidos, el alta médica puede ser discutida en vía judicial a través de la formulación de la consiguiente demanda presentada ante la jurisdicción social. A tenor de la letra o) del artículo 2 de la Ley 36/2011¹⁸, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social –LRJS–, los órganos de la jurisdicción social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, extendiéndose a las prestaciones de Seguridad Social, así como la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de aquéllas en los casos legalmente establecidos. Por consiguiente, no existe duda alguna acerca de la competencia de los órganos judiciales del orden social para entender de los casos que puedan plantearse con relación a las impugnaciones de altas médicas, prestaciones derivadas de la contingencia de IT como, en su caso, de los complementos de tales prestaciones.

El Capítulo VI del Título II del Libro II de la LRJS, artículos 140 a 147¹⁹ contiene las normas especiales del proceso que denomina de “Prestaciones de la Seguridad Social”, dedicando una referencia especial en el número 2 del artículo 140 al proceso de impugnación de altas médicas.

Antes de entrar en el procedimiento específico de impugnación de altas médicas, vamos a analizar previamente la posibilidad de la solicitud de aplicación de una medida cautelar en relación con la situación del trabajador tras la emisión del alta médica. Producida la extinción de la IT el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo pues aun cuando entendiera que no está apto para reanudar su prestación de servicios, la interposición de la demanda frente a la referida alta no produce la suspensión de sus efectos. Por eso, con

¹⁸ Esta Ley que entró en vigor el 11 de diciembre de 2011 –Disposición final séptima– deroga el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante LPL–. De acuerdo con el tenor literal del artículo 2 de la misma, los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de los litigios que se planteen en materia de Seguridad Social –b)– así como de los surgidos en aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social “...siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o Convenio Colectivo...” –c)–.

¹⁹ Con particular relación a las prestaciones de I.T., el artículo 71 de la LPL, siguiendo a su antecesor, mismo artículo de la ley procedimental de 1990 y a diferencia del anterior artículo 63 de la Ley de 1980, no recoge referencia alguna de exclusión de Reclamación Previa en los procesos de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, ni tampoco, además de aquellos procedentes de la gestión de prestaciones económicas de IT derivadas de contingencias comunes.

independencia de las vías de actuación planteadas, en vía jurisdiccional la doctrina apunta la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del alta como petición expresa en la propia Demanda formulada frente al alta médica²⁰.

Por suspensión de los efectos del alta hemos de entender la no reincorporación del trabajador a su puesto laboral, en base a la no recuperación de la salud de éste, de modo que su ausencia al trabajo no pudiera ser sancionada por la empresa como un despido disciplinario. Naturalmente la suspensión no significaría el continuar con el cobro de la prestación económica de IT. Lo cierto es que, como apunta Rodríguez Cardo²¹, “...es imprescindible que la regulación contemple al trabajador no sólo como beneficiario de una prestación, sino como parte en un contrato de trabajo, y al empleador no sólo como sujeto de obligaciones materiales y formales con la Seguridad Social sino también como sujeto de derechos, fundamentalmente de derechos de información para que pueda organizar la actividad productiva de manera eficiente desde el primer momento...”, puesto que no existe una vía legal “...para que el trabajador no recuperado completamente al finalizar la IT pueda permanecer con el contrato de trabajo suspendido aunque no perciba el subsidio...”²², de forma que las posibilidades que en otro caso le quedan al trabajador pasarán, siempre con acuerdo con el empresario, por agotar los períodos de vacaciones en tanto se resuelve su reclamación, ya sea en vía administrativa –difícil– o judicial, o formalizar un acuerdo de suspensión contractual ex artículo 49.1 a) ET.

Esta medida cautelar de suspensión tiene su fundamento en el artículo 79 de la LRJS, que, a su vez, en lo no previsto en la misma, al tratarse de la impugnación de un acto administrativo en materia de Seguridad Social, se remite a lo dispuesto por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, –en adelante LRJCA– concretamente a sus artículos 129 a 136. La única referencia expresa de la LRJS a estos supuestos se refiere a la exención de prestación de garantía, caución o garantía por parte del trabajador para obtener, en su caso, la aprobación judicial de la medida. La solicitud habrá de formularse mediante Otrosí en el escrito de demanda, y según el artículo 130 de la LRJCA, sólo podrá acordarla el juez cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder la finalidad legítima a la acción judicial, lo que sucede en el presente caso cuando el trabajador deba reincorporarse a su puesto sin que se haya producido su sanidad, y valorando los intereses en conflicto, es decir, los contrapuestos de trabajador –que considera que no está restablecido–, Entidad Gestora –emisora del alta médica–, Mutua colaboradora con la Seguridad Social –que puede ser la pagadora del subsidio de IT–, y también la empresa –que requiere los servicios del trabajador–, lo que quiere decir que ha de ser llamada al juicio como codemandada la empresa que, en principio no tendría legitimación pasiva en el proceso. El trabajador demandante deberá ofrecer un principio de prueba acreditativo de su no recuperación, para lo cual, acompañará informe médico ad hoc –normalmente de la sanidad privada– pudiendo ofrecer prueba pericial –que consistirá ordinariamente en la ratificación de aquél por el médico firmante–.

²⁰ TOSCANI GIMENEZ, D. y ALEGRE NUEVO, M. “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos”. *Aranzadi Social*. Julio 2008.

²¹ RODRIGUEZ CARDO, I.A. *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).2017, pág. 186.

²² *Ibidem*, pág. 186.

Toscani y Alegre²³ se refieren a la posibilidad de solicitar a los efectos de esta medida cautelar “...un reconocimiento médico por el médico forense, solicitud que podrá instarse como medio de prueba anticipada, al amparo del artículo 78 LPL²⁴...”, lo que en opinión de quien esto escribe no sería posible pues difiere del sentido buscado a la anticipación y aseguramiento de la prueba que prescribe el artículo 78 de la vigente LRJS –y que era el mismo de la ley adjetiva anterior–, sobre todo al pretender obtener, en su caso, una resolución de suspensión del alta en base a una prueba cuya valoración debería tener sus efectos respecto de la impugnación del alta, que se estaría anticipando a la vista oral, pero que por consiguiente no podría tener virtualidad en la pieza de suspensión que no ha de condicionar el resultado del proceso principal; esto es, de seguirse el razonamiento propuesto de prueba anticipada, el informe forense debería ser valorado por el juez tanto en la resolución de la suspensión como en la decisión de la impugnación. Cosa diferente sería contemplar la posibilidad de que ese “principio de prueba” que ha de darse en la petición de la medida cautelar, se pretendiera articular, no a través de informe directamente aportado por el litigante, sino a medio de petición de informe forense en virtud de lo preceptuado en el artículo 93.2 LRJS, aunque presumimos que, de llevar a cabo tal solicitud, no se obtendría del juez esa intervención forense pues, como veremos más adelante, los jueces de lo social no son proclives a contar con la intervención del médico forense²⁵; pensando además en que se perdería la agilidad necesaria en la tramitación de la medida cautelar. El incidente cautelar, según el artículo 131 LRJS se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria en un plazo que no ha de exceder de diez días, y se resuelve mediante Auto dictado dentro de los cinco días siguientes, permaneciendo en vigor la suspensión, de adoptarse como medida cautelar, hasta el dictado de la Sentencia que ponga fin al proceso de impugnación del alta y que no es susceptible de recurso.

Centrándonos en los que la LRJS denomina procesos de “Prestaciones de Seguridad Social”²⁶, deben señalarse, a su vez, dentro de los mismos, especialidades para la impugnación de altas médicas; para los procesos por accidente de trabajo y enfermedad profesional y para los procesos de determinación de contingencias, falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional e impugnaciones de prestaciones por desempleo a realizar por la Entidad Gestora de las mismas. Se estudiarán en este caso las normas relativas a las cuestiones comunes y especialmente las peculiaridades que afectan al proceso de impugnación de altas médicas.

Sentado esto, refiriéndonos a la legitimación activa para la formalización de una reclamación en materia de I.T., evidentemente la ostenta el trabajador ex artículo 17.1 LRJS,

²³ *Ibidem* pág. 90.

²⁴ Actual 79 de la LRJS.

²⁵ Con la excepción, en su caso, de tratarse de un litigante que haya obtenido el beneficio de asistencia gratuita

²⁶ Compartimos la reflexión de MARQUEZ PRIETO, A. “Capítulo VI. De las prestaciones de Seguridad Social” en VV. AA *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico jurídico y sistemático*, óp cit. pág. 748. MONEREO PÉREZ, J.L. (Director); GONZALEZ DE PATTO, R M^a y TRIGUERO MARTINEZ, L.A. (coordinadores), acerca de que el enjuiciamiento en materia de Seguridad Social ha de mantener un difícil equilibrio “...entre la tutela de dos bienes jurídicos diversos: el interés general que ha de caracterizar la actuación de los entes gestores de la Seguridad Social y el interés particular del beneficiario, parte débil, a favor del cual el ordenamiento jurídico-social, incluida su vertiente procesal, debe desplegar su protección...”. Desgraciadamente la práctica nos demuestra cada vez más que el desequilibrio se produce a favor de la interpretación del presunto interés general por los entes gestores.

puesto que éste es el beneficiario en todo caso de las prestaciones de IT según define el artículo 136 en relación con los 169 y 172, todos ellos de la LGSS, así como también lo está cuando el objeto de la reclamación derivase de mejoras a cargo de la empresa introducidas por vía convencional o contractual.

El empresario, por su parte, no ostenta legitimación directa para la reclamación de una situación de I.T. por uno de sus trabajadores, dado que ese es un derecho subjetivo de cada uno de ellos, en el marco de una relación jurídica de Seguridad Social²⁷. Sí se le reconoce, no obstante, en determinados pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, legitimación para la impugnación de una alta médica a uno de sus trabajadores por estimarla indebida pero no existe jurisprudencia unificadora del TS al efecto²⁸.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, es obvia la poseída por el INSS en su calidad de Entidad Gestora de las prestaciones de I.T. en virtud de lo establecido por el R.D.2583/1996 así como en su caso las Mutuas en tanto la cobertura de las contingencias profesionales se haya formalizado con ellas²⁹, así como de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en virtud de las competencias sanitarias transferidas, o en su caso del Instituto de Nacional de Gestión Sanitaria –INGESA– para Ceuta y Melilla. Existen discrepancias³⁰ sin embargo, acerca de la legitimación, tanto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria-INSALUD –y/o Servicios autonómicos de Salud en las Comunidades Autónomas con estas competencias transferidas– como de la Tesorería General de la Seguridad Social, apuntándose al respecto y con relación a aquél, su competencia en lo referente a la emisión por sus facultativos de los partes de baja, confirmación y alta de la situación de IT, así como en la dispensación de la asistencia sanitaria correspondiente³¹, y en lo que se refiere a la Tesorería³², al tratarse de un Servicio Común de la Seguridad Social al

²⁷ Sentencia del T.C 207/1989. Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 22 de abril de 1998. Recurso 3557/1997. Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 2 de setiembre de 1994.-R. Aranzadi social 3474.

²⁸ Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 23 de setiembre de 1996. Recurso 1895/1994 y de 12 de junio de 2014. Recurso de Suplicación 4824/2014; de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada) de 1 de julio de 2003. Recurso 3632/2002.; de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012. Recurso 2743/2012. Cuenta con un Voto Particular en contra que cita, al entenderlas aplicables al razonamiento que emplea, las Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 14 y 20 de noviembre de 1992. Recursos 2446 y 2500/1991; de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 24 de julio de 1992.- R. Aranzadi social 4070; de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 31 de mayo de 1996 (Sentencia 1778/1996). La argumentación para fundar su legitimación se basa en que no se está tratando solamente de una relación de seguridad social de efectos exclusivos para el trabajador "...sino que es evidente su proyección laboral pues tiene que reincorporar a un trabajador sin aptitud laboral de acuerdo con el informe de los servicios médicos de su empresa..." Ver SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y. "Extinción del subsidio de I.T.: efectos de la alta médica sin declaración de incapacidad permanente. (Comentario a la Sentencia TSJ de Cataluña de 15 de febrero de 1999)". Aranzadi Social Vol. I.1999, y DE LA PUEBLA PINILLA, A. "El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo". Actualidad Laboral nº 1.1ª quincena de junio de 2008. En el actual proceso de impugnación de altas médicas no cabe Recurso de Suplicación.

²⁹ Artículo 140 LRJS.

³⁰ PEREZ ALONSO, M.A. *La Incapacidad Temporal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995, pág. 100. El artículo 140.3 a) LRJS. establece que no será necesario demandar al Servicio Público de Salud, salvo cuando se impugne el alta médica emitida por los servicios médicos del mismo.

³¹ Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto,

³² La LRJS no contempla el carácter de codemandado de la Tesorería en los procesos de prestaciones de Seguridad Social.

que le compete “...la administración financiera del sistema en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única...”.

Pese a ello, distinguiendo lo que es competencia de Tesorería y Gestión sanitaria de lo que constituye gestión y responsabilidad en la dispensación de las prestaciones previstas por el sistema de Seguridad Social, cuya encomienda está atribuida, procesalmente hablando, al INSS, entendemos que, a efectos prácticos, no sería oponible una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en una demanda derivada de prestaciones de IT al no ser codemandados aquel otro ente gestor y ese Servicio común, salvo, con respecto a la Tesorería, en los casos de prestaciones de IT derivadas de contingencias profesionales en cuanto heredero del anterior Fondo de Accidentes de Trabajo como veremos, tratándose en todo caso de defectos subsanables mediante ampliación de demanda ya sea a propia instancia del actor o a requerimiento del órgano jurisdiccional.

Consciente de estos problemas de legitimación, la letra a) del número 3 del artículo 140 LRJS en el proceso de impugnación de altas médicas, establece que la demanda se dirigirá exclusivamente contra la Entidad Gestora o en su caso colaboradora, y no frente al Servicio de Salud, salvo que se impugne precisamente el alta emitida por los Servicios médicos de éste, ni tampoco frente a la empresa, excepto cuando se cuestione la contingencia. De todas maneras, siempre pensando desde la perspectiva de la práctica procesal, los problemas de legitimación pasiva tienen la simple solución de codemandar tanto a Entidades Gestoras, Servicio común, entidades colaboradoras y empresa para, una vez en el acto del juicio, ex artículo 82.2 LRJS., desistir en su caso de la demanda formulada frente a aquéllos demandados carentes de legitimación.

3.2. Procesos de Impugnación de altas médicas³³

El artículo 140 LRJS dispone una especialidad en los procesos de prestaciones de Seguridad social en relación con la impugnación de alta médica, en los que es preciso diferenciar aquéllos exentos de Reclamación Previa, esto es, cuando se trata de impugnaciones de altas emitidas por las Entidades Gestoras u organismo gestor al agotarse el plazo de la duración ordinaria de la prestación económica de I.T. de 365 días, del resto de impugnaciones de altas médicas, ya sean emitidas por Entidades Gestoras, Servicios Públicos de Salud o por Mutua colaboradora con la Seguridad Social, con anterioridad al agotamiento del referido plazo.

Ya hemos estudiado el *iter* administrativo previo de cada caso por lo que se refiere a agotamiento de vía administrativa en su caso y plazos, por lo que centrándonos en los procesos judiciales de impugnación de altas en la LRJS tienen la consideración de urgentes, dándoles una tramitación preferente. En ellos la demanda se dirigirá exclusivamente contra la Entidad Gestora o en su caso colaboradora, pero no será preciso codemandar al Servicio Público de Salud, excepto cuando el alta proceda de los Servicios médicos de éste; ni tampoco a la empresa salvo cuando se discuta sobre el origen común o profesional de la

³³ Se trata más bien de una modalidad procesal, como señala MÁRQUEZ PRIETO, A. “Capítulo VI. De las prestaciones de Seguridad Social” en VV. AA *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico jurídico y sistemático*, óp. cit. pág. 756 MONEREO PEREZ, J.L. (Director); GONALEZ DE PATTO R. M^a y TRIGUERO MARTINEZ, L.A. (coordinadores).

contingencia protegida³⁴. Por este carácter urgente y preferente, no cabe la acumulación de otras acciones ni siquiera –expresamente lo refiere la letra d) del número 3 del artículo 140 LRJS– a la reclamación de diferencias en el abono del subsidio de IT, si bien con la particularidad que se indicará a efectos de la Sentencia.

La vista oral ha de señalarse en el plazo de cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la Sentencia se dictará en el plazo de tres días, no pudiendo ser objeto de Recurso de Suplicación. Sus efectos se limitan al alta impugnada, que no condicionará diferentes procesos que pudieran concurrir, ejemplificando el párrafo final de la letra c) del artículo 140 LRJS en lo relativo a cuestionar el origen de la contingencia, la base reguladora, las prestaciones derivadas o cualquier otro extremo, indica, si bien si la Sentencia es estimatoria de la demanda; esto es, con reconocimiento de que el alta extendida y que ha sido objeto de impugnación es indebida, la resolución dispondrá la reposición del beneficiario en la prestación económica de IT que hubiera venido percibiendo en tanto no concurra causa de extinción de la misma.

Se trata de un procedimiento de cognición limitada³⁵. ¿Cuál es el objeto de este proceso, o expresado de otra forma, Qué ha de ser probado en los procesos de impugnación de altas médicas? De acuerdo con lo establecido por los artículos 170 y 174 LGSS, dado que el alta médica y por consiguiente la extinción del subsidio económico de IT se producen (con independencia del reconocimiento de pensión de jubilación):

- Por transcurso del plazo máximo de 365 días.
- Por curación o mejoría cierta que permita trabajar.
- Por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de Incapacidad permanente
- Por haberse producido una incomparecencia injustificada a la convocatoria de exámenes médicos convocados por la gestora o la entidad colaboradora.

La impugnación del alta ha de ir dirigida a la anulación de la misma por inexistencia o error en la apreciación de la circunstancia concreta que motivó ésta³⁶ a través del medio de

³⁴ GALIANA MORENO, J. M^a “Capítulo VI. De las prestaciones de la Seguridad Social” en VV. AA *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Thomson. Reuters. Aranzadi. Navarra. 2013. Pág.804 habla de la existencia de *litis* consorcio pasivo necesario entre empresa y Entidad Gestora cuando el trabajador impugnante alega la imposibilidad de reintegrarse por continuar en situación de IT SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coordinador)

³⁵ La Sentencia decidirá sobre la anulación del alta, en su caso, y sólo podrá disponer, como cuestión máxima, la reposición del beneficiario en la prestación que hubiera venido percibiendo. VV.AA. *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. El Derecho. Madrid. 2012. Págs. 327 y 328. La I TOSCANI GIMENEZ, D, ALEGRE NUEVO, M y VALENCIANO SAL, A. La limitación la señala MARQUEZ PRIETO, A. “Capítulo VI. De las Prestaciones de Seguridad Social” en *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, MONEREO PEREZ, J.L. (Director), GONZALEZ DE PATTO, R. M^a y TRIGUERO MARTINEZ, L.A en una triple vertiente: cerrando la posibilidad del Recurso de Suplicación (aunque lo matizaremos más adelante); restringiendo los efectos de la Sentencia a la fecha de la alta médica impugnada, e impidiendo la acumulación de otras acciones.

³⁶ Como apunta MARQUEZ PRIETO, A “Capítulo VI. De las prestaciones de Seguridad Social” en *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico jurídico y sistemático*. óp. cit. pág. 770, MONEREO PEREZ, J.L (Director); GONZALEZ DE PATTO, R. M^a y TRIGUERO MARTINEZ, L.A. (coordinadores), con expresión de las Sentencias 41/1989 del TC y de la Sala de lo Social del TS de 28 de junio de 1994 (R. Aranzadi 6319/1994), el criterio de congruencia, respecto a los hechos, ha de conllevar que no han de considerarse hechos nuevos circunstancias (...)

prueba idóneo, de forma que en el caso concreto que estudiamos, determinar si se ha producido efectivamente la curación o mejoría en el proceso patológico que permite la reincorporación del trabajador a su desempeño laboral.

Si el alta del trabajador se produce por curación o mejoría que permite la reanudación de la prestación de servicios, en este caso con independencia del tiempo transcurrido desde el inicio de la IT, la impugnación de aquélla vendrá dada por la demostración de que no se ha producido aún, en el momento de la emisión del alta, la curación y por tanto lo procedente será reconocer la prórroga de la situación de IT por 180 días más si existe la presunción que durante ésta pudiera producirse la curación, o en su caso y de no ser así, le correspondería al INS. iniciar un procedimiento de Incapacidad Permanente. Estas serán, por tanto, las peticiones del “Suplico” de la Demanda, la anulación del alta emitida con el reconocimiento de la prórroga expresa y/o la determinación de iniciar un expediente de Incapacidad Permanente, y en ese sentido habrán de dirigirse las pruebas documentales y /o periciales médicas a practicar en la vista oral: probar en primer lugar la inexistencia de curación o mejoría, continuando la necesidad de asistencia médica y farmacológica, y en segundo lugar, la procedencia bien de una prórroga expresa en la situación de IT, bien la de iniciar un expediente de Incapacidad Permanente por imposibilidad de curación, cronificación o consolidación de las dolencias presuntamente incapacitantes.

3.3. La valoración de la prueba y la Sentencia

Las cuestiones discrepantes en definitiva se resolverán por medio de resolución dictada por los jueces de lo social, lo que nos lleva al planteamiento de otra cuestión que deseamos abordar: la valoración judicial de las pruebas, fundamentalmente de las pruebas documentales y periciales en esta clase de procesos derivados de IT de impugnación de altas médicas. Hemos de tener en cuenta que respecto a la valoración de los informes y pericias médicas aportadas por las partes al proceso, no han de primar necesariamente los dictámenes facultativos públicos, esto es, aportados por las Entidades Gestoras de la Seguridad social, sobre los privados, dado que no existe preferencia legal alguna al respecto para ellos, por lo que, tal y como se ha apuntado³⁷ será la regla de la sana crítica ex artículos 326 y 348 LEC –en función de la remisión normativa a esta última norma que se realiza con carácter general en la disposición final cuarta de la LRJS– entendida como el criterio de razonabilidad determinante, dé la prevalencia a un informe médico sobre otro; sin perjuicio de que los hechos probados de la Sentencia recojan la convicción judicial que, en su caso, y por razones objetivas puedan ser objeto de recurso por la vía de la revisión de los hechos probados en base a las pruebas documentales y periciales practicadas, a tenor del artículo 193.b) LRJS.

De este modo, en relación con la prueba documental, de acuerdo con el artículo 94 LRJS, de los documentos aportados por las partes se dará traslado a la otra en el acto de la vista oral, debiendo presentarse ordenada y numerada. En el caso objeto de estudio, las pruebas

que de una forma u otra hayan estado presentes en la tramitación de la fase administrativa. Respecto a la fundamentación jurídica, con cita de la Sentencia del TC 15/1990, la congruencia no debe limitarse al contenido de la Reclamación Previa, sino que ha de extenderse al conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso, incluyendo la petición inicial y el resto de los datos aportados por el expediente administrativo correspondiente.

³⁷ SANCHEZ PEGO, F.J. y TOLOSA TRIBIÑO, C “Los procesos de Seguridad Social”. Tema 27 en VV.AA. *Derecho de la Seguridad Social*, ...óp. cit. pág.703.

documentales consistirán en informes médicos, partes de baja, confirmación y alta, de la parte demandante fundamentalmente los primeros (por lo que diremos a continuación) así como de los escritos presentados, teniendo en cuenta que con la Demanda se ha debido presentar la Resolución de la Reclamación Previa o su formulación, caso de desestimación tácita.

De acuerdo con los artículos 326 y 319 de la LEC y 1255 Cc, los documentos privados harán prueba plena en el proceso siempre que no se impugne su contenido; impugnación que no suele ser habitual tratándose informes médicos, pero el juzgador puede formar su convicción valorando conjuntamente todos los medios probatorios, teniendo amplia libertad para valorar conforme a su recto criterio³⁸. Con respecto a los informes médicos, la doctrinal judicial ha venido argumentando tradicionalmente sobre dos bases: no existe razón para dar más valor a los informes privados que a los oficiales³⁹ y los informes médicos de la sanidad pública gozan de una presunción de objetividad⁴⁰. Pero estas bases han de ser objeto de matización pues no rigen con carácter general⁴¹. De una parte, en estos procesos de impugnación de altas, caso de formulación de discrepancia por parte de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud, encontramos sendos informes médicos contradictorios, emitidos por organismos públicos, de los cuales uno (INSS) es a la vez el competente para reconocer la prestación económica de IT⁴² y el otro (Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma) el Ente Gestor de la prestación de asistencia sanitaria. De otra, los informes médicos privados pueden gozar de mayor solvencia científica por estar emitidos por especialista en la materia objeto del mismo⁴³, mayor fuerza de convicción o rigor científico⁴⁴, garantía de fiabilidad⁴⁵, teniendo en cuenta que los facultativos médicos que forman parte del EVI. son médicos inspectores y evaluadores⁴⁶. Además, los informes, tanto públicos como privados, han de circunscribirse a describir la patología, y, en su caso, a determinar, en opinión del facultativo, las limitaciones estrictamente físicas (o psíquicas, de haberlas) pero no relacionándolas expresamente con las tareas de la profesión habitual, por constituir ello una valoración jurídica que sólo incumbe al órgano jurisdiccional⁴⁷.

Respecto a la prueba pericial es preciso destacar en primer lugar que de acuerdo con el punto y seguido del número 1 del artículo 93 LRJS no será precisa la ratificación de los informes médicos obrantes en el expediente administrativo cuya aportación sea preceptiva, lo que viene a dotar *ex lege* el carácter de prueba pericial, como así lo muestra su referencia en aquel artículo, a los informes médicos de los Servicios Públicos de Salud, de los evaluadores del EVI o de los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, sin la necesidad de la ratificación en juicio oral. De este

³⁸ Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 2 de julio de 1990 (RJ 6039/1990); 2 de enero de 1988 (RJ 54/1988) y 27 de enero de 1991 (RJ 69/1991).

³⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 15 de marzo de 2004 (JUR 134600/2004).

⁴⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 19 de octubre de 2001 (AS 3935/2001).

⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León (Valladolid). De 23 de enero de 2008. Recurso 2006/2007.

⁴² Luego es parte interesada.

⁴³ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2009. Recurso 2653/2008.

⁴⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, Sala de lo Social de 21 de mayo de 2013. Recurso 657/2013.

⁴⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del TJS de Galicia de 16 Ene. 2001. Recurso 3391/1998.

⁴⁶ Artículo 2 del R.D. 1300/1995, de 21 de julio, que determina la composición de los Equipos de Valoración de Incapacidades –EEVVII–.

⁴⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, Sección 4ª, de 7 Feb. 2006. Recurso 4471/2005.

modo, lo que venían a constituir en su caso, documentos administrativos que, en el ámbito sanitario, al no contar con norma expresa reguladora de la definición de su fuerza probatoria, gozarían de una presunción de certeza que puede destruirse por otros medios de prueba, pasa a convertirse en prueba pericial per se, digamos que con una presunción técnica de certeza más difícil de desvirtuar (pero no imposible, ciertamente). Y esto teniendo en cuenta que de acuerdo con el número 2 del artículo 335 LEC, todo perito al emitir su dictamen, debe manifestar bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a la parte; manifestación que evidentemente no se produce en relación con los peritos profesionales que firman los informes médicos de Servicio Público de Salud, EEVVII o Mutuas de Accidentes de Trabajo⁴⁸.

El artículo 370.4 LEC regula específicamente la figura del testigo-perito; esto es, el testigo que posea conocimientos, en este caso científicos, técnicos y prácticos sobre la materia (especialidad médica) a que se refieran los hechos del interrogatorio. Nos estamos refiriendo, en este punto, al médico especialista perteneciente al Servicio Público de Salud correspondiente que está atendiendo personalmente al demandante en una situación de IT derivada de contingencias comunes, y por consiguiente conoce tanto las características técnico-médicas de la enfermedad objeto del procedimiento judicial, como la situación personal, diagnóstico, evolución y pronóstico del padecimiento alegado por el paciente-demandante en el procedimiento concreto desarrollado ante el Juzgado de lo social, en términos generales, de impugnación de alta emitida a instancias de INSS, Inspección Médica del Servicio de Salud competente o a propuesta de la Mutua colaboradora encargada de la gestión de la prestación económica de IT.

La intervención del perito como testigo en el proceso por tanto cobra una especial importancia pues no sólo consiste en la ratificación de un informe emitido por escrito acerca del criterio estrictamente técnico de una exploración del demandante en el proceso judicial, sino que, al tratarse del médico especialista que atiende habitualmente a “ese” paciente en concreto, conoce las características puntuales y personales que en éste produce la dolencia cuya expresión impide el desarrollo del trabajo ordinario del enfermo y sobre las cuales se le pregunta –no olvidemos que la prueba es de “testigo”–perito– que por consiguiente ha de responder a preguntas que se le formulan y que es un sujeto distinto de las partes y de sus representantes que declara sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes⁴⁹ –la situación físico-psíquica del actor– que, además, posee los conocimientos científicos y prácticos sobre la materia objeto de interrogatorio –la repercusión de aquélla en su capacidad o no de reanudar o realizar el trabajo que desempeñaba–, aportando al juicio su docta interpretación, afirmando o negando la relación de causalidad entre lo alegado y las consecuencias derivadas del acontecimiento sometido a pericia⁵⁰. Por su carácter de “testigo especial” no cabrá su tacha en el proceso social, aunque como prescribe 92.2 LRJS las partes o sus representantes más bien, podrán

⁴⁸ La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 20 de agosto de 1998 (AS 2569/1998) consideraba que los informes médicos no ratificados en el acto del juicio por la vía de la prueba pericial no constituyen sino meras manifestaciones de los facultativos que los emiten.

⁴⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A; DIEZ-PICAZO JIMENEZ, I.: *Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001. pág. 320.

⁵⁰ GONZALEZ DIEZ, F.: *Los medios de prueba en el proceso laboral*. Thomson. Civitas. Navarra. 2005. pág.145.

hacer en las conclusiones previas a la declaración de visto para Sentencia del juicio, las observaciones oportunas respecto de las circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones.

Al respecto de la petición de citación judicial del testigo-perito, hemos de indicar que ordinariamente tal petición de citación oficial a través del Juzgado pertinente se debe a que el médico especialista, con carácter general, está prestando sus servicios en un centro hospitalario y para un Servicio Público integrado en el Sistema Nacional de Salud, de forma que para poder ausentarse del mismo y evitar perjuicios a los pacientes, evidentemente debe acudir a una citación judicial con el suficiente margen temporal para programar su trabajo con antelación, cumpliendo de esta manera con un deber de colaboración con la justicia. No obstante, hemos de apuntar críticamente que los juzgados de lo social no se muestran excesivamente inclinados a llevar a cabo estas citaciones judiciales de los médicos especialistas del Sistema Público de Sanidad⁵¹, por lo que la solución que al interesado en la práctica de esa prueba le queda es la de pedir al especialista, no ya la colaboración con la Justicia que presupone la citación judicial, sino la gracia personal a favor del paciente para que acuda voluntariamente a la vista oral para intervenir en ella⁵².

El artículo 93.2 LRJS. contempla la posibilidad de acudir a la intervención del médico forense, llamado bien de oficio por el Juez de lo Social, bien a instancia de parte, en los casos en que, dice el artículo, "...sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones...", lo que parece razonable dentro de una instancia en la que, normalmente, se aportarán ya sea por vía documental, ya pericialmente, valoraciones facultativas divergentes, reconociendo expresamente como medio de prueba pericial al informe del médico forense. A pesar de que no es un medio de prueba (o de valoración de las mismas) que se emplee con normalidad a la fecha, como se ha pretendido justificar⁵³ por razones operativas, pensamos que puede ser muy útil la instrumentación del referido informe forense ante las que entendemos que actualmente no pueden ser consideradas como pruebas periciales de carácter objetivo, las presentadas por el INSS y por la Entidad Gestora de las prestaciones sanitarias en la Comunidad Autónoma de que se trate ya que son evidentemente presentadas por parte interesada, interviniente en el juicio (al igual que las aportadas en su caso por las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y por los sujetos individuales actuantes) de forma que la pericia o en su caso el informe forense pueden aportar una visión auténticamente independiente a la hora de fundamentar la decisión judicial en el proceso de que se trate.

⁵¹ Por no decir que las rechazan expresamente. Recogemos el razonamiento de un Auto de 8 de marzo de 2007 que desestima el Recurso de Reposición interpuesto frente a Providencia que rechaza la petición de citación a un médico especialista de un Hospital público: "...por lo que de accederse a tal pretensión, los centros públicos hospitalarios y asistenciales quedarían prácticamente vacíos si tuviesen que acudir a testificar en relación con sus pacientes en los múltiples juicios que por tales cuestiones se solventan diariamente en esta jurisdicción..."

⁵² Lo que conlleva que, sin perjuicio de la organización del servicio sanitario de que se trate, el médico especialista deberá solicitar autorización de sus superiores para acudir al juicio a través de la concesión de un permiso ad hoc (¿"asuntos propios"?). Es decir, el demandante se encuentra absolutamente entregado a la buena voluntad del facultativo en su disposición a la prueba pericial o de testigo-perito en su caso.

⁵³ DE LA OLIVA SANTOS, A; DIEZ-PICAZO JIMENEZ, I.: *Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001 óp. cit., pág. 703.

Con respecto a la Sentencia, la dictada en el procedimiento de impugnación de altas médicas está excluida de Recurso de Suplicación por el artículo 191.1 g) de la LRJS, cualquiera que fuese la cuantía de las prestaciones económicas de IT que el trabajador estuviese recibiendo, por lo que este proceso se agota en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social competente⁵⁴.

Al respecto del Recurso de Suplicación, es preciso interpretar de forma restrictiva la imposibilidad de recurrir impuesta por la letra c) del número 3 del artículo 140 LRJS; esto es, no cabrá formularlo cuando la impugnación se dirija exclusivamente a un alta emitida por el organismo competente⁵⁵. Pero si cabe el Recurso de Suplicación frente a una anulación de nueva baja⁵⁶ emitida por tratarse no de un supuesto de impugnación de alta, sino que tendría cabida en el proceso de resolución denegatoria de prestaciones que sí es susceptible de Recurso de Suplicación⁵⁷.

4. CONCLUSIONES

Primera.- Las preocupaciones confluentes por el incremento en el gasto en las prestaciones de IT y el fenómeno del absentismo han llevado a una reelaboración de la regulación en materia de IT tanto en vía administrativa como judicial, con la aprobación de los RR.DD 1430/2009, 625/2014 y la ley 36/2011

Segunda.- En la vía administrativa, la combinación entre la posibilidad de recurso y la brevedad de los plazos llevan a que las revisiones (EVI, Inspección médica) sean más formales, sobre base documental, que reales.

Tercera.- El control de las Mutuas colaboradoras por parte del INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, que se ha rigORIZADO notablemente, conlleva en la práctica que los servicios médicos de éstas sean proclives a la emisión de altas excesivamente tempranas, así como a la desviación de contingencias profesionales hacia su consideración como contingencias comunes

Cuarta.- El proceso judicial de impugnación de altas médicas, si bien preferente y urgente, depende de la agilidad de cada Juzgado, siendo normal que transcurran más de dos meses entre la formulación de la demanda el juicio oral, con lo que pueden producirse

⁵⁴ Es preciso recordar la interpretación restrictiva del proceso de impugnación de altas médicas, de modo que no sería aplicable a una denegación de nueva baja médica al tratarse de un supuesto, no de impugnación de una alta sino de una denegación del reconocimiento de prestaciones de I.T. Sin perjuicio, en su caso del recurso extraordinario de revisión ex artículos 236 L.R.J.S. y 510 y concordantes de la L.E.C o en su caso del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 L.O.P.J.

⁵⁵ "...Es fácil colegir que la exclusión no afecta a otras cuestiones vinculadas a la incapacidad temporal y cuyo acceso a la Suplicación habrá de ventilarse conforme a las reglas generales en materia de Seguridad Social...". VV.AA. GULLÓN RODRÍGUEZ, J. (Director) *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Colección Tribunal Supremo*. El Derecho. Madrid. 2012., pág. 818.

⁵⁶ Por ejemplo, al ser considerada como recaída de una anterior que ha agotado la duración máxima de 365 días.

⁵⁷ "...En otras palabras, no estamos hablando de una alta médica por curación, ni de la simple constatación de la capacidad laboral del interesado en una determinada fecha después de haber estado sometido al tratamiento médico, sino del reconocimiento del derecho a las prestaciones por un nuevo proceso patológico...". Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 13 de noviembre de 2015. Recurso 2217/2015, si bien referida a un trabajador autónomo. En el mismo sentido, si bien por vía indirecta, anulando una Sentencia del T.S.J. de la Comunidad Valenciana, Sentencia de la Sala de lo social del T.S. de 10 de febrero de 2015. Recurso 390/2014.

situaciones desestabilizadoras de la relación laboral del trabajador que, debiendo reincorporarse al trabajo tras la emisión del alta, no se encuentre en condiciones para ello. De este modo, suele resultar más práctico solicitar en vía administrativa una revisión por recaída que impugnar el alta médica o, al menos, compaginar ambas actuaciones.

Quinta.- En la valoración de las pruebas médicas se suele seguir concediendo más valor a los informes-dictámenes del EVI, insistiéndose en su presunto carácter objetivo –que no es tal puesto que se trata de un órgano al servicio de la Entidad Gestora–, a pesar de la ausencia en los mismos de médicos especialistas, desdeñando en muchas ocasiones tanto el criterio de los médicos de familia o especialistas del Servicio sanitario público competente, que atienden directamente al trabajador como de especialistas de la medicina privada que emiten su pericia médica en el proceso.

Las modalidades procesales en el régimen común de Seguridad Social

The procedural arrangements of the general social security system

SILVIA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

ABOGADA

Resumen

En el Régimen Común de la Seguridad Social nos podemos encontrar tres tipos de procesos jurisdiccionales bien diferenciados: la impugnación del alta médica, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y la revisión de actos declarativos de derechos.

El beneficiario puede estar disconforme con el alta médica emitida por las Entidades Gestoras o por las entidades colaboradoras, por lo que podrá efectuar su impugnación mediante un procedimiento específico, el cual se caracteriza por su celeridad.

Los procesos por accidente de trabajo y enfermedades profesionales tienen como fin establecer una justicia preventiva específica que garantice una tutela plena del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica mediante la exigencia de que el empresario adopte unas medidas preventivas.

La revisión de actos declarativos de derechos puede realizarse a instancia de parte o de oficio por la propia Entidad Gestora a fin de crear, modificar o extinguir derechos previamente derechos declarados a favor de los interesados, así como su capacidad para ejecutar forzosamente el derecho cread, modificarlo o extinguirlo.

Abstract

The general social security system consists of three distinct kinds of legal proceedings: appeal against the discharge, workplace accidents and occupational diseases, and supervision of the recognition of rights.

The recipient can disagree with the discharge issued by the managing body or collaborating entity, thus he will be able to appeal it through a specific quick procedure.

The proceedings related to workplace accidents and occupational diseases aim to lay down a specific preventive law that ensures the full protection of the right to life and physical and mental integrity by demanding businessmen to adopt preventive measures.

The supervision of the recognition of rights could be carried out at the request of a party or by the managing body of its own motion, in order to create, modify or extinguish previously established rights in favour of the parties concerned, as well as their ability to unavoidably exercise, modify or extinguish the created right.

Palabras clave

Régimen Común de la Seguridad Social; alta médica; impugnación; accidente de trabajo y enfermedades profesionales y la revisión de actos declarativos de derechos

Keywords

General social security system; discharge; appeal; workplace accident and occupational disease, and supervision of the recognition of rights

1. INTRODUCCIÓN: LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL

El proceso de Seguridad Social es un proceso especial, en tanto que se deduce una “*pretensión procesal basada en normas jurídico – materiales de Seguridad Social*”.¹ Su especialidad radica en el carácter administrativo de las normas que regulan el sistema de

¹ ALONSO OLEA, M.: *La materia contenciosa laboral. Extensión y límites de la Jurisdicción del Trabajo*, 2ª Ed., Instituto García Oviedo – Universidad de Sevilla (Sevilla, 1967), p. 127.

Seguridad Social que a su vez, van acompañadas de un proceso administrativo hasta llegar al proceso judicial. No es un proceso especial en sentido estricto, sino que la Ley de Jurisdicción Social destaca las cuestiones más asiduas en los procesos relacionados con la Seguridad Social, ya que en tales procesos intervendrá la Administración Pública en calidad de parte demandante o demandada, lo que conlleva que la Seguridad Social deba de remitir al proceso judicial el expediente administrativo y, en su caso, del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como la interposición de una reclamación previa por el interesado como trámite previo al proceso judicial.²

Ha sido objeto de crítica por la doctrina científica la denominación de proceso especial, ya que se entiende que el enunciado “proceso de oficio” posee un significado preciso en el lenguaje procesal, así conforme a la teoría general del Derecho Procesal se entiende que son procesos de oficio los que se inician a instancias del propio órgano jurisdiccional lo que difiere totalmente con lo que contempla la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en el artículo 148, que establece que son los iniciados como consecuencia de las comunicaciones-demandas presentadas por la Autoridad laboral y no a instancia de la Jurisdicción Social, en tal caso deberá continuar el proceso de oficio.

La singularidad de los procesos de Seguridad Social radica en el carácter vinculante de la reclamación previa que se interpone en la vía administrativa y con la vía judicial, puesto que sin ésta no puede iniciarse dicha vía.

De este modo, si observamos la diferenciación con el proceso ordinario en el orden social, no se trata de un proceso diferente sino que comparte los principios generales que rigen forma, fases del procedimiento... La distinción se centra con la intervención de la Administración lo que caracteriza que el proceso común tenga connotaciones con el contencioso-administrativo.

2. LA IMPUGNACIÓN DEL ALTA MÉDICA

2.1. Disconformidad y revisión del alta médica

Las prestaciones de incapacidad temporal, por contingencias comunes o profesionales, mueven un volumen económico muy elevado que exige un control muy riguroso.

Por ello, los órganos de control de la IT han tenido que desarrollar métodos y técnicas de vigilancia para evitar el abuso y el fraude.

No obstante, la implantación de esos mecanismos de control ha dado lugar a resoluciones injustas tanto de las mutuas, en caso de incapacidad derivada por contingencias profesionales, como de los organismos inspectores de evaluaciones médicas y sanitarias dependientes de los servicios públicos de salud o del INSS.

² RIVAS VALLEJO, P y CARRATALÁ TERUEL, J.L.: *Proceso de Seguridad Social Práctico...*, op.cit., páginas 25 y 26.

El beneficiario puede estar disconforme con el alta médica emitida por las Entidades Gestoras o por las entidades colaboradoras, debiendo seguirse procedimientos diferentes para su impugnación:

La resolución de alta médica emitida por la Entidades Gestoras puede ser recurrida por el beneficiario conforme la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social en relación con la incapacidad temporal especifica las reglas que han de observarse en el procedimiento de disconformidad con la resolución del INSS, regulación que se haya actualmente incorporada al artículo 170.2 LGSS.

De este modo, el beneficiario dispone de un plazo de cuatro días naturales a partir de la notificación de la resolución para manifestar su disconformidad con el alta médica, la cual deberá presentar ante la inspección médica del servicio de salud.³

De igual modo, el interesado deberá comunicar a la empresa que presentó dicho escrito ante la Inspección Médica.

Hasta la aprobación del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre (por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal) el trabajador, cuando no estaba conforme con el alta médica extendida por la mutua, solo podía impugnar judicialmente dicha alta, lo que justificaba un nuevo proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común el día siguiente o unos días después del alta médica. Además, se iniciaba un procedimiento administrativo de determinación de contingencia para clarificar si el segundo proceso de incapacidad temporal era de etiología profesional o común.⁴

Por ello, la reforma vino a dar respuesta a una queja histórica sobre altas “indebidas”, “prematuras” o excesivamente “rigurosas” efectuadas por las mutuas. Se establece la hegemonía de la entidad gestora y, consecuentemente, la subordinación de las entidades colaboradoras.⁵

El INSS y los servicios públicos de salud se ponen en contacto entre sí a fin de determinar sus actuaciones y coordinar todas sus decisiones en el procedimiento incoado por el interesado.

A su vez, la Entidad Gestora comunicará a la empresa todas las decisiones que puedan afectar a la duración de la situación de incapacidad temporal del interesado.

El RD 1430/2009 de 11 de septiembre que desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007 tiene por objeto establecer una regla precisa de las comunicaciones informáticas por parte de los servicios públicos de salud a fin de que coordinen sus actuaciones para realizar el pago directo y para agilizar el proceso de comunicaciones entre las diferentes instituciones.

³ IGLESIAS OSORIO, BC: *Jurisdicción y Procesos de Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, página 98.

⁴ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: *El control de la incapacidad temporal*, en *Temas Laborales*, nº 106, 2010, pág. 29

⁵ TORTUERO PLAZA, J.L.: *Nuevamente la incapacidad temporal a debate*, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 1, 4º Trimestre, 2014, pág. 46.

En relación con las altas médicas expedidas por las entidades colaboradoras, es decir, por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y por una empresa colaboradora en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de doce meses de duración de dicha situación, el interesado tendrá que instar la revisión en el plazo de diez días hábiles siguientes al de su notificación mediante solicitud presentada ante la entidad gestora competente.⁶

De igual modo, el interesado deberá comunicar a la empresa que ha presentado la solicitud.

La presentación del escrito incoando la revisión del alta médica expedida por la entidad colaboradora supondrá la suspensión de los efectos del alta médica durante el periodo de la tramitación y mientras no haya resolución del procedimiento por el INSS, el beneficiario seguirá percibiendo la prestación.

Por el contrario, si el INSS considerara que el alta médica de la entidad colaboradora se ajusta a derecho, el beneficiario deberá devolver las cantidades percibidas indebidamente.

Cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y estuviese inmerso en un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, habiéndose emitido un alta médica, el Servicio Público de Salud en el plazo de diez días hábiles siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, informará al interesado sobre la posibilidad de iniciar este procedimiento especial de revisión y a la entidad gestora que existen dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

El artículo 170.2 LGSS establece que si el servicio público de salud discrepase del criterio de la Entidad Gestora, podrá proponer la reconsideración de la decisión de la Entidad Gestora, en un plazo de siete días mediante una motivación razonada y su justificación.

En tal caso, la Entidad Gestora tiene que notificar a la inspección médica la reconsideración o ratificación de la decisión adoptada.

Si hubiese reconsiderado su decisión de alta médica se prorrogará al interesado su situación de incapacidad temporal.

Si finalmente el servicio público de salud confirmase la decisión de la Entidad Gestora o no se pronuncia en el plazo de once días naturales siguientes a la fecha de resolución, el alta médica adquiriría todos los efectos jurídicos.

2.2. Impugnación del alta médica en vía administrativa

Agotado el plazo de duración de *trescientos sesenta y cinco días*, el INSS será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de *ciento ochenta días* más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad

⁶ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 161.

permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS.

De igual modo, el INSS será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes (apartado 1.a), 169, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Frente a la resolución de alta médica podrá el interesado, en el plazo máximo de *cuatro días naturales*, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de *siete días naturales*, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronunciara, en el aludido plazo máximo, manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica.

Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

Este procedimiento pretende evitar la judicialización de la controversia y permitir que la entidad gestora, el INSS, pueda corregir su actuación. Se trata de un procedimiento preferente cuyo objeto es que la resolución definitiva se dicte en el menor tiempo posible.⁷

Este procedimiento peculiar se asemeja al recurso administrativo de reposición pero con plazos más reducidos, ya que es el mismo órgano que dictó la resolución inicial el que ha de dictar también la definitiva. Si bien la manifestación de la disconformidad impide que el alta expedida por el INSS tenga efectos y, además, lo que no sucede en la reposición, se da protagonismo a otros entes públicos (los servicios de salud, cuyo parecer es fundamental en la toma de decisión por parte de la entidad gestora).⁸

El procedimiento de disconformidad con la resolución del INSS o del Instituto Social de la Marina, que declare la extinción de la incapacidad temporal por alta médica del interesado (apdo. 1. a) 169, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), se ajustará a las siguientes reglas:

⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las mutuas de accidentes de trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº 11, 2008.

⁸ OLARTE ENCABO, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 20/2011, parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

- a) El interesado podrá manifestar su disconformidad en el plazo máximo de los cuatro días naturales siguientes a la notificación de la resolución. Dicha disconformidad se cumplimentará en el modelo aprobado a tal efecto por la correspondiente entidad gestora, que estará a disposición de los interesados en las correspondientes páginas web de dichas entidades.
- b) La manifestación de disconformidad se presentará ante la inspección médica del servicio público de salud.
- c) El interesado que inicie el procedimiento de disconformidad, lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente dicha disconformidad o en el siguiente día hábil.
- d) El INSS o el ISM, y los servicios públicos de salud deben comunicarse recíprocamente, a la mayor brevedad posible, el inicio del procedimiento de disconformidad así como todas las decisiones que adopten en el desarrollo del procedimiento. La entidad gestora competente, bien por sus propios medios o, en su caso, a través del servicio común, comunicará a su vez a la empresa, a la mayor brevedad posible, todas las decisiones que puedan afectar a la duración de la situación de incapacidad temporal del interesado.
- e) Las comunicaciones entre las entidades gestoras, los servicios públicos de salud y las dirigidas a la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

Frente a las altas médicas emitidas por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y por las empresas colaboradoras, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de doce meses de duración de dicha situación, el interesado podrá iniciar ante la entidad gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta, de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados (apdo. 1. a), 169, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

La tramitación del procedimiento indicado debe considerarse preferente por la entidad gestora, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible.

El interesado podrá instar la *revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora* en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la Entidad Gestora competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica.

La solicitud está disponible en la página web de las correspondientes Entidades Gestoras, y con el fin de que la entidad gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes con anterioridad, se acompañará necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

El interesado que inicie el procedimiento de revisión, lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil.

La mera *iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida*, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, en su caso, comunicará a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de dos días hábiles, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. En el caso de que no se presentara la citada documentación, se dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado.

La mutua correspondiente podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora.

Asimismo, la entidad gestora competente comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja emitido por el servicio público de salud, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al INSS o al ISM, con carácter inmediato.

A su vez, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y, del reconocimiento médico, se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, este procedimiento especial de revisión y, además, con carácter inmediato comunicará a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

En estos casos, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la Mutua colaboradora con la Seguridad Social no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor.

El director provincial competente de la entidad gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto.

La resolución que se dicte determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, fijando, en su caso, la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como, en su caso, la improcedencia de otras bajas

médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el servicio público de salud. En consecuencia, el procedimiento terminará con alguno de los siguientes pronunciamientos:

- a) Confirmación del alta médica emitida por la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta.
- b) Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.
- c) Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.
- d) Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

Cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución.

Las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la entidad colaboradora, el servicio público de salud y la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información.

Si durante la tramitación de este procedimiento especial de revisión se cumpliera el plazo de doce meses de duración de la situación de incapacidad temporal, la entidad gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el apdo. 1. a), 169 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

El abono de la prestación de incapacidad temporal durante la tramitación de este procedimiento especial será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional.

Las resoluciones emitidas por la entidad gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, artículo 71 LRJS.

Es abundante la expedición de altas médicas consideradas indebidas por la jurisprudencia. El TS consideró que era nula de pleno derecho el alta médica expedida por el médico de cabecera por no personarse el paciente a recoger el parte de confirmación. El hecho de no acudir no conlleva automáticamente su alta médica.⁹

La LRJS regula la reclamación previa en materia de prestaciones de la Seguridad Social estableciendo la necesidad de la misma con anterioridad a la interposición de la demanda.

No obstante, la LRJS excepcionalmente establece que no es exigible el previo agotamiento de la vía administrativa en los procesos de impugnación de altas médicas emitidas por las Entidades Gestoras al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal, artículo 140 LRJS.

La LRJS establece que las impugnaciones de alta médica contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión se acreditará haber agotado la vía administrativa previa.

Por tanto, las impugnaciones de altas médicas que no sean emitidas por las Entidades Gestoras requieren la presentación de reclamación previa.

Sin embargo, no se exigirá reclamación previa en los procedimientos de impugnación de las resoluciones de alta médica emitidas por las Entidades Gestoras y tras el agotamiento del plazo máximo de 365 días, sin que se acuerde la prórroga de 180 días.

En los procesos de impugnación de altas médicas en los que no es exigible reclamación previa, el plazo para interponer demanda es de veinte días a partir de la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva emitida por la Entidad Gestora, artículo 71.6 LRJS.

Hay que aclarar que los plenos efectos del alta médica se producirán cuando transcurra el plazo de cuatro días naturales, si el interesado no presenta escrito de disconformidad con el alta.

Si el interesado hubiese presentado escrito de disconformidad, los plenos efectos del alta médica se producirán cuando haya resolución administrativa expresa sobre la misma y se le notifique el alta definitiva.

De este modo, será obligatoria la reclamación previa a la vía judicial, en los siguientes procedimientos:

- a) Alta por curación antes del plazo de 365 días.
- b) Alta por curación transcurrido el plazo de 365 días, y antes de que finalice el plazo de 180 días de prórroga.

⁹ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 173.

- c) Alta por curación finalizado el plazo de 365 días y su prórroga de 180 días sin propuesta de incapacidad permanente.
- d) Alta por curación después el plazo máximo de 365 días y su prórroga de 180 días, y antes de los 730 computados desde la IT.
- e) Altas médicas emitidas por las entidades colaboradoras.¹⁰

El plazo de impugnación de altas médicas no exentas de reclamación previa es de once días desde la notificación de la resolución, conforme el artículo 71.2 LRJS.

De igual modo, la Entidad deberá contestar expresamente en el plazo de siete días, en caso contrario se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo.

2.3. Impugnación del alta médica en vía judicial

La impugnación del alta médica en vía judicial se encauza a través del proceso especial de Seguridad Social.

Concretamente el artículo 140.1 LRJS regula el proceso de impugnación de altas médicas, proceso que incluye unas especialidades propias dentro de la modalidad procesal de prestaciones de Seguridad Social.

El legislador ha intentado otorgarle un carácter urgente y tramitación preferente a los procesos sobre impugnación de altas médicas, no sólo en la fase prejudicial reduciendo los plazos administrativos, sino también en la fase judicial.

Esta celeridad supone una nueva praxis procesal, en virtud de la cual el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, artículo 140.3 LRJS.

Por tanto, no sería de aplicación el artículo 143.1 LRJS que establece que *“al admitirse a trámite la demanda se reclamará a la Entidad Gestora o al organismo gestor o colaborador las actuaciones administrativas practicadas en relación con el objeto de la misma, en original o copia, en soporte escrito o preferiblemente informático y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en relación con el contenido de la demanda”*.

Dicha solicitud de reclamación de expediente administrativo no casa con lo previsto en el artículo 141.3 c) que señala que el acto de la vista será dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda.

Por otro lado, el exceso de celeridad en la tramitación del proceso a fin de beneficiar al interesado puede llegar a serle perjudicial al mismo, ya que dispondría de poco tiempo desde la admisión de la demanda para documentar y acreditar la enfermedad impeditiva para su actividad profesional.

¹⁰ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 178.

Por lo que la expresión “admitirse a trámite la demanda” hay que entenderse que el proceso está en fase “presencial” pero no se ha concluido, por lo que sólo se entenderá admitida la demanda cuando el juez tenga en posesión la documentación requerida, a partir de ese momento será de aplicación lo establecido en el artículo 141.3 LRJS.¹¹

La legitimación activa la ostentan los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimos, como sería el caso de los trabajadores, los beneficiarios de la Seguridad Social, los empresarios, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, las Entidades Gestoras y la TGSS (para la anulación de sus propios actos debido a un error).

La legitimación pasiva en el proceso de impugnación de alta médica la ostenta la Entidad Gestora y/o la entidad colaboradora. No existiendo obligación de demandar al servicio público de salud, salvo cuando se impugne el alta médica por los servicios médicos del mismo, ni a la empresa cuando se cuestione la contingencia.

De igual modo, deberá demandarse a varios sujetos cuando el objeto del procedimiento lo requiera, conformando un litisconsorcio pasivo.

El principio constitucional de tutela judicial efectiva y de evitación de indefensión que consagra el artículo 24 CE obliga al órgano judicial a apreciar de oficio el defecto procesal de litisconsorcio pasivo necesario, debiendo decretar la nulidad de actuaciones en caso necesario a fin de reponer los autos al momento de admisión de la demanda y otorgarle a la parte demandante un plazo para que amplíe la demanda contra aquellos que pueden tener un interés legítimo o pudieran resultar afectados o perjudicados en la sentencia judicial.

Para conformar la legitimación pasiva en el proceso de impugnación de alta médica deben de tenerse en cuenta los siguientes criterios, en virtud del artículo 140.3 LRJS:

- a) La demanda se dirija contra la Entidad Gestora, si es ésta la que emite el alta médica.
- b) Si el alta la expide una entidad colaboradora en la gestión, la demanda se dirigirá contra ésta. La cuestión que radica si en este supuesto debe de demandarse también a la Entidad Gestora.

Obligatoriamente la Entidad Gestora debe ser parte en el juicio al ostentar un interés legítimo, puesto que efectúa la prestación conforme a la sentencia judicial.

- c) Sólo se demandará el Servicio Público de Salud si el alta médica es emitida por facultativo de este servicio. Debiéndose demandar conjuntamente a las Entidades Gestoras, ya que son las obligadas al pago de la prestación.
- d) Sólo se demandará a la empresa si se cuestiona la contingencia. De igual modo, tendrá que demandarse también a la Entidad Gestora.¹²

¹¹ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 181.

¹² IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 189.

La LRJS establece que en su artículo 140.3 que no podrán acumularse otras acciones en la demanda de impugnación de alta médica, ni siquiera la reclamación de diferencias de prestación económica por incapacidad temporal.

La falta de acumulación viene justificada por la necesidad de que el proceso no se dilate más de lo necesario, además la limitación de plazos a los que está sujeto este proceso no da mucho margen para discernir qué acciones tendrían el mismo título o la misma causa de pedir.

3. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

3.1. Características y regulación

En el sistema de Seguridad Social existen dos mecanismos de protección que establecen dos especialidades procesales diferenciadas: uno para las contingencias profesionales (derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) y otro para las contingencias comunes (las derivadas de accidente no laboral y enfermedad común).

La modalidad procesal de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se regula en el artículo 142 LRJS y ha supuesto un gran impulso a la justicia preventiva y cautelar, adquiriendo especial relevancia la adopción de medidas cautelares.

Los procesos por accidente de trabajo y enfermedades profesionales tienen como fin establecer una justicia preventiva específica que garantice una tutela plena del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica mediante la exigencia de que el empresario adopte unas medidas preventivas.

De este modo, la LRJS en base al “principio de libertad de configuración de medidas cautelares” establece las siguientes fases del proceso:

a) Actos preparatorios y diligencias preliminares:

El artículo 76 LRJS contempla la posibilidad de solicitar los actos preparatorios y diligencias preliminares incluyendo la remisión genérica del artículo 256 LEC.

El demandante podrá solicitar al órgano judicial que el demandado presta declaración sobre los hechos que tenga relación con su capacidad, representación o legitimación o que aporte algún documento que sea necesario y esté relacionado con el objeto del procedimiento, artículo 76.1 LRJS.

A su vez, el demandante podrá solicitar como preparación de la prueba del juicio que incoen diligencias para el acceso a documentación y archivos o las medidas de garantías oportunas cuando la emisión de un dictamen pericial médico o psicológico requiera el sometimiento a reconocimientos clínicos.¹³

¹³ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 197.

No será necesaria autorización judicial si la actuación viniera exigida por las normas de prevención de riesgos laborales, por la gestión o colaboración en la gestión de la Seguridad Social, artículo 90.5 LRJS.

De igual modo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá solicitar autorización judicial ante el orden jurisdiccional social para entrar en el domicilio del demandado cuando éste coincidiese con el centro de trabajo.

Cuando el interesado interpone demanda en el Juzgado y a la vez denuncia los hechos ante la Inspección de Trabajo, en tal caso la Inspección de Trabajo podrá adoptar medidas cautelares, como el embargo para garantizar el cobro de los devengos. El resto de medidas cautelares deberán efectuarse a través del órgano judicial.

b) Anticipación y aseguramiento de la prueba.

La LRJS establece la anticipación de la prueba en su artículo 78.1, no sólo como diligencia preliminar al propio proceso, sino antes del juicio y de la presentación de la demanda con el objeto de asegurar la prueba.

El aseguramiento de la prueba debe efectuarse mediante las medidas cautelares pudiendo solicitarse cuantas medidas resulten necesarias para asegurar la tutela judicial.

La LEC a la que se remite la LRJS establece un amplio catálogo de medidas cautelares en el artículo 727 LEC, existiendo las siguientes posibilidades:

El embargo preventivo: cuando resulte la medida más idónea y no susceptible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado:

- a) Cuando el demandado lleve a cabo actos encaminados a situarse en una posición de insolvencia, impidiendo de este modo la efectividad de la sentencia.
- b) En casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales si el demandado no acredita el aseguramiento del riesgo.
- c) En los procedimientos que medie resolución de la Inspección de Trabajo sobre cese de actividad por riesgo para la integridad de los trabajadores.
- d) Cuando se cuestione la posible responsabilidad empresarial por falta de reconocimientos médicos que, como consecuencia de esta negligencia, se produzca o se agrave una enfermedad profesional.
- e) La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad.
- f) La de abstenerse de llevar a cabo una conducta.
- g) La temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

El juez debe valorar la oportunidad de acceder a la solicitud de tales medidas cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Esta medida sólo podrá ser aplicable por el órgano judicial cuando no exista otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Otras medidas cautelares aplicables podría ser la suspensión de la relación o exoneración de la prestación de servicios, la suspensión provisional del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad.

La LRJS ha supuesto un avance en relación a las medidas cautelares, puesto que la LPL sólo contemplaba medidas de tipo económico como son los embargos preventivos.

La jurisprudencia consideró que en el ámbito jurisdiccional social podían acudir a la aplicación supletoria de los artículos 721 y siguientes de la LEC.

La LRJS abre nuevas posibilidades fortaleciendo y potenciando la justicia cautelar al objeto de garantizar la eficacia de la sentencia que en su momento pueda dictarse.

Una modificación que realiza la LRJS en el apartado primero del artículo 142 respecto del artículo 141 de la antigua LPL versa sobre la facultad del juez para ordenar el embargo de bienes del empresario en cantidad suficiente para asegurar el resultado del juicio pudiendo adoptar cuantas medidas cautelares considere necesarias.¹⁴

A su vez, en los procedimientos relativos a las resoluciones de la autoridad laboral sobre paralización de trabajos por riesgo a la seguridad y salud de los trabajadores, la LRJS prevé las medidas cautelares que procedan para el aseguramiento de las responsabilidades empresariales derivadas, artículo 79.6 LRJS en relación con el artículo 244.1 y 2 LGSS.

Las medidas cautelares se extienden a otras posibles responsabilidades del empresario o de terceros por accidente de trabajo y enfermedad profesional que puedan derivarse de la falta de reconocimientos médicos que puedan evitar el desencadenamiento de una enfermedad.

Las medidas cautelares se deben solicitar en el escrito de demanda y sólo excepcionalmente antes de la misma en casos de urgencia y necesidad.

Una vez presentada la demanda sólo se podrán solicitar medidas cautelares si se basan en hechos y circunstancias que lo justifique.

No obstante, la solicitud del embargo preventivo podrá presentarse en cualquier momento del proceso antes de la sentencia sin que suponga la suspensión del proceso.

El Letrado de la Administración mediante diligencia convocará a las partes para una vista oral para que expongan lo que consideren oportuno respecto a las medidas cautelares

¹⁴ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 204.

solicitadas, las cuales serán resueltas mediante Auto su procedencia o improcedencia. Excepcionalmente, no se dará audiencia al demandado cuando el solicitante así lo pida y se acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia pueda comprometer al buen fin de la medida.¹⁵

Si el demandado se opusiera a alguna medida cautelar podrá interponer recurso de apelación contra el Auto alegando hechos o situaciones acaecidas antes de la medida cautelar.

Por tanto, aunque las medidas cautelares sean necesarias para asegurar el *periculum in mora*, no dejan de producir otros peligros y riesgos, siendo preciso considerar su sustitución, revisión, modificación y posibles contracautelas o medidas que neutralicen o enerven las cautelares haciéndolas innecesarias o menos gravosas.

3.2. Legitimación activa y pasiva

Están legitimados para ejercitar sus acciones ante los órganos del orden social de la jurisdicción los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

El artículo 17.1 LRJS regula con carácter general la legitimación activa en la jurisdicción social, lo cual es de aplicación en los procesos de Seguridad Social y concretamente en la modalidad procesal de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

No obstante, dicho precepto especifica en los términos establecidos en las leyes, por lo que habrá que constatar si en los procesos sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales existe alguna regulación específica en la misma ley o en otras leyes.

La propia LRJS en su artículo 141 establece que con independencia de la legitimación activa o pasiva que pudieran ostentar las Entidades Gestoras o la TGSS podrán personarse no sólo en los litigios relativos a prestaciones de Seguridad Social, sino también en aquellos procedimientos en los que tengan interés por razón del ejercicio de sus competencias, pudiendo efectuar las alegaciones y defensa que consideren, así como interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder.

Podrán personarse en cualquier momento procesal, lo cual no implicará que se retrotraigan o se detengan las actuaciones realizadas.

Por tanto, cuando las Entidades Gestoras o la TGSS se personen en un proceso que tengan interés por razón del ejercicio de sus competencias, se trataría de una personación adhesiva voluntaria en sentido técnico más que una intervención litisconsorcial necesaria, ya que en caso contrario estos organismos tendrían la consideración jurídica de parte desde la interposición de la demanda o desde que el órgano judicial hubiese ordenado la subsanación de incomparecencia de una de las partes, tal y como se desprende del artículo 141 LRJS

¹⁵ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 206.

cuando se establece que la invención posterior a la demanda no supondrá el retroceso o detención de las actuaciones.¹⁶

El artículo 143.3 LRJS prescribe que conforme al expediente, el Tribunal podrá emplazar (además de las Entidades Gestoras y la TGSS) a todas las personas que pudieran ostentar un interés legítimo en el proceso o pudieran resultar afectadas por el mismo. En este caso, no se trataría de una personación adhesiva al proceso, sino que su comparecencia ha de considerarse litisconsorcial con el objeto de que sean tenidas por parte en el proceso y puedan formular sus pretensiones.

No obstante, puede darse la casuística de que el Tribunal no emplace a todos los organismos o personas físicas o jurídicas que realmente tenga un interés legítimo en el proceso, bien porque no se hallen en posición de parte o porque el expediente administrativo no se haya remitido. ¿Qué ocurriría o que podría hacer si alguien se persona en un proceso que está avanzado o finalizado?

La persona física o jurídica podrá instar el incidente de nulidad de actuaciones conforme los artículos 225.3 y 228 LEC, ya que la LRJS no especifica cuáles serían las consecuencias de la incomparecencia al acto del juicio de aquella persona que ostente un interés legítimo.

3.3. Reclamación administrativa previa

La reclamación previa se configura como un privilegio de la Administración, criterio que ha ido sosteniendo el TC cuando establece que tiene como objetivos fundamentales: por un lado, poner en conocimiento del organismo correspondiente el contenido y el fundamento de la pretensión y por otro, darle la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando el uso de mecanismos jurisdiccionales, STC 90/1993 de 7 de noviembre, 217/1991 de 14 de noviembre, 70/1992 de 11 de mayo, etc.¹⁷

La reclamación previa no supone un obstáculo al libre acceso jurisdiccional, puesto que no vulnera el derecho a la tutela judicial de la parte actora. No obstante, deberían de eliminarse las rigideces de la reclamación previa para poder acceder con mayor facilidad al proceso.

El artículo 140.2 LRJS establece que si el actor omitiese la reclamación previa antes de presentar la demanda, el Letrado de la Administración dispondrá que subsane el defecto en el plazo de cuatro días antes de la admisión de la demanda.

Por tanto, el incumplimiento de dicho trámite supone la nulidad de las actuaciones practicadas y seguidas a partir de la presentación de la demanda.

Hay que cuestionarse si los presupuestos que rige la reclamación previa en los procesos de prestaciones de la Seguridad Social es de aplicación en los procesos en los que se dirime una prestación por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

¹⁶ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 218.

¹⁷ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 221.

Pues bien, en los procesos sobre accidente de trabajo o enfermedad profesional la acción se dirige contra la mutua aseguradora que al no ser Administración Pública no goza de privilegios preprocesales de conocer el contenido y fundamentos de la pretensión antes de la presentación de la demanda.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, las Entidades Gestoras y la TGSS son litisconsortes pasivos necesarios en los procesos por accidente de trabajo o enfermedad profesional por ser responsables subsidiarias, aunque tal responsabilidad vendrá determinada por el fallo judicial si los responsables directos (mutua aseguradora) no puede cumplir su obligación.¹⁸

Por tanto, hay que cuestionarse también si es necesario interponer reclamación previa ante las Entidades Gestoras o la TGSS para interponer demanda en un proceso sobre prestación por accidente de trabajo o enfermedad profesional, si no se ha determinado su responsabilidad por una sentencia judicial.

La STS de 18 de marzo de 1997 establece que el órgano judicial puede resolver directamente sobre el fondo del asunto sin que deba de interponerse reclamación previa ante las Entidades Gestoras cuando hubiesen sido codemandadas por ser responsables subsidiarias.¹⁹

Las Entidades Gestoras al no tener una responsabilidad directa, no pueden conceder o denegar directamente la declaración o prestación en litigio.

No obstante, los objetivos de la reclamación se cumplen en los procesos de prestación por accidente de trabajo y enfermedad profesional cuando se le requiere como responsable subsidiario, ya que permite al Letrado de la Seguridad Social disponer de un plazo de veintidós días para que pueda consultar a la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, transcurrido dicho plazo se señalará el juicio.

Las Entidades Gestoras cuando sean demandadas como responsables subsidiarias en caso de insolvencia de la mutua aseguradora sólo podrán resolver el litigio antes de la vía judicial cuando se le exija responsabilidad directa en el reconocimiento de derechos o el abono de prestaciones, pero no cuando se les demanda como responsables subsidiarias en caso de insolvencia de las mutuas.

La reclamación previa se interpondrá ante la propia entidad colaboradora si tuviera atribuida la competencia para resolver o en otro caso ante el órgano correspondiente de la Entidad Gestora u organismo público gestor de la prestación.

3.4. Informe preceptivo de la Inspección de Trabajo

El órgano judicial tiene la obligación de solicitar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el Informe relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente o enfermedad si no figurase en el expediente o en los autos.

¹⁸ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 222.

¹⁹ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 223.

De este modo, antes de iniciarse el juicio el juez deberá contar con la relación fáctica imparcial y técnica de las circunstancias en que se produjo el accidente.

Los Inspectores de Trabajo actúan como Administración Pública, por lo que asumen esa responsabilidad con imparcialidad por mandato legal.

El Informe de la Inspección al ser emitido por la Administración ostenta de eficacia probatoria, aun no siendo concluyente por no tener el carácter de presunción *iuris et de iure*, sí tiene un alto valor respecto a la veracidad de la relación de circunstancias en que se produjo el accidente o la enfermedad profesional.²⁰

El Informe de Trabajo y Seguridad Social no es un acopio de testimonios u opiniones, sino el resultado de una percepción sensorial directa en el lugar del accidente y lo más inmediatamente posible a la hora del accidente, tal y como viene estableciendo la jurisprudencia en la STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 1991, de Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 1992 y STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2003.²¹

Hay que aclarar que el Informe no tiene el carácter de prueba documental las actas de infracción, puesto que llevan implícita la presunción de *iuris tantum* establecida en el artículo 53.2 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por RD 5/2000 de 4 de agosto.

Por tanto, las actas de infracción tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

Las actas de infracción son totalmente independientes del Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que se pueda iniciar el proceso en sede judicial por accidente o enfermedad profesional.

El Informe es de vital importancia y es necesaria su existencia en los autos, motivo por el cual la LRJS establece un segundo plazo para reiterar su aportación, ya que si se prescinde de él podrían anularse las actuaciones.

La STS de 16 de marzo 1988 y de 18 de octubre de 1996 vino a resolver dicha controversia estableciendo que podrá enjuiciarse si las circunstancias en que sobrevino el accidente o la enfermedad profesional, así como el trabajo que realizaba el accidentado o enfermo están clarificadas en los autos aun cuando no se aporte el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de dar solución al litigio planteado.

De este modo, quien alegue hechos contrarios a los constatados por el Informe de la Inspección de Trabajo deberá acreditarlo en la práctica de la prueba.

En ocasiones, el Informe de la Inspección de Trabajo se sustenta de afirmaciones subjetivas obtenidas en el lugar del accidente, por lo que en ocasiones no existen elementos

²⁰ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*...op.cit, página 236.

²¹ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*...op.cit, página 237.

objetivos para esclarecer la autenticidad de lo acontecido, por lo que a veces el Informe no es de gran ayuda para la resolución judicial.

3.5. La prueba

En los procesos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la práctica de la prueba presenta algunas características específicas:

Una de las peculiaridades más destacada es en el supuesto que el accidentado asegurado en el Régimen General y cumpla con la condición exigida en el artículo 165 LGSS, podrá causar derecho a las prestaciones sin tener que acreditar hechos o situaciones de hecho que la ley ya los presume ciertos.

Por tanto, la presunción *iuris tantum* que establecen los artículos 385 LEC y 156.3 LGSS, se establecen en beneficio del accidentado de forma singular al invertir la carga de la prueba, ya que se presume que las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo son constitutivas de accidente de trabajo.²²

En este caso la carga de la prueba recae en el empresario o en la mutua aseguradora que deberán acreditar la quiebra de la relación causal entre la lesión causada y el trabajo realizado.

La jurisprudencia ha venido aplicando un criterio más flexible respecto a la conexión causal de las lesiones que sufre el trabajador a consecuencia del trabajo que realice por cuenta ajena.

El TS establece que ha de calificarse como accidente laboral aquel en que concurra una conexión con la ejecución de un trabajo bastando con que el nexo causal se dé sin necesidad de precisar su significación alguna, excepto cuando hayan acontecido hechos que evidencien la absoluta carencia de aquella relación entre el trabajo y el siniestro, STS de 25 de marzo de 1986, 4 noviembre 1988, 23 de marzo de 1985, 10 de noviembre de 1987, etc.

De este modo, las enfermedades que tengan una etiología común, como puede ser un accidente cardiovascular, se consideran desencadenadas causalmente con el trabajo si se produce en horario y lugar de trabajo, aunque el trabajador estuviese afectado de la lesión cardíaca con anterioridad.

Por otro lado, el artículo 217.2 LGSS establece que “*se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una incapacidad permanente absoluta o la condición de gran inválido*”. Dicha presunción no es aplicable cuando el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente.

El artículo 156 LGSS define el accidente de trabajo como “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”, por lo que en la práctica de la prueba debe tenerse en cuenta tres factores:

²² IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 224.

- a) Lesión corporal.
- b) Trabajo por cuenta ajena.
- c) Relación de causalidad entre el trabajo desarrollado y la lesión.²³

No obstante, existen dificultades a la hora de determinar cuándo una lesión ha de considerarse accidente de trabajo.

Por un lado, una lesión no es fácil de encajar por lo que puede considerarse accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El daño debe de producir alguna alteración anatómica y/o funcional que modifique el estado de salud del trabajador de tal forma que la lesión lo incapacite para el trabajo que realizaba, le provoque la muerte o tenga un menor rendimiento en el trabajo.

La STS de 27 de mayo de 1998 establece que el daño tiene que ser objetivo, de carácter súbito, repentino e inesperado que implique la existencia de un suceso externo y violento para que pueda ser considerado un accidente de trabajo.²⁴

A su vez, también existen enfermedades comunes que se agravan como consecuencia del trabajo realizado, lo que implica que de igual modo sea considerada enfermedad laboral, STS de 27 de diciembre de 1995.

El TS considera que corresponde al trabajador probar el nexo causal entre el trabajo desarrollado y los agentes patológicos que causan la lesión, por lo que no podrá alegarse una patología que por su origen no se encuadre en una etiología laboral.

Por otro lado, las malformaciones y dolencias congénitas de los trabajadores que pueden tener su origen en contingencias comunes pueden ser consideradas accidentes laborales si se manifiestan en el lugar de trabajo y horario laboral.²⁵

4. REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS.

4.1. Objeto

La Administración tiene el privilegio de la autotutela que le permite ejecutar resoluciones tanto de carácter declarativo como ejecutivo sin necesidad de acudir a los tribunales.

De este modo, son los beneficiarios los que tengan que reclamar al amparo judicial para intentar anular la decisión administrativa y de este modo paralizar la acción ejecutiva de la Administración.

²³ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 226.

²⁴ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 226.

²⁵ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 227.

El principio de autotutela se regula en el artículo 103 CE que permite la aplicación de dicho principio en sus actos con el fin de ejercer su función con eficacia, pero con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Por lo que habrá que diferenciar entre actos nulos de plenos derecho o simplemente anulables.

A su vez, los artículos 38, 99 y 100 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre (LPACAP) atribuyen a la Administración la autotutela ejecutiva de sus actos, mientras que el artículo 39 establece la presunción de los actos de la Administración como válidos produciendo efectos desde la fecha que han sido dictados.²⁶

En relación a los actos nulos de pleno derecho regulados en el artículo 47 de la Ley 39/2015 en relación con el artículo 106 que establece un procedimiento de revisión cuando prescribe que *“las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*.

Por lo que las Administraciones públicas podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas que se consideren nulas de pleno derecho por vulnerar la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.²⁷

El artículo 48 de la Ley 39/2015 limita a la Administración respecto a la capacidad de revisión de sus propios actos anulables que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder o que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Por otro lado, la Administración está facultada no sólo revertir sus propios actos, sino también para que sus actos desaparezcan de la esfera jurídica mediante la declaración de inexistencia del propio derecho.

Hay que aclarar que la modificación del régimen no afecta al reconocimiento del derecho inicial, sino que el órgano administrativo está obligado a aplicar aquella normativa que recoge nuevas situaciones después del acto que reconoce el derecho.

4.2. Procedimiento de Revisión de Oficio.

La LRJS no regula expresamente el procedimiento de revisión de oficio de los actos propios en materia prestacional, ya que el artículo 146 tiene un carácter más sustantivo que procesal.

²⁶ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 262.

²⁷ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 263.

Ante dicho vacío normativo, hay que acudir a la normativa supletoria y analógica: por un lado, a la Ley 39/2015 para la revisión ordinaria de oficio cuando el régimen jurídico de la prestación en cuestión no prevea un procedimiento singularizado y por otro lado, a las normas de procedimiento previstas para la revisión de una determinada prestación concreta.²⁸

Las Entidades Gestoras para proceder de oficio y modificar, suspender o extinguir el derecho prestación reconocida tendrán que ajustarse a los artículos 21, 35 y 36 de la Ley 39/2015, tramitándose la revisión mediante un procedimiento ordinario, del siguiente modo:

- a) La tramitación del procedimiento será a cargo de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones de Seguridad Social que en se encarguen de la resolución de asuntos. Además, adoptarán las medidas necesarias para remover los obstáculos que dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados.
- b) La revisión de los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.
- c) El acto se formalizará por escrito con la firma del personal autorizado del servicio.
- d) Dicha resolución habrá de comunicarse al interesado en la forma y plazos previstos.
- e) Se procederá al trámite de audiencia.²⁹

Por el contrario, si el ámbito de la revisión afectase a la materia que contiene una norma específica de procedimiento, las Entidades Gestoras tendrán que cumplir el procedimiento establecido legalmente, tramitándose la revisión mediante un procedimiento específico.

Por ejemplo, las Entidades Gestoras cuando pretenda proponer el alta médica de un trabajador en situación de incapacidad temporal tendrán que ajustarse al procedimiento por la norma reguladora específica 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.

No obstante, existe una dispersión del marco legislativo en la medida en que dependiendo del supuesto habrá que acudir a la norma de procedimiento específica, así como sino que habrá que tener en cuenta el marco legal sustantivo de la LGSS, en casos de actuaciones fraudulentas del beneficiario tendrá que acudir también a la LISOS, en supuestos de revalorizaciones de pensiones al Decreto de revalorización del año correspondiente, en las actuaciones de la TGSS habrá que acudir al Reglamento General de Recaudación, para las prestaciones no contributivas se acudirá al RD 357/1991 de 15 de marzo y para las prestaciones de desempleo será obligado acudir al RD 625/1985 de 2 de abril.

²⁸ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...*op.cit, página 298.

²⁹ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...*op.cit, página 299.

Existen dos tipos de revisiones de oficio:

Por un lado, las revisiones de un error aritmético, material o de hecho: en este supuesto las Entidades Gestoras no necesitan de un procedimiento formal, ni siquiera un plazo determinado para corregir el error rectificable.

Por otro lado, las revisiones de omisiones o inexactitudes: tendría que sustanciarse por los cauces de la regulación procesal del procedimiento ordinario o por las previsiones reguladoras del procedimiento específico previsto en la materia que es objeto de revisión.

Así, la revisión de oficio para modificar, suspender o extinguir el derecho o la prestación reconocida a consecuencia de omisiones o inexactitudes de las declaraciones de los beneficiarios se ajustará a las normas del procedimiento común:

1. Mediante resolución expresa o motivada.
2. Comunicación de la resolución al interesado en la forma y plazos.
3. Emplazamiento, audiencia y admisión de alegaciones que el interesado considere oportunas.³⁰

Las Entidades Gestoras podrán actuar de oficio no sólo por la cuantía de la prestación, sino también al derecho a reclamar del beneficiario las cantidades percibidas indebidamente.

La STS de 28 de abril de 2004 establece que la acción de reintegro es accesoria al derecho de revisión, *“carece de fundamento legal y es contrario a los principios de economía y armonía procesales, al generar dos litigios sobre la misma cuestión con riesgo de soluciones contrarias”*.³¹

De igual modo, la STS de 3 de octubre de 2001 establece que en los supuestos que procede la revisión de oficio, la Entidad Gestora no sólo puede revisar la prestación, sino también reclamar de oficio el reintegro sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia.

A su vez, las prestaciones de la Seguridad Social podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento, cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social, artículo 44 LGSS.

Para la revisión o rectificación del derecho reconocido, así como el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas la Entidad Gestora iniciará un procedimiento administrativo con la apertura de un expediente poniéndole manifiesto al interesado de las actuaciones practicadas y los hechos o datos conocidos y las consecuencias que de ellos derivan, adjuntándole en su caso la propuesta de reintegro de la deuda a fin de que el interesado pueda presentar las alegaciones o documentos que estime convenientes.³²

³⁰ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*...op.cit, página 304.

³¹ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*...op.cit, página 304.

³² IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*...op.cit, página 307.

Una vez, recibidas las alegaciones y transcurrido el plazo previsto, el Entidad Gestora dictará una resolución motivada, expresando las causas que han originado la deuda, las cantidades indebidamente percibidas y la determinación del importe y plazos del descuento.

4.3. Procedimiento de Revisión Judicial

Sin embargo, cuando la Entidad Gestora pretenda la revisión actos declarativos de derechos no podrá efectuar dicha revisión de oficio, sino que deberá efectuarla mediante un proceso judicial a fin de garantizar los principios generales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

De este modo, se fortalece la seguridad jurídica en los derechos subjetivos reconocidos al beneficiario conforme el artículo 146 LRJS.

No obstante, se establecen algunas excepciones a dicha prohibición que permiten a la Entidades Gestoras actuar de oficio en los actos de gestión diaria sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional.

El artículo 146 LRJS presenta la siguiente estructura:

1. La prohibición de la revisión de oficio: dicha regla implica la derogación para las Entidades Gestoras del privilegio de anulación de los propios actos. Dicha regla ha sido cuestionada, puesto que en materia de actos declarativos de derechos la regla es el de la restricción de las facultades revisoras de derechos a las Administraciones Públicas en cuanto a la manifestación de la potestad de autotutela que choca con el derecho de la tutela judicial efectiva y la prohibición de ir contra sus propios actos.
2. Excepciones a la regla que sí permiten la revisión ex officio: cuando se trate de rectificación de errores materiales o aritméticos, las revisiones de los actos en materia de protección por desempleo, por cese de actividad de los trabajadores autónomos y la revisión de los actos de reconocimiento del derecho a una prestación de muerte y supervivencia, motivada por la condena al beneficiario, mediante sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas.
3. Norma que fija el plazo de revisión de prescripción de esta acción de revisión. El plazo es coincidente con el previsto para la obligación de reintegro de prestaciones indebidas por el beneficiario (cuatro años).
4. Una regla que atribuye una ejecutividad inmediata a la sentencia favorable a la Administración sin esperar su firmeza, dicha regla que ha tenido diversas críticas para una vertiente ha sido considerada como una expresión de privilegio y para otra vertiente un reflejo de la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia.³³

Las Entidades Gestoras o la TGSS cuando reconoce un derecho quedan vinculadas a la decisión, por lo que si desean revisar el derecho reconocido tendrán que interponer demanda ante el Juzgado de lo Social contra el beneficiario.

³³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Manual de Seguridad Social*, en AAVV: MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., Editorial Tecnos, Madrid, 2017, página 641.

La LRJS no establece una modalidad específica para la revisión judicial en su artículo 146 LRJS, ya que el contenido de dicho artículo es de carácter sustantivo más que procesal, lo que lleva a plantearse si la revisión judicial de los actos declarativos de derechos reconocidos configura una modalidad procesal dentro de la modalidad general para las prestaciones de Seguridad Social o si por el contrario es la misma modalidad común en materia de Seguridad Social.³⁴

Existe doctrina que sostiene que se trata de la misma modalidad procesal que se prevé para las prestaciones de la Seguridad Social aunque mantiene algunas particularidades que evidencian su singularidad.³⁵

Por tanto, el legislador simplemente ha limitado la capacidad de autotutela de la Administración de la Seguridad Social a fin de adaptar el derecho de los beneficiarios a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva con el privilegio de la Administración, sin regular un proceso específico.

No obstante, existen singularidades que hacen que tampoco se siga un proceso genérico encontrándonos tres diferencias:

1. La improcedencia de la reclamación previa: cuando el procedimiento se inicia a instancia de la Entidad Gestora contra el beneficiario que se le ha reconocido el derecho a una prestación no procede reclamación previa como establece el artículo 140 LRJS, ya que sólo se prevé para demandas contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión.
2. Prescripción: La LRJS modifica el plazo de revisión de sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios. La LPL establecía que era de cinco años y el artículo 146.3 LRJS lo ha reducido a cuatro años quedando el plazo de prescripción ajustado también a otras situaciones jurídicas contempladas por la legislación como pueden ser el reconocimiento de prestaciones y para instar la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el beneficio.
3. Ejecutividad: Una de las características principales de la revisión judicial de actos declarativos de derechos por parte de las Entidades Gestoras es la ejecutividad inmediata de la sentencia judicial que declare la revisión del acto impugnado conforme establece el artículo 146.4 LRJS para aquellas sentencias dictadas a instancia de las Entidades Gestoras para revisar actos propios declarativos de derechos.³⁶

Este tipo de ejecutividad no es la regulada en el Libro IV, Título I, Capítulo IV con la denominación “De la ejecución de sentencias frente a entes público” que regula los efectos de las relaciones judiciales dictadas frente al Estado, Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social, siendo de aplicación en dicho caso el artículo 140 LRJS que regula la ejecutividad de las sentencias en las que el beneficiario demanda a las Entidades Gestoras en procesos de Seguridad Social, en estos casos la ejecutividad de la sentencia deberá efectuarse en el plazo de dos meses a partir de su firmeza.

³⁴ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 308.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Manual de derecho laboral: teoría y práctica*, 3ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid 2012, página 413.

³⁶ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 312.

De este modo, hay que aclarar que la firmeza de la sentencia es un presupuesto necesario para su ejecución, bajo dicha premisa tendríamos que pensar que la ejecutividad inmediata de la sentencia que declare la revisión del acto impugnado por la Entidades Gestoras debe ser firme y sin posibilidad de recurso.

Sin embargo, el artículo 146.4 LRJS no hace referencia expresa a que la resolución judicial no se pueda recurrir, sólo alude a que la sentencia será inmediatamente ejecutiva.

El artículo 245.3 LOPJ dispone que la firmeza de la sentencia se deduce de la imposibilidad de entablar recurso alguno, salvo en el revisión u otros extraordinarios que establezca la ley.

Por tanto, existen una sentencia será firme si se producen alguna de estas dos premisas:

- a) Que no pueda recurrirse.
- b) Que la ley expresamente dé firmeza a determinadas sentencias judiciales en aquellos procesos especiales previstos en el ordenamiento jurídico.

El artículo 146.4 LRJS no hace referencia alguna ni a la posibilidad de recurso ni tampoco a la firmeza de la sentencia, sólo expone que será inmediatamente ejecutiva lo que nos lleva a interpretar que las Entidades Gestoras no tienen que esperar la firmeza de la sentencia para ejecutar la revisión autorizada por el órgano judicial.

No obstante, el título ejecutivo será provisional quedando a expensas de la sentencia firme.

El beneficiario podrá recurrir la sentencia judicial que autoriza a la Entidad Gestora a actuar de oficio para revisar el derecho reconocido.

En la práctica la inmediatez de la ejecución no es tan inminente como podría esperarse, ya que la Entidad Gestora no puede dejar totalmente desprotegido al beneficiario si ejecutase la sentencia exigiendo la totalidad de la deuda contraída con la Seguridad Social.

En estos casos implica una ejecución de embargo de los bienes de personas sin recursos lo produce que la ejecución de dilate en el tiempo a fin de que el beneficiario pueda afrontar su pago.

La ejecutividad inmediata se consigue mediante otro instituto ligado íntimamente a la ejecución provisional como es la consignación del capital coste de la prestación.³⁷

5. CONCLUSION

Dentro del Proceso Especial de Seguridad Social nos encontramos las tres modalidades procesales anteriormente descritas, que permiten tanto a los beneficiarios como a las Entidades Gestoras acceder al orden jurisdiccional a través de un procedimiento administrativo previo y característico en cada caso a fin de garantizar los derechos y obligaciones de cada parte.

³⁷ IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social...* op.cit, página 315.

Sobre la actividad de alterne y su encuadramiento de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social

About hostess clubs activity and its professional classification in the general social security system

CARMEN ORTIZ LALLANA

MAGISTRADA DE LA SALA CIVIL Y PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

Resumen

Este estudio analiza un conjunto de sentencias de las Salas de lo contencioso administrativo de los TTSSJ de las distintas Comunidades Autónomas, relativas a la “actividad de alterne” y la inclusión de quienes la realizan en el Régimen General de la Seguridad Social. En ellas, se resuelve sobre las resoluciones de la TGSS por las que se acuerdan de oficio, tras la actuación de la ITSS, las altas en dicho Régimen, que encuadra a los trabajadores por cuenta ajena, que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 ET. Se expone y valora la doctrina judicial sobre la naturaleza jurídica de la relación de los trabajadores de alterne o captadores de clientes y el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho precepto, en relación con la presunción de laboralidad contenida en artículo 8.1 ET, y se estudian las cuestiones conexas relativas a la actuación inspección, la caducidad del expediente tramitado, o el valor de las actas emitidas y la presunción de veracidad que les asiste; así como la eventual suspensión de la tramitación del procedimiento hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales pendientes en otros órdenes jurisdiccionales (litispendencia o prejudicialidad); cuestiones para las que se proponen soluciones en sede judicial

Abstract

This research analyses a set of judgments pronounced by the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Courts of Justice in each autonomous community about the hostess clubs activity and the inclusion of its workers in the general social security system. Such judgments solve the resolutions of the General Social Security Treasury, which convene, of its own motion and after the intervention of the Labour and Social Security Inspectorate, the discharges of this system, which includes employed workers providing services under the conditions laid down in Article 1.1 of the Statute of Workers’ Rights (SWR). A judicial doctrine is set out and assessed about the legal nature of the connection between hostess clubs workers or customer recruiters and the compliance of the requirements laid down in the mentioned regulation, regarding the presumption of employment referred to in Article 8.1 of SWR. Moreover, the matters related to the intervention of the Inspectorate will be studied, along with the expiration of the handled records, or the assessment of the issued acts and their presumption of veracity; as well as the possible suspension of the proceeding until the pending legal proceedings in other jurisdictions (lis pendens or prejudice*) are solved; matters submitted to court.

Palabras clave

alterne; relación laboral; alta de oficio; presunción de veracidad; prejudicialidad

Keywords

Hostess clubs; professional relationship; discharge of its own motion; presumption of veracity; prejudice

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10 de octubre), con la finalidad de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales, excluye de la competencia del orden social determinados actos administrativos en materia de seguridad social vinculados con la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y, más particularmente, las impugnaciones de los actos administrativos relativos a afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores (art. 3.f) LRJS); exclusión que avoca a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa (art.1, 2y 6 LJCA), reputándose de cuantía indeterminada los recursos “interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores” (art. 42.2 LJCA), como indica el ATS-Sala de Conflictos de competencia de 24.9.2014 (rec. 16/2014)” (Vid. S.TSJ del País Vasco, Bilbao, Oviedo, nº 402/2015, de 14 de septiembre de 2015, rec. 671/2014).

En este contexto competencial, es frecuente encontrar pronunciamientos de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas que, relativos a estas materias, y más particularmente a las Resoluciones de la TGSS que incorporan altas o bajas, al resolver sobre el fondo del asunto, entran a valorar cuestiones jurídicas de contenido laboral y se nutren de conceptos y categorías sustantivas propias del Derecho del Trabajo.

Es un conjunto de sentencias en las que, para resolver sobre el ajuste a derecho del encuadramiento del trabajador efectuado por la TGSS, es preciso analizar la naturaleza jurídica de la relación que une al trabajador con la empresa, debiendo acudir los Tribunales al enjuiciamiento de la existencia de contrato de trabajo y, por ende, al análisis del cumplimiento, ante el caso concreto, de los requisitos establecidos en los arts. 1.1 y 8.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) y la jurisprudencia y doctrina judicial del orden social que los interpreta.

Es el caso, entre otros, de los pronunciamientos judiciales que analizan la actividad de las “camareras de alterne” cuyo objetivo “es captar a clientes en un club o establecimiento público de diversión, animando al cliente a consumir con el consiguiente beneficio económico para el titular del mismo” (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016¹, a los efectos de su eventual encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹ Vid también SS.TSJ de Baleares nº395/2000, de 23 de mayo de 2000, rec. 685/1997 (con remisión a la jurisprudencia del TS en cuanto al concepto) y nº 389/2000, de 19 de mayo de 2000, rec. 528/1997; S.TSJ de Canarias nº 1488/2000, de 13 de noviembre de 2000, rec. 1944/1996; SS, TSJ de Castilla la Mancha nº2229/1999, de 26 de julio de 1999, rec. 2232/1998 (con remisión a la jurisprudencia del TS en cuanto al concepto) y nº 1384/1999, de 10 de mayo de 1999, rec. 2288/1998 si bien, todas ellas, a propósito del Derecho de extranjería.

En estas sentencias, generalmente siguiendo las reglas del procedimiento ordinario², la demanda impugna la resolución administrativa dictada por la TGSS, que desestima el recurso de alzada presentado frente a una resolución anterior dictada por la Administración. Como consecuencia de esta resolución se procede al alta y/o baja de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de la empresa demandante a las trabajadoras, como consecuencia de la actuación practicada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el local de la empresa (SS.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014 y nº 416/2013, de 23 de mayo de 2013, rec. 4580/2012; S.TSJ de Asturias, Oviedo, nº 1297/2012, de 20 de diciembre de 2012, rec. 399/2012); SS.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012), nº 1842010, de 19 de febrero de 2010, rec. 1764/2006); S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec. 316/2007); (SS.TSJ de Madrid nº 66/2015, de 5 de octubre de 2016, rec.66/2016, nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. nº31/2015, nº39/2016, de 25 de febrero de 2016, rec. nº111/2015, nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. nº515/2014 y nº 362/2015, de 2 de septiembre de 2015, rec. nº558/2014; S.TSJ del País Vasco, Bilbao, Oviedo, nº 402/2015, de 14 de septiembre de 2015, rec. 671/2014).

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL OBJETO LITIGIOSO DE LAS SENTENCIAS

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, prevé en su artículo 13, para todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que los actos de afiliación, altas y bajas puedan ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Seguridad Social –función atribuida a la TGSS–, cuando las personas o entidades a quienes incumben tales obligaciones no las cumplieren; previsión reiterada también en los arts. 16.4 y 139.2 del mismo cuerpo legal.

En desarrollo de tales preceptos, el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, dispone en su artículo 3.1 que “Corresponden a la Tesorería General de la Seguridad Social las funciones de... ejecución y control directos de la gestión en orden a la inscripción de empresas, apertura de cuentas de cotización, formalización de la cobertura para la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los términos establecidos en el presente Reglamento así como la toma de razón de la extinción de las empresas y la instrumentación de la afiliación, altas y bajas de los trabajadores o asimilados, variaciones de datos de unas y otros y asignación del número de la Seguridad Social a los ciudadanos. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la función inspectora de la actuación de las empresas y demás sujetos responsables y de los trabajadores y beneficiarios respecto de las materias reguladas en este Reglamento, que se ejerce a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual además emitirá los informes que, en

² Resolviendo sobre recursos de apelación, Vid entre otras S.TSJ de Andalucía, Sevilla nº 1080/2006, de 10 de noviembre de 2006, rec.395/2006; S.TSJ de La Rioja nº 512/2005, de 29 de junio de 2005, rec 72/2005.

relación con las funciones atribuidas a la Tesorería General de la Seguridad Social, le sean solicitados por la misma”.

El Reglamento General regula, asimismo, la afiliación de oficio en su artículo 26, disponiendo: “1. La afiliación podrá efectuarse de oficio por las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma cuando, por consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de la obligación de solicitar la afiliación por parte de los trabajadores o empresarios a los que incumbe tal obligación” y el artículo 29.1.3º del citado Reglamento previene, con respecto a las altas y bajas de los trabajadores: “El incumplimiento de las obligaciones de comunicar el ingreso o cese de los trabajadores por parte de las empresas o, en su caso, de los trabajadores obligados dará lugar a que sus altas o bajas puedan ser efectuadas de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma competente, de acuerdo con lo previsto para la afiliación en los artículos 26 y 33 de este Reglamento”.

De los preceptos transcritos se infiere que: Primero.- En ellos, a los que se suman las normas de creación y funcionamiento de la TGSS, se autoriza expresamente a ésta para practicar de oficio las altas y bajas a la Seguridad Social que procedan, cuando compruebe por consecuencia de de la actuación inspectora, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicio común o por cualquier otro procedimiento, el incumplimiento por quienes corresponda, ya sean empresarios o trabajadores, de las obligaciones que les incumben en esta materia (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, FJ SEGUNDO) . Segundo.- El alta de oficio es una actuación propia de la Tesorería General de la Seguridad Social, e independiente de las que pueda seguir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Tercero.- Dicha comprobación puede ser consecuencia de: a) La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como es el caso; b) Los datos obrantes en las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, y c) Cualquier otro procedimiento; y que en estos dos últimos casos, el Servicio Común de la Seguridad Social debe dar cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tanto para las comprobaciones como para los demás efectos que procedan.(SS.TSJ de la Comunidad Valenciana nº 362/2015, de 2 de septiembre de 2015, rec. 558/2014, FJ SEGUNDO y nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec.515/2014 FJ SEGUNDO).

En las sentencias objeto de estudio en este comentario, se examina, como cuestión central, la conformidad o disconformidad a derecho de las actuaciones administrativas impugnadas, esto es, de las altas/bajas acordadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, practicadas en estos casos en el régimen General de la Seguridad Social, que se sustentan en la existencia de relación laboral (S.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia nº503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012 y S.TS de Extremadura, Cáceres, nº29/2009, de 30 de enero de 2009, rec. 282/2008).

3. CUESTIONES CONEXAS CON LA IDENTIFICACIÓN DEL TIPO LABORAL

El enjuiciamiento de la cuestión litigiosa se realiza, en el conjunto de estas Resoluciones judiciales, sobre la base de la actuación inspectora a que remiten y, en orden a tal enjuiciamiento, ha de revisarse la virtualidad probatoria de aquella actuación, a fin de

determinar si de su contenido se infiere justificadamente la existencia de las relaciones laborales de las que traen causa las resoluciones administrativas sobre las que se resuelve.

Para este análisis, se toma como punto de partida que el ordenamiento jurídico otorga presunción de certeza a los hechos reseñados en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los supuestos concretos a que se refiere la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables. Respecto de la presunción de certeza o veracidad de los hechos descritos e informados por el inspector laboral, la doctrina jurisprudencial tiene declarado reiteradamente que ha de limitarse sólo a los hechos que por su objetividad hubiera percibido directamente el inspector, o a aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de medios de prueba referidos en la propia acta de inspección, sin que se reconozca la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas. No obstante, la presunción de que se trata, por su misma naturaleza “*iuris tantum*”, cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos. Por tanto, la presunción de certeza despliega la carga de la prueba al administrado, de modo que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que los hechos descritos por la inspección no se ajustan a la realidad.

Por tanto, en estas sentencias, a menudo se dilucidan cuestiones conexas, de no menor importancia a los efectos de la resolución de la controversia central planteada, que pueden estar relacionadas con el *iter* procedimental seguido hasta llegar a la Resolución de alta por la TGSS y, más particularmente relativas al procedimiento seguido por la Inspección de Trabajo o al valor probatorio de las actas de infracción levantadas por ésta, o que pueden referirse a aspectos que afectan a alguna de las partes y que están pendientes de resolución en otro orden jurisdiccional.

3.1. Sobre la eventual suspensión del procedimiento ante la existencia de Prejudicialidad

Los demandantes pretenden pretender la suspensión de la tramitación del procedimiento hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales pendientes, si los hubiere, en otros ordenes jurisdiccionales, alegando la existencia de litispendencia o prejudicialidad.

Cuando ello ocurre, fundan sus pretensiones en las disposiciones legales que, de una parte, atribuyen a cada orden jurisdiccional la facultad de conocer de los asuntos que no les estén atribuidos privativamente y la posibilidad de suspender el procedimiento ante la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, mientras no sea resuelta (art. 10 LOPJ) y, de otra parte, extienden la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo que tengan carácter constitucional y penal (art. 4 LJCA). Así lo recoge la S.TSJ del País Vasco, Bilbao nº402/2015, de 14 de septiembre de 2015, rec.671/2014, al afirmar que “El conocimiento de esta jurisdicción, como resulta del art. 4 de

la LJCA, se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes a este orden administrativo, pero directamente relacionadas con el recurso que nos ocupa”; razón por la cual, “La empresa recurrente ha venido insistiendo en que debía procederse a la paralización del procedimiento”.

Frente a tales alegaciones, la S.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014, desestima la invocada prejudicialidad penal “por la tramitación de un proceso por un posible delito contra los derechos de las referidas trabajadoras”, razonando que “se haya o no cometido ese delito en nada obsta al alta en la seguridad social”(FJ CUARTO); esto es, porque de la cuestión prejudicial invocada puede prescindirse para la debida decisión sobre la resolución administrativa impugnada y porque no condiciona directamente el contenido de ésta.

Igualmente desestimatoria de la prejudicialidad, en este caso social, es la S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 en la que se recuerda cómo la Sala se pronunció sobre ello al resolver sobre la pieza separada formada al respecto y cuales fueron los razonamientos vertidos entonces, que renuevan su actualidad, para denegar tal pretensión. Los razonamientos son los siguientes: “No procede la suspensión del procedimiento seguido ante esta jurisdicción Contencioso-Administrativa, en tanto se resuelva el seguido ante la jurisdicción social, porque la emisión de oficio de alta se configura como un acto propio de la TGSS, procedimentalmente independiente, de manera que a partir de la resolución que la contiene se inicia un nuevo procedimiento, el correspondiente altas y bajas, el cual adquiere una trayectoria desvinculada del acto que, en origen, puedo motivarla. La TGSS tiene cobertura legal para acordar o emitir altas de oficio en virtud de las actuaciones o comprobaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, resolución y procedimiento el del alta de oficio distinto e independiente del procedimiento sancionador que se deduce de las Actas de infracción emitidas por la Inspección, objeto del procedimiento que se sigue en la jurisdicción social. En este sentido, es consolidado el criterio de independencia de los procedimientos sancionadores originados por las actas de infracción de los procedimientos de afiliación cuya competencia es del Servicio Común de la Seguridad Social. La facultad para de oficio declarar las altas de los trabajadores, corresponde a la TGSS, en virtud de la competencia que le atribuyen sus normas de creación y funcionamiento. Por tanto, es al Servicio Común de la Seguridad Social al que compete valorar la procedencia del alta de oficio, ya sea como consecuencia de un acta de infracción de la Inspección de Trabajo y SS, o como consecuencia de un informe, denuncia o cualquier otra motivación” (FJ TERCERO).

3.2. De la pretendida nulidad de la Resolución de Alta de oficio por caducidad del expediente de la Inspección

Dada la conexión existente entre el acta de infracción levantada por la ITSS –sobre cuyos efectos probatorios se volverá en adelante– y la Resolución de alta de oficio incoada por la TGSS, en la Sentencia del TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, se resuelve sobre la cuestión planteada por el demandante, que solicita la declaración de nulidad de la Resolución impugnada por haberse producido la caducidad del expediente tramitado por la Inspección porque sostiene que esta última ha rebasado el plazo establecido desde que se giró visita hasta la fecha de redacción del acta y, por tanto, ha decaído la oportunidad de la Inspección de extender acta de infracción, al haber caducado ese derecho.

En la fundamentación jurídica de la sentencia se reproduce el contenido de los artículos 16.4 y 139.2 de la LGSS, así como los artículos 3.1, 26.1, 29.1.3ª y 35.1.2º del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, alta y baja, variación de datos, para concluir que “en ellos se autoriza expresamente a la TGSS para practicar de oficio la afiliación, altas y bajas a la Seguridad Social que procedan, cuando compruebe, por consecuencia de la actuación inspectora, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicio común o por cualquier otro procedimiento, el incumplimiento por quienes correspondan –empresarios o trabajadores– de las obligaciones que les incumben en esta materia” y que “el procedimiento sancionador regulado en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social aprobado por el RDL 5/2000, y en el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social¹ es distinto del procedimiento de alta de oficio en el Régimen correspondiente de Seguridad Social. Su tramitación y resolución son independientes y, por tanto, con contenido y efectos distintos. Por tanto, la pretendida caducidad de las Actas de la Inspección no puede ser objeto de este procedimiento”. Y ello, porque “compete al Servicio Común de la Seguridad Social valorar la procedencia del alta de oficio, ya sea como consecuencia de un acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y SS, o como consecuencia de un informe, denuncia o cualquier otra motivación. El alta de oficio así producida se configura como un acto propio de la TGSS, procedimentalmente independiente, de manera que a partir de la resolución que la incorpora se inicia un nuevo procedimiento, el correspondiente a las altas, que adquiere una trayectoria desvinculada del acto que, en origen, pudo motivarla. Ese carácter autónomo de la decisión de la TGSS al producir un alta, ya sea de oficio o a instancia de parte, en relación con el contenido de las Actas de la Inspección y, con mayor motivo, de las denuncias o informes, de manera que su resolución sea fruto de la propia convicción de que, implica que de las mismas debe deducirse un alta de oficio, sin perjuicio del resultado final de las impugnaciones a que den lugar tanto las resoluciones judiciales como administrativas” (FJ TERCERO).

3.3. En relación con las Actas de la Inspección y la presunción de veracidad

El soporte probatorio para la verificación por la TGSS de la existencia de relación laboral, lo constituyen predominantemente las actas incoadas por la Inspección de Trabajo. De ahí que los demandantes formulen con frecuencia alegaciones encaminadas a destruir su presunción de veracidad, con la pretensión de anular el acta levantada y, como consecuencia de ello obtener la nulidad de la resolución administrativa por la que se procede al alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

Como expresan las Sentencias del TSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016 rec.31/2015 y nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, siguiendo jurisprudencia y doctrina judicial de nuestros tribunales, “las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como las promovidas por los Controladores Laborales (artículo 52.3 de la Ley 8/1988 sobre infracciones y sanciones del orden social), ya se refieran a infracciones en el ámbito laboral, ya determinen la práctica de liquidaciones de cotizaciones sociales, aparecen dotadas en cuanto a su descripción fáctica de una presunción de certeza que deriva del artículo 52.2 de la misma ley 8/1988 de 7 de abril, posteriormente recogida en los artículos 15 y 32.1.c) del Real Decreto 928/1988 de 14 de mayo (Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de cuotas de la Seguridad Social), y su última

actualización en el artículo 53.2 del nuevo Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y Sanciones del orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, con vigencia a partir del día 1 de enero de 2001; respecto de esa presunción, la doctrina jurisprudencial, de las que entre otras son exponentes las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995 , 19 de enero de 1996 , 27 de mayo y 22 de julio de 1997 y 4 de marzo de 1998 , la ha limitado a sólo los hechos que por su objetividad hubiera percibido directamente el inspector o controlador laboral, o a aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de medios de prueba referidos en el propio acta, sin que se reconozca la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, si bien la presunción de que se trata, por su misma naturaleza “iuris tantum”, cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos, en la medida que las que sean valoradas por el Tribunal posibiliten jurisdiccionalmente asentar su discrepancia con el soporte fáctico del acto controvertido; no se excluye así un control judicial de los medios empleados por el inspector o el controlador, requiriéndose asimismo que el contenido de las actas, de infracción o de liquidación, determine las “circunstancias del caso” y los “datos” que hayan servido para su elaboración, cuyo detalle deviene imprescindible para conformar la base del valor probatorio de las actas inspectores”. De otro lado, afirma el Tribunal Constitucional, en sentencia 169/1998 de 21 de julio con citas de otras del mismo órgano, que “tal valor probatorio sirve para rechazar la conculcación del derecho a la presunción de inocencia, que no conviene confundir con la presunción de validez de los actos administrativos, como tampoco la indefensión administrativa con la judicial, pues la traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno”(FJ TERCERO).

A la presunción de certeza de las actas y sobre su destrucción mediante prueba en contrario, se refiere la Sentencia STSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 al señalar que “la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 28 de febrero de 2012 (rec. nº 1616/2010) (...) tras la exégesis de las normas en que se ésta se apoya, dice: “Presunción de certeza que la Jurisprudencia viene reiteradamente fundando “en la existencia de una actividad de comprobación realizada por órganos de la Administración de actuación especializada, en aras del interés público y con garantías encaminadas a asegurar la necesaria imparcialidad” (por todas, STS de 5 de octubre y 26 de junio de 1997, 8 de mayo de 2000 y 4 de diciembre de 2009). El Tribunal Supremo tiene declarado que la presunción de certeza alcanza únicamente a los hechos comprobados por el Inspector actuante y reflejados en el acta, bien porque al constituir una realidad objetiva fueron susceptibles de percepción directa por aquél en la visita girada, o bien por haber sido comprobados por el Inspector documentalmente, o a través de testimonios o de otras pruebas válidamente obtenidas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellos en el acta levantada. Por tanto, la presunción es destruible por prueba en contrario, que alcanza a los hechos constatados por el Inspector y reflejados en el acta, pero no a opiniones, valoraciones o calificaciones jurídicas, extendiéndose también el control jurisdiccional a los medios empleados por aquél para llegar a las afirmaciones contenidas en el acta (STS 6 de mayo de 1993 y 8 de mayo de 2000). En definitiva, la inspección se halla autorizada para reflejar en las actas no sólo los hechos directamente constatados en aprehensión directa de los mismos, sino también aquellos datos o circunstancias obtenidas de forma indirecta, a través de otros medios, en cuanto se

consignen o precisen los medios de prueba manejados permitiendo el examen a posteriori sobre el acierto o no de la conclusión extraída por la Inspección” (FJ TERCERO).

En síntesis, “respecto de la prueba de la existencia de una relación laboral, sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, una reiterada doctrina jurisprudencial declara que pueden constituir un medio de prueba válido para lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional, siempre que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el Inspector actuante en la visita girada, y por ello resultan idóneos para ser acreditados con tal medio probatorio, y no se trate de una mera estimación no documentada por la Administración en el expediente, pudiendo serlo; así como que ese valor probatorio, de conformidad con lo establecido en la STC 76/1990, sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias” S.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014.FJ. CUARTO).

Así, las alegaciones efectuadas por la parte demandante no consiguen desvirtuar la presunción de veracidad de las Actas de la ITSS cuando “no existe prueba alguna que desvirtúe la presunción de veracidad y conformidad a (...) de la actuación administrativa recurrida” (S.TSJ de Asturias, Oviedo, nº 1297/2012, de 20 de diciembre de 2012, rec. 399/2012, FJ CUARTO), cuando se produce “la falta de proposición en debida forma de las pruebas a practicar en el proceso” (S.TSJ Galicia, La Coruña, nº 416/2013, de 23 de mayo de 2013, rec. 4580/2012, FJ TERCERO), cuando “la Inspección de Trabajo constató de forma directa la presencia de las trabajadoras en el referido establecimiento, y recogió sus manifestaciones sobre la actividad que desarrollaban, su horario, la forma de retribución y quién les indicaba las condiciones de trabajo” (S.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014, FJ CUARTO); cuando, tras exponer la jurisprudencia doctrina judicial y constitucional sobre la prueba de indicios y las condiciones a las que está sometida, cuya concurrencia “permitirá afirmar que tratamos una prueba indiciaria con virtualidad para enervar la presunción de inocencia” y “en otro caso estaremos ante “meras suposiciones” o “simples sospechas, rumores o conjeturas”, los datos “se han obtenido de las declaraciones de las trabajadoras y del camarero (que realizaba el control de las consumiciones)” S.TSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. nº31/2015, FJ TERCERO); o cuando, “los hechos comprobados (...) derivan de que el del carácter de funcionario público imparcial y especializado de los integrantes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y del hecho de que el Inspector entrevista a las señoritas, comprueba la forma de consumición y pago de las copas y la entrega del tiquet a aquellas, y ve como tales señoritas tienen su documentación en unas taquillas de la empresa, y finalmente examina los libros de la empresa, y frente a lo anterior el perjudicado tiene que acreditar que esos hechos no son ciertos o bien que el funcionario de la Inspección ha obrado por motivos espúreos o de enemistad que permitan concluir su falta de imparcialidad, y es el caso que esa prueba no se ha producido, porque las afirmaciones de la demanda son de la propia recurrente interesada y no pueden prevalecer sobre las apreciaciones personales de la Inspección, y de otra parte la testigo aportada no ofrece la suficiente credibilidad en la medida en que ella, al igual que la recurrente, fue objeto de la actuación inspectora, por lo que se desestima el Recurso en su integridad. S.TSJ de Madrid nº 277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec. 66/2015, FJ CUARTO);

Más explícitamente, la presunción que implican las actas no se destruye por el reclamante cuando, frente a lo sostenido por éste, “los funcionarios actuantes tuvieron ocasión de constatar personalmente la presencia en dicho establecimiento de las personas que en esos momentos se encontraban ejerciendo algún tipo de actividad profesional y de tomar declaración de cada una de ellas, acerca de las condiciones con las que llevaban a cabo su específica actividad profesional –jornada de trabajo, descansos, horarios, retribución percibida por su trabajo incluidas comisiones por copas y procedimiento de pago–. Más concretamente se les preguntó acerca su identificación, documentación acreditativa de la misma y domicilio; sobre la fecha a partir de la cual ejercen su actividad en el establecimiento visitado, el horario que cumplen en dicho local y quien el marca el horario y si toman copas con los clientes, si perciben alguna comisión por el importa de las copas consumidas y cual es el procedimiento para su pago. Consta la identificación de estas personas, con su nombre, apellidos, nacionalidad y número de NIE o NIF. Se practicó y entregó durante la visita efectuada una citación para que esta empresa compareciera (...) en las oficinas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aportando la documentación que se le requería en la misma y que se concreta. Se personó en fecha 18/2/16, se personó en nombre de la empresa el asesor laboral de y en representación de la misma, aportando parte de la documentación requerida mediante el oficio de citación, sin aportar el alta en Seguridad Social de las trabajadoras que realizaban tareas de alterne, un total de 12 en el momento de la visita inspectora efectuada. Los datos obrantes al expediente administrativo se obtienen de consultas efectuadas al fichero informático de la Seguridad Social; informe (...) de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, informe de la oficina de Extranjería (...), de las manifestaciones y declaraciones efectuadas por las distintas personas que han intervenido en los diversos actos de instrucción del procedimiento de inspección, en concreto las realizadas, por el representante de la empresa y Administrador único de la empresa, que consta debidamente identificado, y por los propios trabajadores afectados” y “no se reconoce presunción de certeza a simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas del Inspector como pretende el reclamante, sino a hechos objetivos, de percepción directa o inmediatamente deducibles de las actuaciones inspectoras y medios de prueba reflejados, tanto declaraciones de interesados que constan en las mismas como análisis de documentos” S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, FJ TERCERO)³.

4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE ALTERNE

Las sentencias que integran este conjunto jurisprudencial examinan la conformidad a derecho de las actuaciones administrativas impugnadas, esto es, de las altas/bajas acordadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social sobre la base de la actuación inspectora y, cuando de altas en el Régimen General de la Seguridad Social se trata, el acto administrativo y el correlativo alta se fundan en la existencia de relación laboral. No en vano, se encuentran obligatoriamente incluidos en dicho Régimen General los trabajadores por cuenta ajena (o asimilados) en las distintas ramas de la actividad económica, que presten sus

³ Por el contrario, la presunción de certeza se desvirtúa cuando en el acta no consta el modo de extraer los datos (S.TSJ de Andalucía nº 2728/2014, de 20 de octubre de 2014, rec. 2647/2008), o cuando la conclusión obtenida no aparece respaldada por datos de hecho y no consta siquiera conversación alguna (S.TS nº 292/202, de 30 de enero de 2012, rec.1003/2011); ambas relativas a derecho de extranjería.

servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) (art. 7.1 a) al que remite el art. 97.1 TRLGSS).

Para comprobar si la relación existente entre las partes es laboral, debe analizarse si, de lo actuado y constatado en las Actas de la ITSS, se desprende la concurrencia de las notas propias y definidoras de la relación de trabajo ex Art. 1 TRLET: carácter personalísimo, voluntariedad (entendida como trabajo libremente prestado por el sujeto), subordinación o dependencia (sumisión al círculo rector u organizativo y disciplinario del empleador), retribución (percepción de un salario en cualquiera de las múltiples formas en que es posible) y ajenidad (cesión por el trabajador a otra persona, el empresario, de sus derechos sobre los frutos de su trabajo). Todo ello teniendo presente como ya se ha indicado que el Art. 8.1 TRLET establece una presunción de laboralidad para toda relación jurídica en virtud de la cual una persona preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro que lo recibe a cambio de una retribución que satisfice al primero.

La denominada actividad de alterne “tiene por finalidad el estímulo a los clientes de determinados establecimientos a hacer gasto en los mismos y puede constituir el objeto de un contrato de trabajo”⁴, lo que ya ha sido admitido por el Tribunal Supremo, “aceptando, por tanto, que tal actividad puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de noviembre de 2004 , de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 19 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1988)”⁵. Lo que en realidad se plantea no es la exclusión genérica de esta actividad de alterne –que es la que aquí se considera– del ámbito laboral, si no que se trata de determinar si concurre en ella la nota de dependencia, (...) la presencia de las notas de ajenidad y del carácter retribuido del trabajo (Por todas S.TSJ de Extremadura, Cáceres. Nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec.316/2007).

4.1. Aspectos generales en la comprobación de las notas de laboralidad

En la comprobación por el Tribunal del cumplimiento de las características definitorias de la relación de trabajo, es doctrina judicial consolidada, que en la aplicación de la norma que las incorpora, de una parte, “el Tribunal pretende una aplicación de las normas ajustada a la realidad social de nuestro tiempo, y desprovista de tintes moralizantes” (...) valorando en su justa medida lo que resulta de las actuaciones” (S.TSJ Andalucía, Sevilla nº1080/2006, de 10 de noviembre de 2006, rec.395/2006), por lo que se impone un estudio casuístico del caso concreto (S.TSJ. de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec.759/2012). De otra parte, es irrelevante que la actividad de que se trata, en este caso de alterne, carezca de identificación en la normativa sectorial o convencional aplicable, pues es inadmisibles la afirmación de que “no existe clasificación profesional para el trabajo de alterne” (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016) o “la tesis de que la ocupación de camarera de alterne “no aparece recogida en la Clasificación Nacional de Ocupaciones del Instituto Nacional de Empleo”, porque “la relación laboral no está limitada por las clasificaciones o incluso por aplicaciones

⁴ Sobre el concepto de Vid. S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016; SS.TSJ de Baleares nº 395/2000, de 23 de mayo de 2000, rec.685/1997 y nº 389/2000, de 19 de mayo de 2000, rec.528/1997; S.TSJ de Cantabria nº1264/1999, de 1 de septiembre de 1999, rec.1477/1998.

⁵ S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec.316/2007

de Convenios Colectivos”, sino que existe cuando concurren las notas características del contrato de trabajo, es decir voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa) S.TSJ Andalucía, Sevilla nº 1080/2006, de 10 de noviembre de 2006, rec.395/2006).

Con carácter previo, al análisis de las notas definitorias de la relación laboral en la actividad de “camarero/a de alterne” o “captador/a de clientes”, debe advertirse la existencia de una abundante jurisprudencia y doctrina judicial que lo efectúa en materia de Extranjería, en interpretación de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, o su predecesora, LO 7/85 –dependiendo de la fecha de vigencia de una y otra en el momento de producirse los hechos–, a los efectos resolver sobre la expulsión del país del ciudadano extranjero, por encontrarse irregularmente en él (art. 53. a)⁶, a los efectos de justificar la existencia de “arraigo” en el lugar donde reside⁷, o por “carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales” (art. 26.1.f)⁸, en cuyo caso dicha actividad, si cumple los requisitos de laboralidad, es considerada lícita⁹. Esta actividad es examinada también desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador para resolver sobre la eventual comisión de la infracción consistente en la utilización de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 54.1.d, en relación con el art 35.1.L.8/1988 7.c) TRLET)¹⁰. No obstante, el exámen aquí realizado se centrará en los supuestos relativos a la calificación jurídica de esta actividad, a los efectos de su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social y, por tanto, en la doctrina judicial y jurisprudencial vertida en estos casos, aunque en todos los supuestos se compartan los conceptos y categorías jurídicas del Derecho del Trabajo.

⁶ Por todas, SS.TSJ de Navarra, de 20 de mayo de 2011, rec.103/2010 y nº 277/2005, de 11 de marzo de 2005, rec.7/2005; SS.TSJ del País Vasco nº 379/2013, de 12 de junio de 2013, rec.283/2011 y nº 522/2007, de 14 de septiembre de 2007, rec.1262/2006.

⁷ SS.TSJ de Navarra nº 213/2014, de 16 de abril de 2014, rec.33/2014 y nº 274/2011, de 9 de junio de 2011, rec.103/2011

⁸ SS.TSJ de Castilla la Mancha, nº 172/2014, de 23 de junio de 2014, rec.392/2012 y nº 436/2001, de 5 de junio de 2001, rec.1010/1998 ; SS.TSJ de Asturias, nº330/2000, de 10 de mayo de 2010, rec.103/2010, nº 644/2000, de 29 de septiembre de 2010, rec.1472/1997 y nº 406/2000, de 31 de mayo de 2010, rec.2321/1996, SS.TSJ de Baleares, nº 961/2000, de 21 de diciembre de 2000, rec.1735/1997, nº 713/2000, de 10 de octubre de 2000, rec.1438/1997, nº 395/2000, de 23 de mayo de 2000, rec.685/1997 SS.TSJ de Cantabria, nº252/2009, de 17 de abril de 2009, rec.342/2008 y nº 1944/2002, de 28 de octubre de 2002, rec.1023/2001; S.TSJ de Madrid, nº 290/2009, de 25 de febrero de 2019, rec.2933/2007

⁹ La actividad de alterne no es ilegal en SS.TSJ de Madrid, nº 322/2012, de 2 de marzo de 2012, rec.1030/2009, nº 438/2011, de 10 de mayo de 2011, rec.271/2010, nº 130/2011, de 15 de febrero de 2011, rec.391/2010, nº 10450/2010, de 3 de junio de 2010, rec.1766/209; SS.TSJ de Navarra nº 440/2002, de 27 de abril de 2004, rec.1360/2002, nº 438/2011. Tampoco puede ser considerada como un hecho negativo a los efectos de la expulsión SS.TSJ de Murcia, nº 71/2015, de 6 de febrero de 2015, rec.228/2014, nº 841/2014, de 24 de octubre de 2014, rec.137/2014, nº 639/2013, de 31 de julio de 2013, rec.69/2013, nº 857/2012, de 5 de octubre de 2012, rec.261/2010. Si es calificada como laboral, es una actividad lícita S.TSJ de Asturias, nº 887/2001, de 3 de octubre de 2001, rec.2402/1997; SS.TSJ de Castilla la Mancha, nº 1088/2000, de 26 de diciembre de 2000, rec.270/1998.

¹⁰ SS.TSJ de Extremadura, nº 29/2009, de 30 de enero de 2009, rec.282/2008 y nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec.316/2007; SS.TSJ de Madrid, nº 20147/2008, de 29 de septiembre de 2008, rec.165/2006 y nº 197/2007, de 21 de marzo de 2007, rec.281/2005; S.TSJ de Andalucía, nº 1364/2008, de 31 de marzo de 2008, rec.1277/2000; SS.TSJ de Asturias, nº 458/1999, de 4 de junio de 1999, rec.441/1997 y nº 451/1999, de 4 de junio de 1999, rec.442/1997.

4.2. La actividad del alterne: indicadores de laboralidad

Del contenido de las Actas de la Inspección, salvo que las partes aporten prueba suficiente para desvirtuar su contenido, se extraen los datos fácticos que sirven, primero a la Tesorería y después a los Tribunales, en caso de ser impugnada judicialmente la Resolución de aquella, para calificar la naturaleza jurídica de la relación que une al trabajador con la empresa y anudar a ella el alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

La primera constatación de la Inspección de Trabajo debe ser la verificación de que la actividad realizada encaja en el tipo del “camarero de alterne” o “captador de clientes” (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 y nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. 31/2015), consistente en incitar a los clientes a la consumición de copas, siendo la actividad de la empresa la venta de consumo de bebidas (S.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº503/2015, de 3 de junio de 2015, rec.759/2012), y no en otro tipo de actividad, debiendo distinguirse la práctica alternadora y la prostitución, que conlleva la prestación de servicios de carácter sexual (SS.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012 y nº 184/2010, de 19 de febrero de 2010, rec. 1764/2006).

Existe relación de trabajo cuando la prestación de servicios se realiza en forma remunerada, siendo frecuente en la actividad del alterne que la retribución sea a comisión, lo que no altera la condición laboral de la relación porque el art. 26.1 TRLET considera salario las percepciones económicas percibidas por la prestación de servicios laborales, cualquiera que sea la forma de remuneración, incluyendo, por tanto las comisiones.

Estas comisiones son retribuciones previamente pactadas, que implican parte de la consumición y que pueden consistir en el percibo “del 50 % del importe de la consumición a la que son invitadas por el cliente, cuyo valor es muy superior al valor del mercado –las consumiciones que realiza el cliente son más económicas”– (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 y nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec.31/2015; S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia nº 66/2015, de 5 de octubre de 2016, rec.66/2015), o en el percibo de una cantidad fija “por cada copa que toma el cliente con las señoritas” (SS.TSJ de Madrid nº395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014, nº277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec. 66/2015 y nº 362/2015, de 2 de septiembre de 2015, rec.558/2014). En todos estos casos, la forma de abono de las cantidades se realiza “pagando el cliente a la empresa la totalidad de la consumición, entregando el camarero un tiquet a la señorita, cambiando la empresa al día siguiente los tiquets por el importe de la comisión por la consumición de cada una de las señoritas” (también S.TSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. 31/2015).

La ajeneidad consiste, según la doctrina científica y la jurisprudencia, en “la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador (sentencias de 29 de enero de 1991 y 25 de enero de 2000), y es claro que es este último el que se apropia del beneficio producido por estímulo del consumo de los clientes a cargo de las alternadoras y retribuye el trabajo del que deriva ese beneficio mediante una comisión en el gasto, lo que tiene encaje en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 26.1 y 29.2 del mismo texto legal” (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de

febrero de 2018, rec.232/2016 y nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. 31/2015; S.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012).

Pero la ajeneidad concurre en los medios y riesgos, tanto en los recursos materiales como en los personales, cuyo coste y explotación asume la empleadora, sin aportación por los trabajadores de medios ajenos a la propia empresa. “La trabajadora sólo aporta su trabajo personal, como es su habilidad para captar clientes que consuman productos de la empresa” (SS.TSJ de Madrid nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014). Concurre también en los resultados, cuya titularidad corresponde a la empresa, que quien proporciona las copas y percibe su precio, que ella misma fija (S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 184/2010, de 19 de febrero de 2010, rec. 1764/2006). “Los trabajos se realizan para lucro de la empresa” (...). “En este caso, el consumo es la bebida, de este consumo la empresa se beneficia en una cantidad y en otra la trabajadora que incita al cliente al consumo; esta cantidad por copa es el salario de la trabajadora, y el beneficio empresarial sería el resto de la cantidad que se cobra por copa”. (S.TSJ de Madrid nº395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014 y nº 277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec. 66/2015).

Tal vez la nota más decisiva para la caracterización de la relación laboral sea la dependencia en el sentido de inclusión de las alternadoras en el círculo rector y organizativo del empleador, que esta inclusión se aprecie “hay que tener en consideración la existencia de un horario y con ello de una obligación de permanencia, lo que concluye que las trabajadoras estaban efectivamente sometidas a disciplina laboral”. En idéntico sentido, “la sentencia del T.S.J. de Valencia de 27 de Junio de 2007 (EDJ 2007/183220) y la sentencia del T.S.J. de Castilla-La Mancha de 29 de Diciembre de 2006 (EDJ 2006/393423) señalan que “Sobre la actividad de alterne que se efectuaba en el centro de trabajo visitado, el Tribunal Supremo –Sala de lo Social– en Sentencias de 21 de julio de 1995 y 11 de diciembre de 2001, esta última inadmitiendo un recurso de casación de unificación de doctrina, distingue entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajeneidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental estriba en que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica” (S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº13/2009, de 20 de enero de 2009, rec. 316/2007).

Indicadores de dependencia son, como se ha dicho, la existencia de un horario y con ello de una obligación de permanencia, que en estos casos suele coincidir con la apertura y cierre del establecimiento al público (S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 184/2010, de 19 de febrero de 2010, rec 1764/2006), o en un acudir a la prestación de servicios todos los días de la semana en horario determinado –lunes a jueves desde las 17,30 hasta las 3,30 horas del día siguiente, ampliándose hasta las 4:00 horas los viernes y los sábados– (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016. También STSJ Madrid nº 39/2016, de 25 de febrero de 2016, rec. 111/2015), pero también el disfrute de un día de descanso a elección de las trabajadoras (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016).

Indicadores claros de la existencia de dependencia son, a juicio de nuestros Tribunales, que las trabajadoras estén alojadas en el establecimiento en el que sólo pueden alojarse ellas que y reciban manutención, (STSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. nº 31/2015); que ese alojamiento sea pagado en alquiler (S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012); que dispongan de vestuarios para guardar sus cosas (S.TSJ del País Vasco, Bilbao, nº 402/2015, de 19 de septiembre de 2015, rec. 402/2015), o de taquillas (S.TSJ de Madrid nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014 y nº277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec.66/2015); o que el empresario imponga normas de conducta, como no consumir alcohol (S.TSJ de Madrid nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014 y S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012).

No obstante, “el hecho que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad” (S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec. 316/2007. En este mismo sentido S.TSJ de Madrid, nº 39/2016, de 25 de febrero de 2016, rec. 111/2015).

5. CONCLUSIONES

5.1. La actividad de alterne, consistente en captar clientes en un club o establecimiento público de diversión, animándolos a consumir con el consiguiente beneficio económico para el titular del mismo”, es susceptible de encuadramiento, de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el Régimen General de la Seguridad Social, cuando la actividad realizada cumple los requisitos establecidos en los arts. 1.1 y 8.1 TRLET, puesto que se encuentran obligatoriamente incluidos en dicho régimen los trabajadores por cuenta ajena (o asimilados) que presten sus servicios en las condiciones establecidas en los mencionados preceptos (art. 7.1.a) en relación con el art.97.1 TRLGSS).

5.2. La verificación del cumplimiento de los requisitos de laboralidad, que se cimenta en buena medida en la actuación practicada por la ITSS, constituye en estos casos la cuestión objeto de litigio, que guarda estrecha conexión con el contenido de las Actas levantadas por la Inspección. Éstas, en cuanto soporte probatorio de la relación existente entre empresario y trabajador, son objeto de controversia cuando se trata de desvirtuar la presunción de veracidad iuris tantum que les asiste, al combatirse, mediante prueba en contrario, la necesaria intermediación y aun la propia actuación de los inspectores; porque ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias.

5.3. En ocasiones, las actas de la Inspección son objeto de discrepancia entre las partes, cuando su nulidad se funda en la denuncia de irregularidades en el procedimiento inspector, al pretenderse caducado el expediente tramitado por aquella; nulidad que, de

producirse, conduciría a la correlativa nulidad del alta practicada de oficio en el Régimen General. Pero la cuestión se solventa mediante la doctrina judicial, según la cual el alta de oficio es una actuación propia de la Tesorería General de la Seguridad Social, e independiente de las que pueda seguir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El procedimiento sancionador para la imposición de sanciones por infracciones de orden social es distinto del procedimiento de alta de oficio en el Régimen correspondiente de Seguridad Social. Su tramitación y resolución son independientes y, por tanto, con contenido y efectos distintos. Por tanto, la pretendida caducidad de las Actas de la Inspección no puede ser objeto de este procedimiento. El alta de oficio a partir de la resolución que la incorpora inicia un nuevo procedimiento, el correspondiente a las altas, que adquiere una trayectoria desvinculada del acto que, en origen, pudo motivarla.

5.4. Con relativa frecuencia se insta la suspensión de la tramitación del procedimiento de impugnación de la Resolución que incorpora el alta, hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales pendientes, si los hubiere, en otros ordenes jurisdiccionales, sobre cuestiones directamente relacionadas con la que nos ocupa. En estos casos, la prejudicialidad penal es denegada, conforme a lo dispuesto en el art. 10 LOPJ, ante la tramitación de un proceso por posible delito contra los derechos de las referidas trabajadoras, razonando que se haya o no cometido ese delito en nada obsta al alta en la seguridad social, porque de la cuestión prejudicial invocada puede prescindirse para la debida decisión sobre la resolución administrativa impugnada y porque no condiciona directamente el contenido de ésta. Cuando de prejudicialidad social se trata debe acudir a la configuración del alta de oficio como un acto propio de la TGSS, procedimentalmente independiente del invocado respecto de las Actas de infracción de la ITSS.

5.5. Cuando se trata de la calificación de la actividad de alterne, amparada en la relación jurídica de laboralidad, que sustenta el alta de oficio, la doctrina judicial pretende una aplicación de las normas ajustada a la realidad social de nuestro tiempo, y desprovista de tintes moralizantes, valorando en su justa medida lo que resulta de las actuaciones y efectuando un estudio casuístico del caso concreto. En esta tarea, es irrelevante que la actividad de alterne carezca de identificación en la normativa sectorial o convencional aplicable, porque la relación laboral no está limitada por las clasificaciones o incluso por aplicaciones de Convenios Colectivos, sino que existe cuando concurren las notas características del contrato de trabajo, es decir voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. No obstante, la doctrina judicial explica cómo, el hecho que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad.

Por una reformulación de la responsabilidad derivada en los supuestos de contratas y subcontratas¹

For a reformulation of the liability derived from contracts and subcontracts

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

Resumen

La regulación legal de la responsabilidad derivada en los supuestos de subcontratación precisa de profunda reforma legal. La generalización de este fenómeno, unida a la restrictiva interpretación jurisprudencial de los art. 42 ET y 142 y 168 LGSS, se ha traducido en una reducción de las garantías de los trabajadores en materia de seguridad social.

Abstract

The legal regulation of the liability derived from subcontracts needs a further legal reform. The spread of this phenomenon, along with the restrictive legal interpretation of Article 42 of the Statute of Workers' Rights and Articles 142 and 168 of the General Law on Social Security, means the reduction of workers' guaranties regarding social security.

Palabras clave

contratas y subcontratas; responsabilidad en materia de seguridad social; solidaridad; subsidiariedad; prescripción; interrupción de la prescripción

Keywords

Contracts and subcontracts; liability on social security; solidarity; subsidiarity; prescription; interruption of the prescription period

1. INTRODUCCIÓN

Pese a la actual generalización de la subcontratación como recurso de organización empresarial y la consagración del modelo de empresa-red, la regulación legal de las garantías de los trabajadores y también del sistema de Seguridad Social continúa prácticamente con el mismo tenor literal que hace 50 años (LSS-1966; art. 42 ET-1980). Las diferentes reformas operadas sobre el alcance de estas garantías –responsabilidad solidaria (art. 42.1 ET) y subsidiaria (art. 168.1 TRLGSS)– no han terminado de aclarar aspectos importantes del régimen jurídico de las responsabilidades en materia salarial y, en lo que ahora interesa, en materia de seguridad social. Aunque la doctrina científica y la jurisprudencia se han ocupado extensamente de muchos de los problemas interpretativos derivados de ambos preceptos –especialmente en lo que se refiere a la delimitación entre la lícita subcontratación y la ilícita cesión ilegal de trabajadores, así como a la definición del concepto de propia actividad, que constituye el presupuesto aplicativo del art. 42 ET– subsisten todavía muchas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que sólo el legislador puede resolver mediante una completa reformulación de este régimen de responsabilidades derivadas. Como señalara la doctrina², se trata de una opción de política del Derecho, pues se trata de fijar el alcance y los límites de

¹ Trabajo realizado al amparo del Proyecto de Investigación “Nuevas formas de acceso al empleo” del Plan de Promoción de la Investigación de la Universidad Jaime I. Convocatoria 2015. Investigadora Principal: S. Ruano-Albertos.

² OJEDA AVILÉS, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 154.

la responsabilidad de la empresa principal en cuatro dimensiones: subjetiva, material, funcional y temporal.

Posiblemente, puede parecer ilusorio que el legislador y el ejecutivo asuman esta responsabilidad. Transcurrido más de medio siglo desde que iniciara su andadura el actual Sistema de Seguridad Social, todavía no contamos con una normativa clara del régimen de responsabilidades del empresario en materia de prestaciones para los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones de afiliación y cotización y, como en otras muchas ocasiones, en la jurisprudencia ha recaído el difícil e ingrato papel de fijar el reparto de responsabilidades entre el empleador incumplidor y las entidades gestoras. La elevación de los principios de “contributividad” y proporcionalidad a la categoría de nuevos dogmas bien puede interpretarse como la victoria de los seguros sociales sobre la seguridad social, sin que parezca probable que, a corto plazo, vaya a abordarse una reforma sistémica que altere el fundamento técnico asegurador que todavía subyace en nuestro sistema de seguridad social. Por el contrario, las reformas anunciadas parecen ir en sentido contrario a la configuración del sistema de seguridad social como una función que compete a los poderes públicos. Con distintas formulaciones e intensidades, la idea de que el ciudadano (trabajador) debe ser el responsable de prever los mecanismos necesarios para hacer frente a su jubilación –parece que acudiendo al mercado e incluso aunque también el empleador sea llamado a su financiación en el marco de sistemas de tipo profesional– parece que gana espacio en el debate político y social.

El sistema de responsabilidades del empresario principal previsto en el art. 42 ET y en los arts. 142 y 168 LGSS para el caso incumplimiento de sus obligaciones por los contratistas y subcontratistas respecto de sus trabajadores debe contextualizarse en el sistema general de responsabilidades que recoge el art. 167.1 LGSS y, a falta del desarrollo reglamentario al que se refiere el mismo precepto, en su interpretación jurisprudencial. Sin perjuicio de las matizaciones que se derivan de esta última, el sistema de responsabilidad que consagra el art. 167.2 LGSS para los supuestos de incumplimiento por el empresario de las obligaciones de afiliación, alta y cotización parte de la premisa de que la deficiente constitución de la relación jurídica de seguridad social determina la imputación a este de la responsabilidad en materia de prestaciones, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas en el plano sancionador. Parece inevitable hacer un paralelismo con la técnica aseguradora, que precisa de la suscripción del contrato y el pago de la prima para su existencia y efectividad, pese a lo que señalara la Ley de Bases de Seguridad Social (1963). En definitiva, una eventual atribución a las entidades gestoras de la responsabilidad de las prestaciones con independencia del cumplimiento por el empleador de sus obligaciones en materia de afiliación y cotización convertiría en innecesaria la extensión de esa responsabilidad a otros sujetos fuera del estricto ámbito de la relación laboral.

Hasta tanto esto ocurre –si así fuera en algún momento– los arts. 42 ET, 142 LGSS y 168 LGSS instituyen un sistema de extensión de la responsabilidad a sujetos ajenos al contrato de trabajo con la finalidad de aumentar las garantías del trabajador y del sistema de seguridad social. Por lo que respecta al primero, porque la imputación de la responsabilidad al empresario principal respecto del pago de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho el trabajador refuerza su posición jurídica como acreedor, al ampliar el círculo de los sujetos deudores, bien solidariamente (art. 42 ET), bien subsidiariamente (art. 168.2 LGSS). E igualmente beneficia al Sistema de Seguridad Social al ampliar el número de

deudores de las cuotas impagadas (reforzando los ingresos) simultáneamente a la reducción de gastos que deriva del impago de las prestaciones que deben asumir esos terceros responsables.

Por otro lado, el principio de automaticidad de las prestaciones al que se refiere el art. 167.3 LGSS adquiere en esta materia un significado especial. En el lado positivo, constituye un elemento de “*publificación*” del sistema de responsabilidad señalado al incrementar las garantías de los beneficiarios en el cobro de algunas prestaciones, aunque en la actualidad³ sin alcanzar su completa cuantía. Pero, negativamente, este anticipo en el pago de las prestaciones por parte de las entidades gestoras o mutuas colaboradoras con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios se ha configurado por alguna jurisprudencia como un elemento conformador de la responsabilidad derivada en materia de seguridad social a la que se refiere el art. 42.1 ET.

En definitiva, la complicada inteligencia de los distintos preceptos implicados y el hecho de que se vean implicadas distintas jurisdicciones ha acabado determinando una reducción de las garantías señaladas, precisamente en un momento en el que son más necesarias por la extensión cuantitativa y cualitativa de la subcontratación.

En primer lugar, existe una discordancia entre las doctrinas de la Sala 3ª y de la Sala 4ª en lo relativo al ámbito de aplicación de la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS: mientras la Sala de lo Social parece restringirlo a aquellos supuestos en los que queda excluida la aplicación del art. 42 ET atendiendo a la naturaleza de la contrata o subcontrata, la Sala de lo Contencioso administrativo admite la responsabilidad subsidiaria también en supuestos de contratas correspondientes a la propia actividad cuando la responsabilidad solidaria del art. 42 ET no resulta aplicable por concurrir alguna de las causas que la exoneran o excluyen.

En segundo lugar, la Sala de lo Social –aunque no de forma unánime– mantiene una interpretación sobre la interrupción de la prescripción en el caso de esta responsabilidad solidaria, que reduce la garantía prevista en el art. 42 ET. Esta doctrina, configurada en relación a la responsabilidad en materia salarial, la fundamenta la Sala 4ª en la distinción entre “solidaridad propia” e “impropia” creada por la Sala de lo Civil. No es la primera vez que el Tribunal Supremo atiende en el ámbito laboral a esta distinción –que ya aplicara en el caso de la responsabilidad en los supuestos de sucesión de empresa– pero sí parece que se estrena en su papel de unificación de doctrina en los supuestos de subcontratación. Según esta doctrina, la reclamación del trabajador contra su empleador no interrumpe el plazo de prescripción frente a los deudores solidarios, excluyendo la aplicación de la regla general del art. 1974 Código Civil, que dispone que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.

³ Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

2. LA DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA

2.1. Discrepancias jurisprudenciales en la delimitación del ámbito de aplicación del art. 168 LGSS

Como se ha señalado, y dejando ahora de lado la cuestión relativa a los negocios jurídicos que quedan comprendidos en el concepto de “contrata y subcontrata”⁴ al que se refieren los arts. 42.1 ET y 168 LGSS, subsisten importantes discrepancias en la jurisprudencia sobre la delimitación del ámbito de aplicación de ambas normas. Aparentemente superadas las dudas sobre la limitación de la responsabilidad solidaria del art. 42.1 ET a las contrataciones correspondientes a la “propia actividad de la empresa principal”⁵, y sobre el concepto de “propia actividad”⁶, perduran las diferencias sobre si también resulta aplicable la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS en los supuestos en los que la actividad subcontratada corresponde a la propia actividad del empresario principal.

Y es que efectivamente la responsabilidad solidaria impuesta por el art. 42.2 ET exige de otros requisitos, además del predicado la naturaleza de la actividad realizada por el contratista y subcontratista. Pueden existir, pues, eventuales espacios “compartidos” entre ambas previsiones y, por tanto, parece razonable entender que es exigible la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS también en las contrataciones o subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal cuando no resulte aplicable el art. 42.2 ET, bien

⁴ Sobre el particular, vid. VICENTE PALACIO, A., “Otros supuestos de responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social: subcontratas de obras y servicios, cesión de trabajadores y transmisión de empresa (...)”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL “*La responsabilidad del empresario*”, Murcia (Laborum), 2012 y bibliografía y jurisprudencia allí recogida.

⁵ Durante un tiempo la doctrina estuvo dividida entre quienes consideraban comprendidas en el ámbito del art. 127 LGSS-1994 a todas las contrataciones, correspondieran o no a la actividad de la empresa principal y quienes limitaban la aplicación de este precepto a las contrataciones correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

Se alinearon en la tesis a favor de la ampliación del art 127 LGSS a todas las contrataciones, pertenecieran o no a la propia actividad de la empresa principal, entre otros, CAMPS RUIZ, L., “El nuevo Reglamento General de recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios” *Tribuna Social*, 1996; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrataciones y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contrataciones (Las obligaciones referidas a la Seguridad Social)”, *Relaciones Laborales* tomo II, 1992; GARCIA ORTEGA, J., “*Régimen general de prestaciones y responsabilidades*”, Enciclopedia de la Seguridad Social, Valencia (CISS), 1997, pág. IV-30.

Sin embargo, manteniendo la limitación de esta responsabilidad también a las contrataciones y subcontratas referidas a la propia actividad de la empresa principal, vid. entre otros, ALARCON CARACUEL, M.R./GONZALEZ ORTEGA, S., “*Compendio de Seguridad Social*”, Madrid (Tecnos), 1991; MERCADER UGUINA, M.J., “*Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre*”, *Relaciones Laborales* nº 24, 1997; DEL VAL TENA, A.L., “La responsabilidad empresarial en contrataciones y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “*Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*”, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87. También parece alinearse en esta posición vid. OJEDA AVILES, A., “*La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 174.

⁶ En la STS de 24-11-1998 (RJ 1998, 4770) se recoge un resumen de las dos tesis contrapuestas: la de la “indispensabilidad” y la tesis de la “inherencia”. A partir de la STS de 18-1-1995 (Núm. Rec. 150/1994) se puede entender que se acaba imponiendo la tesis de la inherencia. En el mismo sentido, entre otras muchas, STS de 10-12-1999 (RJ 1999, 9730), STS de 27-10-2000 (RJ 2000, 9656) y STS de 22-11-2002 (RJ 2002, 510).

para reclamar deudas no comprendidas en el art. 42 ET o, simplemente, porque así lo desea el acreedor. El hecho de que la responsabilidad solidaria quede excluida en varios supuestos, además del referido a la naturaleza de la actividad subcontratada, deja espacios para la intersección de ambos preceptos, ampliando así el círculo de garantías para el beneficiario de prestaciones adeudadas por su empleador por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad social. Así lo ha entendido la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y también la Tesorería General de la Seguridad Social, pero no su Sala 4ª que parece anclada todavía en compartimentos estancos, centrandose en la naturaleza de la contrata el criterio definitorio de la aplicación de uno y otro precepto.

Partiendo, pues, de la limitación del art. 42 ET a las contrataciones correspondientes a la propia actividad, la aplicación de la responsabilidad solidaria exige de otros elementos cuya no concurrencia puede determinar la entrada en juego de la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS.

Si atendemos al plano temporal, aunque ambas responsabilidades se ciñen a las obligaciones contraídas durante la vigencia de la contrata⁷, la responsabilidad solidaria sólo resulta exigible, en la actualidad⁸, durante el periodo de los tres años siguientes a la terminación de la contrata. Transcurrido este plazo, la responsabilidad solidaria de la empresa principal decae, tanto en materia de cotizaciones como en materia de prestaciones. Por tanto, existiría todavía un periodo temporal en el que resultaría operativa la garantía de la responsabilidad subsidiaria, aunque se tratara de contrataciones correspondientes a la propia actividad, sin perjuicio de la eventual entrada en juego de la prescripción de las diferentes obligaciones (cuotas y prestaciones).

En el plano material u objetivo, la responsabilidad solidaria se predica de las *“obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata”*. Ya entendamos que esas obligaciones se refieren exclusivamente a las cuotas adeudadas por los contratistas o subcontratistas, o también a las prestaciones de las que pudieran ser declarados responsables éstos, lo cierto es que alguna jurisprudencia parece limitar esta responsabilidad a las obligaciones para con la Administración de la seguridad social, es decir con la Entidad gestora correspondiente, excluyendo así la posibilidad de que quepa exigir al empresario principal la responsabilidad solidaria cuando el acreedor (en este caso, de prestaciones) sea el propio beneficiario de las prestaciones de las que hubiera sido declarado el empresario incumplidor. El Tribunal Supremo (Sala 4ª), en un supuesto en el que el tema controvertido era la inclusión o no de las mejoras voluntarias dentro de las obligaciones a las que se refiere el art. 42 ET en materia de Seguridad social⁹, restringió la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET a las cuotas de seguridad social y, todo lo más, a las prestaciones anticipadas por la Seguridad Social,

⁷ En relación al art. 42 ET, vid. STS de 19-5-1998 (RJ 1998, 4730). En el mismo sentido, vid. ROQUETA BUJ, R., “Alcance temporal de las responsabilidades” en AA.VV., *“Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 260.

⁸ Como es sabido, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, este plazo estaba limitado a un año.

⁹ STS de 22-12-2000 (RJ 2000, 1873), STS de 16-9-1999 (RJ 1999, 7226), STS de 19-5-1998 (RJ 1998, 4730), STS de 14-2-2000 (RJ 2000, 2036)

prestaciones nacidas precisamente de esos incumplimientos¹⁰, apartándose así –bien que *obiter dicta*– de lo señalado en otras sentencias, muy próximas temporalmente, en las que expresamente declaró la responsabilidad, tanto respecto de los descubiertos de cuotas en que incurriera el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, como respecto de las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización¹¹. Entre estas, el Tribunal Supremo sí incluyó las prestaciones de incapacidad temporal que la empresa hubiera abonado en concepto de pago delegado derivada de su obligatoria colaboración, pero no así las prestaciones de las que fuera responsable directo; es decir, las correspondientes a los primeros doce días de la incapacidad temporal cuando esta deriva de enfermedad común. Según esta doctrina, el art. 42.2 ET enumera las obligaciones referidas a la Seguridad social, entendida ésta como “ente gestor” de prestaciones, considerando, además, que la solidaridad nunca puede presumirse y que la regla general en materia de responsabilidad por prestaciones es la subsidiariedad prevista en el art. 168.1 LGSS¹². Esta interpretación subjetivista¹³ implica que, en lo que respecta a las prestaciones de seguridad social, sólo cuando la deuda se mantenga con la Seguridad Social entendida como administración institucional específica, entra en juego la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET, que encuentra así un nuevo límite –subjetivo en este caso– además del material de que las contrataciones se refieran a la propia actividad del empresario principal¹⁴. Por tanto, con esta doctrina queda abierto un nuevo espacio para que pueda operar la responsabilidad subsidiaria del empresario principal respecto de las prestaciones de las que sea responsable el contratista por incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización y que no sean abonadas por la Entidad Gestora.

¹⁰ F.J.6º: Hay que resaltar en relación con estas deudas, que las mismas inicialmente están referidas a las cuotas, como ocurre en el párrafo primero y por el enlace entre las dos partes del artículo del que hicimos mención. El precepto está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social –y ello se admite aquí a efectos dialécticos–, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social, que como veremos son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema.

¹¹ STS de 19-1-1998 (RJ 1998, 998); STS de 20-5-1998 (RJ 1998, 4738).

¹² En sentido contrario, incluyendo tanto las cuotas como las prestaciones lo mismo frente a trabajadores que frente a la Seguridad Social, vid. En este sentido, LOPERA CASTILLEJO, M.J., “Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en AA.VV. (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), *“Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”*, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág.133. Vid. también LOPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C., “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en AA.VV., *“Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 230-231; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales* Tomo II, 1992, pág. 270.

¹³ En este mismo sentido se venían pronunciando ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., *“Instituciones de Seguridad Social”*, Madrid (Civitas), 2000, pág. 174.

¹⁴ Aunque no se señala así en las sentencias examinadas, esta posición pudo encontrar apoyo en el pasado en la redacción del art. 10.3 Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, que se refería expresamente al pago de las deudas con la Seguridad Social [“3. En caso de subcontrata de obras o servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social, además de las de naturaleza salarial, contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata (...)”].

Sin embargo, la frontera entre ambos preceptos sigue sin estar clara en la doctrina del Tribunal Supremo. Mientras la Sala 3ª en relación a la reclamación de cuotas –pero refiriéndose en su argumentación también a las prestaciones adeudadas por el empresario por sus incumplimientos a tenor de las reglas generales de responsabilidad en esta materia contenidas en el art. 167 LGSS– considera que existe una complementariedad entre ambas responsabilidades, la Sala 4ª parece mantener una rígida separación entre el ámbito de aplicación de ambos preceptos, limitando la responsabilidad subsidiaria exclusivamente a las contrataciones no correspondientes a la propia actividad, sin dar cabida a esta responsabilidad cuando se trata de contrataciones correspondientes a la propia actividad. Ambas Salas coinciden en que la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 ET sólo resulta aplicable a las contrataciones correspondientes a la propia actividad cuando concurren las circunstancias allí previstas pero parecen discrepar en el alcance de la operatividad del art. 168 LGSS: mientras la Sala de lo Contencioso¹⁵ considera que entre ambas responsabilidades existe una relación complementaria, acumulativa y no excluyente, para la Sala de lo Social parece que sí existe dicha relación excluyente. Señala la Sala 3ª: “(...) *no existe, pues, una absoluta coincidencia entre las responsabilidades previstas en uno u otro precepto, ni en cuanto a los preceptos a que se extiende, ni tampoco en cuanto a las circunstancias que pueden exonerar de las mismas. (...) no puede marcarse una diferencia entre uno u otro tipo de responsabilidad por la circunstancia de que la obra o servicio subcontratado se refiere a la misma actividad propia del subcontratante, de forma tal que la responsabilidad solidaria del art. 42.1 ET se limite a los supuestos en que así ocurra, mientras que la subsidiaria (...) se refiera a los casos en que no exista esa identidad de actividad*”¹⁶.

En definitiva, para la Sala 3ª –así lo señala expresamente–, existe una opción para el organismo demandante o para los trabajadores de dirigirse indistintamente contra la principal o la subcontratista (siempre que se trate de la propia actividad de la principal), o de reclamar contra el primero en el caso de insolvencia del segundo siempre que concurren las circunstancias previstas en el art. 168 LGSS. Por el contrario, la Sala 4ª¹⁷ considera que la delimitación de los campos de aplicación de estos preceptos se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42 ET: si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la propia actividad de la empresa principal o de la subcontratista inicial se aplica dicho precepto [el art. 42 ET] y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así, se aplica el art. 168 LGSS y por tanto, la responsabilidad de aquéllos es subsidiaria precisando pues, de la previa declaración de insolvencia del deudor principal: “(...) *la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42.2 ET : si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la “propia actividad” de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 127.1 LGSS , y la responsabilidad de los*

¹⁵ STS de 6-7-2005 (Núm. Rec. 451/2004). En el mismo sentido, STS de 8-3-2013 (Núm. Rec. 122/2007), STS de Andalucía de 14-10-2014 (Núm. Rec. 1224/2012) y, más recientemente, SJCA Lleida nº 1 de 31-5-2016 (Núm. proc. abreviado 446/2014).

¹⁶ STS (Sala 3ª) de 6-7-2005 (Núm. Rec. 451/2004).

¹⁷ SSTS (Sala 4ª) de 23-9-2008 (Núm. Rec. 1048/5551) y de 9-12-2010 (Núm. Rec. 1266/2010).

empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista «fuese declarado insolvente»»¹⁸.

Por lo demás, existe también otra diferencia importante entre ambos preceptos que abre otro espacio compartido: mientras el empresario principal puede exonerarse de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET cuando solicita a la Tesorería General certificación de descubiertos y es negativa o la Entidad gestora no la expide en el plazo de los treinta días siguientes a su solicitud, no existe posibilidad alguna de exonerar la responsabilidad subsidiaria. La responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra nace por la insolvencia de quien constituye el responsable directo –total o parcialmente– de las cuotas de seguridad social (art. 142 LGSS) o de las prestaciones de seguridad social (art. 168 LGSS) por el incumplimiento de aquellas obligaciones en materia de seguridad social que determinan el traslado de la responsabilidad a la Entidad gestora en los términos previstos en el art. 167 LGSS. Es el hecho mismo de que la obra o servicio estén contratados el supuesto de imputación normativa determinante de la responsabilidad subsidiaria, sin posibilidad de exoneración. En definitiva, se trata de una responsabilidad subsidiaria incondicionada y no vinculada a una mayor o menor diligencia de la empresa principal en la comprobación de la situación de la subcontrata en materia de obligaciones de seguridad social¹⁹.

2.2. La virtualidad hermenéutica de los antecedentes históricos y normativos y de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas

Pese a que la citada STS de 23-9-2008 señalaba que algunas normas son tan claras que no precisan de interpretación –invocando así el primer criterio hermenéutico al que se refiere el art. 3 Código Civil– la abundante litigiosidad generada por estos preceptos contradice esta afirmación. Es preciso acudir al resto de criterios que recoge la norma civil, y entre ellos, resultan ahora especialmente relevantes los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

La primera norma de nuestro actual sistema de seguridad social (LSS-1966) ya impuso una responsabilidad (subsidiaria) en los supuestos de subcontratación, sin limitar su ámbito de aplicación a que las obras o servicios correspondieran a la propia actividad del “propietario”²⁰, norma que pasó a la LGSS-1974²¹ en términos muy similares. Se recogía así

¹⁸ STS de 23-9-2008 (RJ 2008, 5551). En el mismo sentido, STS de 9-10-2010 (RJ 2010, 391) y STS de 9-12-2010 (RJ 2011, 391).

¹⁹ STSJ Cataluña de 30-10-2007 (JUR 2008, 32323).

²⁰ Art. 97 Decreto 907/1966 de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

Art. 97. Otras responsabilidades.

1. Cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en los artículos anteriores, si la obra o industria estuviese contratada, el propietario responderá de las obligaciones del contratista, si este es declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada sólo afecte a las reparaciones realizadas por un amo en la vivienda que él mismo ocupe.

²¹ Art. 127. 1 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

(...)

lo que ya se disponía en el Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo²² que, a su vez, recogía lo previsto en el Decreto de 31-1-1933 por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900²³. La responsabilidad subsidiaria en materia de seguridad social cuenta, por tanto, con una larga historia en nuestro sistema de seguridad social y su finalidad no es otra que incrementar las garantías de los trabajadores en el percibo de las prestaciones de las que pudiera ser declarado responsable el empresario incumplidor de sus obligaciones, generalizándose así a todas las prestaciones lo previsto inicialmente para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, y siempre sobre el presupuesto de que nuestro sistema de responsabilidades en materia de seguridad social continúa anclado, básicamente, en la técnica aseguradora.

Al Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre se debe la previsión por primera vez en el ámbito laboral de una responsabilidad –en este caso, solidaria– del empresario principal que contratara con otros la ejecución de obras o servicios correspondientes a su propia actividad. Esta norma, cuya finalidad era la lucha contra el fraude en la contratación laboral²⁴, circunscribía esta nueva responsabilidad del empresario principal a las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata²⁵ y, en idénticos términos, se recogió por la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Fue la primera versión del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) la que incorporó (art. 42.2 ET-1980) la responsabilidad solidaria en materia de prestaciones, responsabilidad que no circunscribía a un tipo específico de contrata de obras o servicios, aunque esta limitación se infería del número 1 del mismo artículo que, respecto del deber de comprobación que se imponía al principal, restringía esta obligación a las contrata de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de aquél.

Art. 127. Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones.

1. Cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.

²² Art. 8, último párrafo: “En caso de falta de seguro, si la obra o industria estaba contratada, el propietario responderá de todas las obligaciones del contratista en el caso de que éste resultara insolvente. Si se tratara de aparcería, el propietario vendrá obligado a reintegrar al aparcerero la parte del coste de las prestaciones proporcional a su participación en el contrato”.

²³ Efectivamente, el art. 2 del citado Reglamento, al definir al patrono, señalaba: “Se considera patrono al particular o Compañía, persona natural o jurídica, propietaria de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste. Estando contratada la ejecución o explotación de la obra o industria se considera patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria de la obra o industria. El responsable subsidiario tendrá derecho a repetir contra el directo por el importe de la indemnización abonada y gastos satisfechos”.

Vid. Gaceta de Madrid nº 33 de 2-2-1933. También se recoge publicada en la Gaceta de Madrid nº 38 de 7-2-1933.

²⁴ Esta norma tenía por título “Por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores”.

²⁵ Para una evolución histórica de la normativa expuesta, vid. OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, págs. 147-153.

Así, en una inteligencia conjunta del art. 42 ET, la doctrina consideró que dicho precepto, en toda su extensión, y por tanto también en lo referente a la responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social, se limitaba a las contrataciones de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal. Se trataba así de una responsabilidad adicional a la que se preveía en la normativa de seguridad social, tanto por su diferente naturaleza (solidaria vs. subsidiaria) como por el supuesto de imputación normativa (contratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal vs. cualquier tipo de contrataciones). La inclusión en el art. 127 LGSS-1994 de una remisión al art. 42 ET con una desafortunada puntuación ortográfica volvió a enturbiar las relaciones entre ambos preceptos.

Efectivamente, la LGSS-1994 iniciaba su art. 127.1 con la previsión “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante (...)*”, que se añadió a la anterior declaración de responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra respecto de las eventuales responsabilidades en el pago de prestaciones. La inclusión entre comas de la referencia a “las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario comitente” pareció dar a entender que el supuesto normativo del art. 127.1 LGSS-1994 también quedaba limitado a dichas contrataciones²⁶, cuando la evolución del precepto claramente indicaba que esa limitación se predicaba –reiterando el ámbito de aplicación del art. 42 ET cuando no hubiera sido necesario en esta sede– del supuesto de hecho del art. 42 ET, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a las contrataciones y subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

Tampoco en sede reglamentaria la regulación ha sido clara. Inicialmente, el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social restringió la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS también a las contrataciones correspondientes a la propia actividad del empresario principal²⁷ pero el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, por el que se modificó aquél pareció retornar a una interpretación amplia de las contrataciones determinantes de la aplicación del entonces art. 127.1 LGSS²⁸ comprendiendo así todas las obras o

²⁶ Vid. en este sentido, MERCADER UGUINA, J.R., “Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, *Relaciones Laborales* nº 24, 1997, que se alinea claramente con la tesis a favor de restringir la aplicación del art. 127 LGSS también a las contrataciones y subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

²⁷ Artículo 12. Responsables subsidiarios.

1. Para las contrataciones o subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, el propietario de la obra o de la industria contratada y por el periodo de vigencia de la contratación o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.

Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento.

²⁸ El apartado 1 del artículo 12 queda redactado en los siguientes términos:

(...)

servicios contratados, correspondieran o no a la propia actividad del empresario principal²⁹. Con la redacción anterior, buena parte de la doctrina científica³⁰, aunque no sin discrepancias³¹, concluyó en que el ámbito de ambos supuestos era bien diferente: mientras el art. 42 ET quedaba limitado a las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario comitente”, el art. 127.1 LGSS-1994 operaba respecto de todas las contrata y subcontratas que pudiera concertar el “*propietario de la obra*”, correspondieran o no a la propia actividad, siendo la primera responsabilidad de tipo solidario frente a la naturaleza subsidiaria que presenta la segunda.

En la actualidad, por tanto, no cabe duda ya de que la responsabilidad del art. 127 LGSS-1994 (actual art. 168 LGSS) no está restringida a las contrata correspondientes a la propia actividad. Sólo una norma de ínfimo rango (Circular 8-2003 de 15 de noviembre de 2013 por la que se regulan las Instrucciones sobre reclamación de deuda por declaración de responsabilidad solidaria, subsidiaria y mortis causa) parece resolver –quizá sin la debida claridad– esta problemática al disponer, en relación a las contrata correspondientes a la propia actividad del empresario principal cuando no se solicita la certificación de descubiertos o esta es positiva, la posibilidad de reclamar la deuda por la vía del art. 127 LGSS-1994 en tanto no haya prescrito la respectiva obligación cuando no se ha reclamado la deuda en el plazo señalado en el art. 42 ET.

«1. Para las contrata o subcontratas de obras y servicios, el propietario de la obra o de la industria contratada. por los incumplimientos con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena, así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte. de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.

Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento.»

²⁹ La reforma del Reglamento encuentra su origen en el criterio interpretativo de 16-12-1996 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social cuya causa obedece a la consideración de que el art. 12.1 del RD 1637/1995 “(...) puede exceder de los límites del ámbito reglamentario, así como la existencia de algunas expresiones cuya interpretación conviene precisar”.

³⁰ Se alinearon en la tesis a favor de la ampliación del art 127 LGSS a todas las contrata, pertenecieran o no a la propia actividad de la empresa principal, entre otros, CAMPS RUIZ, L., “El nuevo Reglamento General de recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios” *Tribuna Social*, 1996; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contrata (Las obligaciones referidas a la Seguridad Social)”, *Relaciones Laborales* tomo II, 1992.; GARCIA ORTEGA, J., “Régimen general de prestaciones y responsabilidades”, *Enciclopedia de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1997, pág. IV-30.

³¹ Sin embargo, manteniendo la limitación de esta responsabilidad también a las contrata y subcontratas referidas a la propia actividad de la empresa principal, vid. entre otros, ALARCON CARACUEL, M.R./GONZALEZ ORTEGA, S., “Compendio de Seguridad Social”, Madrid (Tecnos), 1991; MERCADER UGUINA, M.J., “Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, *Relaciones Laborales* nº 24, 1997; DEL VAL TENA, A.L., “La responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “*Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87. También parece alinearse en esta posición vid. OJEDA AVILES, A., “*La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 174.

El art. 3 Código Civil también eleva a criterio interpretativo la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. Como se puso de manifiesto, las garantías previstas para los trabajadores en los supuestos de subcontratación apenas se han incrementado desde su inicial reconocimiento legal, pese a la muy diferente implantación de esta forma de organización empresarial en el momento de su previsión y la actualidad. Como ya he señalado con anterioridad³², el incremento ha sido cuantitativo pero, sobre todo, cualitativo, en tanto las empresas que prestan sus servicios como contratistas han pasado de la inicial especialización a la polivalencia. Y esta nueva realidad social, en conexión con la finalidad y espíritu garantistas que informan las normas, debe trasladarse también a la interpretación de este conjunto de garantías para los trabajadores y para la seguridad social, sin perjuicio de la necesidad de que el legislador, en su caso, o el titular del poder reglamentario, asuma la responsabilidad de fijar “*los supuestos de imputación [de la responsabilidad] y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva*” a la que se refiere el art. 167.2 LGSS.

3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: OTRA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL ART. 42 ET

A las restricciones anteriores, hay que añadir la que se deriva de la reciente interpretación que la Sala 4ª ha llevado a cabo sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET. Para el Tribunal Supremo³³ –con un voto particular en contra³⁴– la reclamación del trabajador contra su empleador no interrumpe el plazo de prescripción frente a los deudores solidarios, excluyendo la aplicación de la regla general del art. 1974 Código Civil, que dispone que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. Se trata de una jurisprudencia sentada en relación a las obligaciones salariales, lo que nos lleva a plantearnos si resultaría igualmente aplicable, o no, a la responsabilidad solidaria en materia de seguridad social que este mismo precepto configura.

Efectivamente, la STS de 15-12-2017³⁵ ha unificado doctrina³⁶ excluyendo la aplicación del art. 1974 Código Civil³⁷ a la responsabilidad solidaria del empresario comitente en materia salarial derivada del art. 42 ET. Para el Tribunal Supremo, aunque el art. 42 ET impone al empresario principal una responsabilidad solidaria durante el año

³² VICENTE PALACIO, A., “*Empresas multiservicios y precarización del empleo (El trabajador subcedido)*”, Barcelona (Atelier), 2016, pág. 26.

³³ STS (Soc) de 15-12-2017 (Núm. Rec. 2664/2015).

³⁴ Magistrado. Excmo. Sr. Sebastián Moralo Gallego.

³⁵ Núm. Rec. 2664/2015. Esta sentencia se remite a la STS de 20-9-2007 (Núm. Rec. 3539/2005) en la que ubica –aunque obiter dicta– esta doctrina.

³⁶ El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone contra la STSJ Navarra de 25-5-2005 (Núm. Rec. 209/2015) invocándose como contradictoria la STSJ Cataluña Cataluña de 1-7-2013 (Núm. Rec. 5641/2012).

Previamente, el TSJ Cataluña ya mantuvo esta doctrina en la STSJ Cataluña de 26-7-2011 (Núm. Rec. 3986/2010). Por el contrario, mantuvieron la doctrina que ahora sanciona el Tribunal Supremo la STSJ País Vasco de 30-9-2008 (Núm. Rec. 1549/2008) y la STSJ Comunidad Valenciana de 5-7-2011 (Núm. Rec. 692/2011).

³⁷ Artículo 1974. La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.

siguiente a la terminación del contrato se trata, en realidad, de una obligación subsidiaria –aunque en términos de solidaridad– en tanto requiere el previo incumplimiento del contratista: “(...) *Su responsabilidad [del empresario principal] es subsidiaria porque requiere el previo incumplimiento de quien contrató [al trabajador] pero solidaria con él cuando consta el impago, momento en el que nace para él la obligación de pagar el total de la deuda aunque luego pueda repetir la totalidad del pago que efectúe contra el deudor principal, el empresario que se lucró con el trabajo del otro, lo que excluye la aplicación de los arts. 1143 y 1145 Código Civil, porque el contratista principal se subroga en todos los derechos del acreedor y puede repetir contra el deudor principal todo lo que pague (arts. 1158, 1209 y ss. Código Civil) particularidad que evidencia que los arts. 1137 y ss. Código Civil regulan las obligaciones solidarias que nacen como tales pero no la responsabilidad solidaria que nace, posteriormente, por otro hecho o por mandato legal, cual puede ser como aquí ocurre, un incumplimiento contractual del deudor que provoca la responsabilidad en el pago de quien no tiene vínculo contractual alguno con el acreedor (...). La obligación del deudor principal nace del contrato mientras que la responsabilidad de quien contrató con él nace de la ley que le sanciona por su falta de diligencia en vigilar que el otro cumpla con sus obligaciones laborales en la ejecución de la obra que le encargó (...)*”.

Resulta cuestionable, en primer lugar, que la responsabilidad del empresario principal que impone el art. 42 ET se fundamente en una supuesta *culpa in vigilando*, como parece deducirse del texto transcrito. Es cierto que podría deducirse del número 1 del art. 42 ET, que impone al empresario principal la obligación de vigilar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, pero este artículo está restringido a la comprobación por el principal de que los contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social, única y exclusivamente, y con la finalidad de otorgarles la posibilidad de exonerarse de las responsabilidades que, en lo relativo a las obligaciones de seguridad social, les impone el art. 42.2 ET.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo sitúa en el origen de las respectivas obligaciones –la del contratista y la del comitente– el centro de su argumentación jurídica, para concluir que de diferente origen se deriva diferente regulación. Según esta doctrina, la responsabilidad del empleador en el pago de los salarios tiene origen contractual, frente al carácter legal de la responsabilidad que –en términos de solidaridad– se impone al empresario que contrata con el empleador del trabajador a quien se le adeudan los salarios. En este diferente origen ubica el Tribunal Supremo el diferente cuerpo normativo aplicable: mientras la responsabilidad del empresario principal se regula por el art. 42.2 ET –que fija el plazo y el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción de la acción contra el empresario principal–, la prescripción del pago de salarios del empleador se regula por el art. 59 ET: “(...) *diferente regulación que nos muestra que nos encontramos ante dos responsabilidades distintas*” de lo que se infiere, a su parecer que, “(...) *debe estimarse que esa diferente regulación impide estimar, ex art. 1974 Código Civil, que la reclamación efectuada a un deudor interrumpa el curso de la prescripción de las responsabilidades del otro*”.

No cabe duda que se trata de dos obligaciones distintas, pero de esta premisa (su diferente origen) no necesariamente se deriva la inaplicación del art. 1974 Código Civil, que se limita a regular el plazo de prescripción de las obligaciones solidarias. Acude aquí el Tribunal Supremo a la distinción entre la solidaridad propia y la impropia, doctrina construida por la Sala de lo Civil y que ya aplicara la propia Sala de lo Social en supuestos

de sucesión de contratas o sucesión de plantillas³⁸. Pero, como señala el autor citado, de la jurisprudencia civil se derivan tanto argumentos a favor como en contra de considerar “impropia” la solidaridad examinada, conclusión igualmente extrapolable al supuesto ahora analizado.

Efectivamente, la Sala 1^a³⁹ distingue entre la solidaridad propia y la impropia para concluir que sólo a las primeras les resulta aplicable el art. 1974 Código Civil. Y si bien la conclusión es clara –la inaplicación del beneficio de la interrupción de la prescripción frente a todos los deudores solidarios en el caso de la segunda–, lo que resulta más confuso es la identificación de cuándo nos hallamos ante unas u otras. Para la jurisprudencia civil, las obligaciones solidarias se distinguen por su origen: legal o convencional las primeras, frente al carácter extracontractual de las segundas, cuando hay varios condenados judicialmente, solidaridad que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades de estos sujetos⁴⁰. Esta misma doctrina es la que invoca la jurisprudencia social, pero en su argumentación posterior se complica la distinción entre una y otra responsabilidad, para concluir en el carácter impropio de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET reduciendo así la finalidad garantista del citado precepto.

Para la Sala 4^a es indubitado que el art. 42 ET configura una responsabilidad legal, pero frente a la conclusión lógica que, en aplicación de la doctrina civilista señalada, debería concluir en el carácter propio de la solidaridad –lo que determinaría la aplicación del art. 1974 Código Civil– concluye que se trata de una responsabilidad impropia atendiendo al vínculo o a las relaciones entre los sujetos deudores y acreedores: mientras es el contrato de trabajo del que deriva la responsabilidad del empleador, la responsabilidad del empresario principal tiene origen legal (art. 42.2 ET) de lo que infiere que son dos responsabilidades distintas, sometidas a diferente régimen jurídico. Invoca también la Sala 3^a la jurisprudencia civil⁴¹ que, a resultas de la reforma operada de la Ley de Ordenación de la Edificación, ha declarado la naturaleza impropia de la responsabilidad legal –solidaria– que se impone en la actualidad sobre distintos agentes de la edificación, aunque ya no derive de la condena judicial sino de la ley. Añade, además, como conclusión: “(...) *en definitiva, la diferencia entre solidaridad propia o impropia u obligación in solidum radica en que la segunda deriva de diferentes actos ilícitos (civiles o de otra naturaleza) o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales que establecen una responsabilidad solidaria por distintos motivos (...) en el presente caso la responsabilidad solidaria de la empresa principal la impone el art. 42.2 ET diferenciándola en su nacimiento, duración y extinción de la de pago de salarios que regulan los arts. 1, 26, 29 y 59 ET (...) lo que hace que no sea una obligación solidaria de las que el art. 1137 Código Civil contempla (...)*”, concluyendo en la inaplicación del art. 1974 Código Civil.

³⁸ STS de 3-6-2014 (Núm. Rec. 1237/2013). Vid. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de plantillas y responsabilidad: ¿solidaridad propia o impropia? (efectos en la prescripción)”, en su Blog UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES (<http://ignasibeltran.com/2015/04/20/sucesion-de-plantillas-y-responsabilidad-solidaridad-propia-o-impropia-efectos-en-la-prescripcion/>). Fecha de consulta: 28-2-2018.

³⁹ STS de 14-3-2003 (Núm. Rec. 2235/1997), STS de 18-7-2011 (Núm. Rec. 2043/2007) y STS de 29-11-2010 (Núm. Rec. 1032/2007).

⁴⁰ STS de 3-6-2014 (Núm. Rec. 1237/2013).

⁴¹ STS de 16-1-2005 (Núm. Rec. 1111/2012), STS de 20-56-2015 (Núm. Rec. 2167/2012), STS 17-9-2015 (Núm. Rec. 345/2013) y STS de 27-6-2017 (Núm. Rec. 1044/2015).

A mi parecer, tanto la categorización de esta responsabilidad como impropia como la propia conclusión que la sentencia infiere de esta naturaleza son cuestionables, como pone de manifiesto el voto particular. Si la solidaridad impropia se caracteriza porque dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que concurren en su producción, surgiendo cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, no se puede concluir que una responsabilidad legal como la prevista en el art. 42.2 ET reúna ninguna de dichas notas. Se trata de una responsabilidad impuesta por la ley a un sujeto –el empresario principal– que no ha cometido ilícito alguno y que se fundamenta en la voluntad del legislador de incrementar las garantías de los acreedores en los supuestos de subcontratación de actividades correspondientes a su propia actividad. Además, está perfectamente individualizada y la exigencia del previo impago de los salarios por parte del empleador no impide que, producido dicho ilícito en el ámbito de la relación contractual, opere automáticamente por disposición legal la responsabilidad solidaria del empresario principal. Que la obligación (responsabilidad) del empleador en el pago de los salarios derive del contrato de trabajo y la del empresario comitente de la ley, no parece que pueda conllevar la inaplicación del régimen general que, para las responsabilidades solidarias, impone el Código Civil en tanto en cuanto no se prevé ninguna especialidad en el propio art. 42.2 ET, pudiendo aplicarse ambas de forma concurrente al no existir contradicción. El propio Código Civil se refiere a la necesidad de que la ley instituya la solidaridad, no presumiéndose ésta (art. 1137) y este es el papel que cumple el art. 42.2 ET e, igualmente, a la posibilidad de que exista la *solidaridad* “(...) aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones” (art. 1140).

Por lo demás, también parece cuestionable que esta doctrina de la Sala 4ª pueda aplicarse a la responsabilidad solidaria que el art. 42.2 ET impone al empresario principal en relación a las cuotas y prestaciones de las que pudiera ser responsable el empleador por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización (art. 42.2 ET). La responsabilidad de este último en el cumplimiento de estas obligaciones deriva de la ley (arts. 142 y 167 LGSS y concordantes) aunque su razón de ser radique en último término en la prestación de servicios del trabajador, dada la técnica aseguradora que inspiró nuestro sistema de seguridad social. Pero este no es su fundamento actual, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, aunque subyaga parcialmente en lo que se refiere al sistema de responsabilidades y en otros aspectos de su régimen jurídico. Incluso con la importante limitación que se deriva de la actual jurisprudencia social que restringe la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET a las deudas por cuotas y prestaciones que se mantengan frente a la Seguridad Social –entendido este término en términos subjetivos y no materiales–, el contrato de trabajo no constituye en ningún caso la fuente de la obligación de cotizar del empleador ni el fundamento de su responsabilidad, ambos de origen legal. El art. 42.2 ET constituye una norma especial en relación a la regulación general recogida en la normativa de seguridad social, y ambas normas pueden aplicarse concurrentemente al no ser contradictorias: el establecimiento del plazo de tres años siguientes a la terminación de la contrata para la exigencia de esta responsabilidad solidaria al empresario principal es un claro indicio de esta especialidad, que opera siempre y cuando las cuotas o las prestaciones debidas no hayan prescrito en los términos previstos en la normativa de seguridad social. No existe, pues, contradicción y ambos artículos se pueden aplicar de forma complementaria o concurrente, como así señala el art. 168 LGSS cuando dispone la responsabilidad subsidiaria “*sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 ET para las contratas correspondientes a la propia actividad*”. Y en relación a esta responsabilidad solidaria, la normativa de seguridad

social remite en materia de prescripción a las causas ordinarias (art. 24.3 LGSS) reconociendo expresamente el aprovechamiento mutuo de la prescripción para todos los responsables del pago de una deuda, incluyendo también la interrupción de la prescripción (art. 43.3 RGR). No parece razonable que pueda predicarse una naturaleza diferente (propia o impropia) de la responsabilidad solidaria prevista en el mismo precepto cuando el precepto no distingue (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), cuando la interpretación restrictiva va contra la finalidad de la norma (pro operario/beneficiario) y atendiendo a la realidad social del tiempo en el que la norma ha de ser aplicada.

4. POR UNA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES DERIVADAS EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS: ALGUNAS PROPUESTAS

La actual extensión de la subcontratación como forma habitual de organización empresarial y la precariedad de los trabajadores de estas empresas subcontratistas debe llevar a un replanteamiento del régimen de responsabilidades del empresario que subcontrata obras o servicios. Ha quedado puesto de manifiesto que los vigentes preceptos legales y su restrictiva interpretación por la Sala 4ª del Tribunal Supremo han determinado una reducción de las garantías de los trabajadores subcontratados en materia salarial y, en lo que ahora interesa, en materia de seguridad social.

Sólo el legislador puede acometer esta reforma, que necesariamente debe ir más allá del mero retoque propuesto en varias ocasiones, con mejor o peor resultado, por distintos grupos parlamentarios. En lo que se refiere específicamente a las responsabilidades en materia de Seguridad Social, esta reforma necesariamente está condicionada por la propia configuración del régimen de responsabilidades del empleador para los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización⁴². Existe un amplio abanico de posibilidades: desde la eliminación de cualquier responsabilidad del empresario que subcontrata con otros empresarios, dada la licitud de esta forma de organización empresarial a, en el otro extremo, la imposición de una mayor responsabilidad al empresario principal por los incumplimientos de su contratista de sus obligaciones laborales y de seguridad social. La actual generalización de la subcontratación, cuantitativa y cualitativamente, y la función tuitiva del Derecho del Trabajo debería ir en la dirección de incrementar las garantías de los trabajadores subcontratados y no al contrario. El incremento de las garantías beneficiaría también al sistema de Seguridad Social en su papel de acreedor de cuotas y de prestaciones.

A continuación, se recogen algunas propuestas en esta materia con la finalidad de incrementar las garantías de los trabajadores y, en su caso también, del sistema de seguridad social.

Como ya se ha dicho, la configuración de un sistema de responsabilidad pública en materia de prestaciones rompiendo la triada alta/cotización/prestación, haría innecesaria la

⁴² Sobre este particular son imprescindibles TORTUERO PLAZA, J.L., “Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones” y GALA DURAN, C., “La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta y cotización. Un problema sin soluciones”, ambos en Asociación Española de Salud y Seguridad Social “*La responsabilidad del empresario*”, Murcia (Laborum), 2012.

extensión de la responsabilidad en materia de cuotas y prestaciones al empresario principal, pues el trabajador tendría garantizado el pago de las prestaciones siendo innecesario su papel de garante. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del empleador, único sujeto responsable por imposición legal, se remitiría al estricto ámbito sancionador en tanto incumplimiento de unas obligaciones de naturaleza pública y, en su caso, al cobro de las cuotas adeudadas. No es una opción desconocida en nuestro sistema: el incumplimiento por parte del titular del hogar familiar de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización no determina su responsabilidad en orden a las prestaciones, que son abonadas directamente por la Entidad Gestora como responsable y no ya en virtud del principio de automaticidad⁴³.

Otra opción menos radical, pues no afectaría al (confuso) régimen de responsabilidades previsto en el art. 167.1 y 2 LGSS, pasaría por la generalización a todas las prestaciones económicas y, sin la actual limitación cuantitativa, del principio de automaticidad (art. 167.3 LGSS). El beneficiario de las prestaciones tendría así asegurado su cobro, abriéndose aquí múltiples posibilidades o combinaciones en relación a la responsabilidad imputable a la empresa principal respecto al resarcimiento de las prestaciones anticipadas por la entidad gestora y también en lo relativo a las cuotas no abonadas. En la actualidad, el art. 167.3 LGSS determina la subrogación de la entidad gestora que haya anticipado el pago en los derechos y acciones de los beneficiarios frente a los responsables, responsabilidad que se extiende también al empresario principal por el art. 168.1 LGSS.

También es fundamental determinar la naturaleza de la responsabilidad, –solidaria o subsidiaria– en su caso, atribuible a la empresa principal. La limitación de la responsabilidad solidaria a las contratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal y la restrictiva interpretación jurisprudencial de este concepto ha determinado, como hemos visto, una importante reducción de las garantías de los trabajadores. Dada la actual generalización de la subcontratación y la precariedad que genera y también la finalidad tuitiva de la norma, sería conveniente que el legislador, si finalmente se mantiene el actual esquema de responsabilidades en materia de seguridad social, configurara la responsabilidad del empresario principal en términos de solidaridad y que se predicara de todas las contratas, correspondan o no a su propia actividad. En este sentido, sería conveniente eliminar del art. 42 ET cualquier referencia a la responsabilidad en materia de cuotas y prestaciones de seguridad social para residenciar esta responsabilidad en el corpus normativo de seguridad social, dejando aquél referido exclusivamente a la responsabilidad solidaria en el ámbito contractual (aunque también extendido a todas las contratas).

Existen otras muchas opciones. En alguna ocasión he preconizado otra solución, análoga a la prevista con finalidad muy similar para otros supuestos como en la contratación a través de empresas de trabajo temporal y siempre en la búsqueda de un incremento de las garantías para los trabajadores y el sistema de Seguridad Social. Esta propuesta, que parte de la premisa de que la subcontratación es una actividad lícita, consistiría en la imposición al

⁴³ Sobre este tema, vid. RUANO ALBERTOS, S., “Régimen jurídico de los empleados de hogar”, Barcelona (Atelier), 2013 y TORTUERO PLAZA, J.L., “Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones”, en Asociación Española de Salud y Seguridad Social *La responsabilidad del empresario*, Murcia (Laborum), 2012, pág. 32;

empresario comitente de la responsabilidad derivada en términos de subsidiariedad, dejando la responsabilidad solidaria para aquellos supuestos en los que se incurre en actuaciones ilícitas (cesión ilegal de trabajadores). El alcance concreto de esta responsabilidad “derivada” dependería de cual fuera la opción del legislador en la reforma del sistema de responsabilidad en materia de seguridad social del empleador, es decir, si se opta por la configuración de un auténtico derecho subjetivo del beneficiario al acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad social, sin que los supuestos de incumplimiento de este determine la responsabilidad del empresario incumplidor en materia de prestaciones; o si, por el contrario, se mantiene el régimen de responsabilidad empresarial para los supuestos de incumplimiento, manteniendo la vigencia de la técnica del seguro. En este último supuesto, y para que realmente se incrementen las garantías de los beneficiarios sería necesario extender el principio de automaticidad a todas las prestaciones. Se trataría, además, de una responsabilidad aplicable a todas las contrata y subcontratas y a toda la cadena de subcontratistas, correspondan o no a la actividad de la empresa comitente y sin plazo para su ejercicio, salvo el derivado de la prescripción del propio derecho.

Igualmente sería necesario implicar al empresario principal en el control del cumplimiento de las obligaciones del contratista en materia de seguridad social en relación a los trabajadores que ocupe en las actividades objeto de la contrata, se realicen o no en el centro de trabajo de la empresa comitente. No es un mecanismo nuevo en nuestro ordenamiento: el Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, impuso sobre empresario comitente un deber de comprobación, previo al inicio de la actividad contratada, del cumplimiento por el contratista de sus obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que dichos contratistas ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata. Esta previsión –ahora recogida en el art. 16.5 LGSS– podría extenderse también al control de la cotización establecido en los mismos términos que aquél: es decir, no con la finalidad de exoneración con la que se contempla actualmente en el art. 42 ET sino como un deber, sancionable administrativamente⁴⁴. Este deber, además, debería extenderse a todas las contrata, correspondan o no a la propia actividad y con independencia de que se realicen o no en el centro de trabajo de la empresa comitente.

⁴⁴ El citado Real Decreto-Ley 5/2011 de 29 de diciembre modificó la LISOS y tipificó el incumplimiento de esta obligación de comprobación de la afiliación y alta como infracción administrativa sancionable (art. 22.11; infracción grave).

El desempleo de los Trabajadores a Tiempo Parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el Borrador de Reforma

Unemployment of part-time workers. About the judgment of the ECJ of 9th November 2017 and the Reform Draft

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Tras una cuestión prejudicial en la que se dudaba de si el en nuestro Ordenamiento había un trato discriminatorio hacia los trabajadores a tiempo parcial en su modalidad “vertical” respecto de la “horizontal”, el TJUE declara que hay discriminación por razón de género. Ello ha motivado una reforma del cálculo del período de ocupación cotizada para el desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, equiparando ambas modalidades. Sin embargo, esa equiparación no solo traerá ventajas para dichos trabajadores, sino un trato perjudicial en lo relativo a la cuantía. Todo ello se analiza en este estudio.

Abstract

After a preliminary ruling in which doubts were raised whether there was a discriminatory treatment in our Regulation towards part-time workers in the vertical mode (concentrating the working hours on several working days) in respect of the horizontal mode (working less hours during every working day), the ECJ stated that there is gender discrimination. This has caused a reform of the estimate of the period of contribution for unemployment of part-time workers. However, this equalization will not only benefit such workers, but also will be detrimental regarding amount. All these matters will be analysed in this research.

Palabras clave

Trabajo a tiempo parcial; desempleo

Keywords

Part-time work; unemployment

1. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial está siendo objeto en los últimos años de una importante revisión, de la mano por la Jurisprudencia del TJUE¹ y del TC², e impulsada por una singular actuación de algunos Juzgados de lo Social que recurren a la Cuestión Prejudicial con objeto de evitar discriminaciones indirectas por razón de sexo, y que fuerzan a corregir el marco regulador nacional³. Fruto de ello, en el ámbito de las pensiones causadas por trabajadores que presentan parcialidad en su vida laboral, se han

¹ STJUE de 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11, *Elbal Moreno* contra INSS y TGSS.

² SSTC 61/2013, de 14 de marzo, 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

³ Sobre este fenómeno en sentido amplio (en palabras de MOLINA NAVARRETE, el «fervor judicial nacional por la “cuestión prejudicial”», véase MOLINA NAVARRETE, C., *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria*, La Ley, 2017 (en especial el Capítulo Preliminar, «El nuevo modelo multinivel de justicia social: el TJUE como fuente de (re)-creación del derecho del trabajo»; del mismo, «La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de «última palabra»?»: Experiencias de tutela del contratante débil», *La Ley*, núm. 9008, 2017.

modificado tres elementos⁴: a) el cálculo de la vida laboral en orden a las pensiones; b) el período mínimo exigido para la jubilación de tales trabajadores; y c) la determinación del porcentaje aplicable a su jubilación. Todo ello, bajo el principio de que evitar que el tener un trabajo a tiempo parcial merme sus derechos previsionales. Pero no siempre han sido litigios que se hayan resuelto a favor un cambio normativo. Así, el TJUE⁵ y el TC⁶ no consideraron necesario reformar las reglas de integración de lagunas de cotización que sucedieran a un trabajo parcial.

Estas reformas habían soslayado, hasta ahora, la protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial. Pero es que ya tenía un régimen y lógica protectora distinta. Así, dentro de la acción protectora de este tipo de trabajadores, siempre ha habido una sustancial diferencia entre las reglas previstas para el desempleo y para el resto de las prestaciones, con un régimen mucho más positivo para el primero que para las segundas⁷. Es más, considero que el modelo a seguir para el cálculo de la vida laboral de este perfil de asegurados debiera haber sido el del desempleo⁸. Sea como fuera, poco han tenido que ver las reglas del desempleo con respecto de las demás prestaciones en caso de trabajadores a tiempo parcial.

Sistemáticamente, la propia normativa lo trata separadamente. Así, aunque la Sección 1ª del Capítulo XVII del Título II LGSS 2015 se titula "*Trabajadores contratados a tiempo parcial*" (arts. 245 a 248), la regulación contenida en dicha Sección se aplica a todas las prestaciones salvo el desempleo, remitiéndose para esta prestación a los artículos 269.2 y 270 LGSS. A su vez, estos preceptos indican que para determinar los períodos de cotización y el cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica, que no es otra que el RD 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo⁹.

⁴ RD-L 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Ampliamente, ver MALDONADO MOLINA, J.A., «Vida laboral cotizada: computo y efectos tras las últimas reformas», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, págs. 116 y ss.

⁵ STJUE de 15 de abril de 2015, Asunto C-527/13. *Lourdes Cachaldora* contra el INSS y la TGSS.

⁶ STC 110/2015, de 28 de mayo de 2015, *Landeira Rey*.

⁷ Cfr. MALDONADO MOLINA, J.A., «La protección por desempleo de los trabajadores precarios», en VV.AA., *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015; del mismo, «La Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial», en VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 480.

⁸ MALDONADO MOLINA, J.A., «El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 419, 2018.

⁹ Este trato diferencial desempleo/otras prestaciones no se vio alterado con la nueva regulación dada a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial por el RD-L 11/2013, de 2 de agosto, con el que se adecuó nuestro Derecho a lo prescrito por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que estas nuevas reglas no se extendieron a la prestación por desempleo. El Texto Refundido de 1994 recogió esta reforma de 2013 en la disposición adicional 7.ª LGSS, pero sin que afectara al trabajo a tiempo parcial. Para este tipo de trabajo, se incluyó una regla específica (la regla cuarta) indicando que para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo, se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica (es decir, señalaba lo mismo que los actuales 269.2 y 270, remitiéndose al RD 625/1985).

Materialmente, la principal diferencia estriba, ni más ni menos, en cómo se computa el período cotizado en orden al acceso y duración de la cobertura contributiva. Otras reglas singulares son las relativas a la compatibilidad del cobro del desempleo y la realización de un trabajo a tiempo parcial. Por el contrario, no hay diferencia en lo concerniente al cálculo de la prestación, que tiene el mismo régimen para trabajadores a tiempo completo y tiempo parcial (y dentro de ellos, sin hacer distingos por parcialidad horizontal o vertical). Veamos el actual régimen jurídico del desempleo en este tipo de trabajo, régimen que en lo relativo al cómputo del período cotizado se ve afectado por la STJUE de 9 de noviembre de 2017.

1.1. Cómputo del período cotizado a efectos del período de carencia y de la duración del desempleo subsidiado

El artículo 3.4 RD 625/1985 establece que cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Y ello tanto en orden al período de carencia como de la duración, que –como se sabe– en el caso del desempleo está en función de la vida laboral cotizada (es la única prestación que sigue esta pauta). Se recurre a unas reglas que en general entendemos eran (siguen siendo, hasta no se apruebe la nueva reforma) más beneficiosas que las previstas para otras prestaciones. No obstante, hay que advertir que eran especialmente beneficiosas para un colectivo, que era el de los trabajadores a tiempo parcial “horizontal”, ya que si es “vertical” no obtenían tantos beneficios (aunque las reglas son mejores que las aplicables a otras prestaciones).

En efecto, nuestro Sistema de Seguridad Social aplica reglas distintas para computar la vida laboral de un trabajador a tiempo parcial según que tales períodos cotizados vayan a usarse en orden al desempleo o al resto de las prestaciones. Así, el punto de partida es común, y es que la vida laboral se computa en días. El que día trabajado se equipare a día cotizado permite que un trabajador que simultáneamente coticie por varios contratos a tiempo parcial pueda lucrar independientemente diversas prestaciones por desempleo, sin que las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo superpuesto se estimen como ya utilizadas al generar una primera prestación por desempleo¹⁰. La extinción de uno de los contratos no implica que las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo superpuesto se deduzcan y se reputen como ya utilizadas, sino que cada período de trabajo a tiempo parcial genera un período cotizado que a efectos del desempleo se considera como día cotizado en su totalidad, por lo que cada actividad devenga su propia cobertura¹¹.

Pues bien, la cuestión viene de determinar cuándo se considera que un trabajador ha cotizado un día en el caso de que trabaje solo unas horas de cada día. A dicha cuestión se le da una solución distinta según sea para causar derecho al desempleo o al resto de las prestaciones del Sistema.

¹⁰ Art. 266 b) LGSS 2015; STS de 31 de mayo de 2000, RJ 2000\7167.

¹¹ El art. 270.4 LGSS 2015 precisa que cuando el trabajador tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de las bases por las que se haya cotizado por dicha contingencia en ambos trabajos durante los ciento ochenta días del periodo a que se refiere el artículo 269.1, y las cuantías máxima y mínima se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas en ambos trabajos; STS de 31 de mayo de 2000, RJ 2000\7167.

- Para las demás prestaciones, se calcula el coeficiente global de parcialidad de la vida laboral del trabajador, coeficiente que no solo sirve para calcular la vida cotizada a tiempo parcial traduciéndola en tiempo completo, sino que también tiene como virtualidad –y ese fue uno de los grandes avances, que no se contempla para el desempleo– el que se modifican los períodos de carencia (tanto genéricos como específicos), adecuándolos al coeficiente global de parcialidad que tenga el trabajador.

- Por su parte, el desempleo sigue una fórmula totalmente distinta. Y es que un día se considera cotizado, cualquiera que sea la jornada realizada. Como hemos adelantado, el artículo 3.4 RD 625/1985 señala que «cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada».

Por tanto, computa un período superior al realmente cotizado, ya que la cotización es proporcional a las horas trabajadas¹², aunque tal asimilación no se extiende al cálculo de la base reguladora, que se regirá por las mismas fórmulas que los trabajadores a jornada completa¹³. De este modo, da por cotizado cada «día trabajado», por lo que en puridad no deberían computarse los días de inactividad¹⁴. Sin embargo, ciertamente sí debe proceder el cómputo de los días de descanso si por ellos corresponde algún devengo, y en consecuencia retribución y cotización¹⁵.

Por ello, se establecen soluciones distintas según nos encontremos ante un trabajador a tiempo parcial que preste sus servicios efectivos cinco días o más a la semana (han venido a llamarse “trabajo a tiempo parcial horizontal”) o menos de esa cifra (“trabajo a tiempo parcial vertical”, por condensar las horas de trabajo en unos días), buscando en ambos casos computar los días de descanso de los trabajadores a tiempo parcial de forma similar a la que sucede con los trabajadores a tiempo completo, que realizan un trabajo efectivo cinco días a la semana.

1.1.1. Trabajo a tiempo parcial “horizontal”

En el caso de trabajadores que prestan sus servicios cinco o más días a la semana a tiempo parcial no se les computan únicamente los días de cotización efectiva (los días que prestan servicios), sino también el resto en concepto de descanso (al igual que a los trabajadores a tiempo completo). Se les computa como cotizado el total de días naturales en los que mantengan su relación laboral, todos los días de duración de su contrato.

Según los datos del Ministerio, recogidos en la Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo del Real Decreto por el que se modifica el RD 625/1985, este tipo de trabajadores son mayoritarios dentro de lo que tienen parcialidad en su jornada parcial. En

¹² Artículo 65 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

¹³ CABEZA PEREIRO, J., «Sobre la prestación por desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2000, pág. 43.

¹⁴ STS de 3 de noviembre de 1994, RJ 1994/8589.

¹⁵ CABEZA PEREIRO, J., «Sobre la prestación por desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», *op. cit.*, pág. 43.

concreto, indica que «Alrededor de 208.000 beneficiarios perciben cada mes la prestación contributiva a tiempo parcial por haber cesado en trabajos a tiempo parcial. La jornada media de estos contratos es del 65 por ciento de la jornada habitual. Se estima que, de ellos, 35.000 beneficiarios proceden de trabajos con jornada a tiempo parcial “vertical”, es decir, que no trabajan todos los días laborables de la semana».

La solución que se sigue con el desempleo entendemos que no solo es más positiva para el trabajador que las del resto de las prestaciones, sino que también es coherente con lo que significa la institución del período de carencia, que no es otra que garantizar que la carrera de seguro se extienda durante un tiempo mínimo antes de activar la cobertura, con una finalidad preventiva del fraude y que viene a actuar como mecanismo de seguridad económica del Sistema, garantizando además que en el nivel contributivo quienes reciban cobertura sean aquellos que verdaderamente han contribuido mediante su esfuerzo al sostenimiento de las arcas de la Seguridad Social. El período mínimo cotizado (el período de carencia) debe atender al tiempo asegurado, no al importe cotizado, lo que prima en orden al derecho no es la cantidad cotizada, sino el tiempo cotizando, ya que el importe de lo cotizado se debería tener en cuenta en orden a la cuantía de las prestaciones, y no de cara al derecho.

Sin embargo, esta solución tan positiva (considerar como cotizados todos los días en los que permanece asegurado, con independencia de las horas cotizadas) no se aplica a todos los trabajos a tiempo parcial, sino solo al “horizontal”, quedando fuera el vertical (con la normativa anterior a la Sentencia y norma que estamos analizando). Veamos cuál era su situación.

1.1.2. Trabajo a tiempo parcial “vertical”

No prestan servicios todos los días, sino solo unos días (menos de cinco), en los que pueden acumular toda la jornada (pudiendo darse el caso de que en un día trabajen una jornada completa), o parte de ella. En este caso, mantienen el alta durante toda la vigencia del contrato, pero solo se cotiza por las horas que efectivamente trabajan (pero con una base de cotización mensual, dato importante éste porque es el que sirve de argumento al Juzgado de lo Social núm. 33 para plantear la Cuestión Prejudicial)¹⁶.

Ahora bien, con objeto de darles un tratamiento equitativo, para calcular el periodo de ocupación cotizado no solo hay que computar los días de trabajo efectivo, sino que se añade la parte proporcional de los días de descanso ordinario. Para ello, los días efectivamente trabajados se multiplican por un coeficiente, que es el 1,4 (5 por 1,4 es 7). Esta regla opera tanto para el derecho como para la duración. No se contempla en el artículo 3.4 del RD 625/1985, sino que en una vetusta jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo¹⁷. A

¹⁶ El artículo 246 LGSS no deja lugar a dudas: para los trabajadores a tiempo parcial, la base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquella será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. La Orden anual de cotización (para 2018, artículo 36 Orden ESS/55/2018, de 26 de enero) reitera esta idea, precisando que «Se computará la remuneración devengada por las horas ordinarias y complementarias en el mes a que se refiere la cotización, cualquiera que sea su forma o denominación, con independencia de que haya sido satisfecha diaria, semanal o mensualmente».

¹⁷ SSTCT 21 de marzo de 1988; 20 de mayo de 1988; 20 de julio de 1988 y 28 de octubre de 1988.

diferencia de los que trabajan cinco o más días, a estos no se les considera cotizado todo el tiempo de duración de su contrato (aunque sí se mantiene el alta todo el tiempo).

Sobre estos últimos supuestos volveremos en el apartado “trabajo a tiempo parcial vertical”, y que ha motivado la STJUE y el Proyecto de Real Decreto. Ahora solo adelantar que al igual que para el cálculo del período de carencia “día trabajado” es “día cotizado” (y no se computa como cotizado el no trabajado), para determinar su base reguladora no se toma los últimos 180 días naturales, sino que se amplía a 180 días cotizados dentro del período de ocupación cotizada (POC). Retomaremos más adelante este tema.

1.2. Compatibilidad prestaciones por desempleo y trabajo a tiempo parcial

Respecto de las reglas de compatibilidad, encontramos otro elemento de adaptación de la prestación por desempleo en caso de los trabajadores a tiempo parcial. Así:

- La prestación y el subsidio son compatibles con el trabajo a tiempo parcial (incluido con un contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a tiempo parcial), sin perjuicio del descuento correspondiente en la cuantía de la prestación (solo cambia la cuantía, no la duración)¹⁸.
- En el caso del trabajo a tiempo completo, solo es compatible cuando se prevé en algún programa de fomento de empleo (contrato de trabajo por tiempo indefinido y jornada completa de apoyo a emprendedores).

1.3. La cuantía del desempleo en el trabajo a tiempo parcial horizontal

A diferencia de lo visto en relación con el período de carencia y la duración, con la cuantía del desempleo no contempla reglas adaptadas a los trabajadores a tiempo parcial horizontal (en el caso del vertical sí hay reglas específicas). Es aquí donde queda más patente que «la protección por desempleo se ha erigido sobre el prototipo del contrato a jornada completa, y cuando se aplica a los trabajadores a tiempo parcial provoca numerosos problemas e injusticias»¹⁹.

Ello contrasta precisamente con otros subsidios de nuestro Sistema, en los que sí tiene lugar esa adaptación, como es el subsidio por IT, o el de maternidad y paternidad. En esos otros casos, la particularidad viene de ampliar el período a computar en la base reguladora, tratando de que dicha base sea lo más fiel a la realidad, evitando que el que un trabajador cotice a tiempo parcial en el período inmediato a una prestación pero tenga una carrera laboral compuesta mayormente por períodos a tiempo completo, se vea perjudicado. En el siguiente cuadro se refleja esta diferencia:

¹⁸ Sobre estas cuestiones, y el impacto del RDL 2072012 en la situación en la que un trabajador viniera realizando dos o más trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, ver ampliamente ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

¹⁹ ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

DESEMPLEO			OTROS SUBSIDIOS		
Tiempo completo	Tiempo parcial horizontal	Tiempo parcial vertical		Tiempo completo	Tiempo parcial
180 días naturales		Amplía los 180 en proporción reducción jornada	Maternidad /Paternidad	Mes anterior	Año anterior dividido por 365
			IT	Mes anterior	Hasta 3 meses por días trabajados en 3 meses

Como adelantamos, hay reglas diferentes para el cálculo de la base reguladora según que nos encontremos con trabajo a tiempo parcial horizontal (que se equipara con el trabajo a tiempo completo), y el trabajo a tiempo parcial vertical.

En el caso del trabajo a tiempo parcial horizontal, se aplica exactamente la misma fórmula para determinar la base reguladora que en el contrato a tiempo completo, esto es, “se calculará dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes a los últimos 180 días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al del que cesó la obligación de cotizar” (art. 4 RD 625/1985).

La ausencia de reglas que adapten la base reguladora al trabajo a tiempo parcial puede generar perjuicios para el trabajador en el caso de que éste tuviera una previa carrera laboral a tiempo completo, y en los últimos seis meses hubiera prestados servicios a tiempo parcial. Es un tema de azar, en el que no tendría que influir la perspectiva de género, pero que interesa destacarlo, porque podría evitarse con una fórmula que posibilitar que opcionalmente el sujeto pudiera ampliar el período temporal a considerar para la base reguladora (de forma voluntaria, como ya ocurrió con la base reguladora de la pensión de jubilación tras la Ley 27/2011).

Un ejemplo nos servirá constatar cómo esta regla perjudica al trabajador que pase de un contrato a tiempo completo y uno a tiempo parcial justo en el período anterior a la percepción del desempleo. El supuesto sería un trabajador con un hijo a cargo, y seis años cotizados. Y confrontaremos qué ocurriría si de sus últimos seis años cotizados, los 180 últimos días fuesen a tiempo completo o a tiempo parcial (siendo el resto de su vida laboral a tiempo completo):

	Si tiempo completo (1000 €)	Media jornada (500 €)
Prestación	6 meses: 700 € Resto (18): 500 €	6 meses: 350 € Resto (18): 335,70 € (no es 205€ por la aplicación de los mínimos)
Subsidio	30 meses: 430,27 €	30 meses: 215,14 €
TOTAL	Prestación: 13.200 € Subsidio: 12.908,1 € Total: 26.108,1 €	Prestación: 8.142,6 € Subsidio: 6.454,2 € Total: 14.596,8 €

En definitiva, sumando las prestaciones contributivas que pudiera percibir durante 24 meses, más el subsidio asistencial al que hubiera tenido derecho durante 30 meses, perdería 11.511,3 € por trabajar 6 meses a tiempo parcial.

Para estos casos, la profesora ROQUETA aconseja que el trabajador «lo que debe hacer es pedir el reconocimiento de la prestación por desempleo por la pérdida del primer empleo, deduciéndose del importe de la prestación a que tenga derecho la parte proporcional al tiempo trabajado en el segundo (art. 15.2 RPD)»²⁰.

La base reguladora del desempleo, por tanto, no se amplía temporalmente en caso de que el trabajador sea a tiempo parcial, aplicando la misma regla que si se tratara a tiempo completo: los últimos 180 días.

Ahora bien, sí se modaliza respecto del importe de las bases de cotización, lo que perjudica al asegurado, pero es coherente con el principio de contributividad. Ello ocurre tanto respecto del nivel contributivo como el asistencial. En efecto, como es lógico, las bases de cotización (por contingencias profesionales) que se tomen, reflejaran el importe de la retribución, y si ésta es proporcional a la jornada, la cotización reflejará esa circunstancia. Y también se adecuan a la proporcionalidad los topes máximos y mínimos del desempleo, calculándose en función de las horas trabajadas²¹.

²⁰ ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

²¹ ROQUETA BUJ precisa, con buen criterio, que «el tope mínimo general fijado en atención a la jornada a tiempo completo se ajusta a la jornada reducida que cada uno de los trabajadores a tiempo parcial realiza, lo que permite que éstos y sus empresarios coticen por debajo de aquel valor general. Y es que, de no ser así, los contratos de trabajo a tiempo parcial estarían sometidos a una presión contributiva desproporcionada y, consiguientemente, resultarían penalizados. Ahora bien, como quiera que el tope mínimo horario se cuantifica tomando como referente la jornada máxima legal y no la jornada habitual del sector de actividad de que se trate, las bases mínimas mensuales de los trabajadores a tiempo parcial encuadrados en sectores de actividad que tengan una jornada anual inferior a la máxima legal resultarán comparativamente más reducidas que las de los trabajadores a tiempo completo encuadrados en el mismo sector de actividad» (ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015).

En el caso de los subsidios asistenciales, tradicionalmente tenían el mismo importe fuera cual fuese la jornada de la última relación laboral, percibiéndose siempre el importe íntegro. Sin embargo, tras el RDL 20/2012, se introdujeron en nuestro Ordenamiento la figura de los subsidios parciales, de forma que si el último contrato del trabajador es a tiempo parcial, el subsidio no se cobrará íntegro, sino reducido en la misma parcialidad. Esto se aplica a todos los subsidios asistenciales salvo para los más infrecuentes: emigrantes retornados, liberados de prisión, y revisión de incapacidad.

Si el trabajador hubiese tenido distintas parcialidades, hay que diferenciar dos supuestos:

- a) Si los contratos son independientes unos de otros (contratos con distintas empresas, o bien con la misma pero distintas funciones), se cobrará el subsidio en función del porcentaje de horas trabajadas en el último de los contratos.
- b) Si los contratos no son independientes, sino que el trabajador ha estado trabajando para una misma empresa con distinta parcialidad (unos meses a jornada completa, otros a media jornada), se hace una media ponderada y en función de esa jornada media

2. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL

Las reglas que hemos analizado para el cómputo del período cotizado a efectos del período de carencia y de la duración del desempleo, tienen en cuenta –como hemos expuesto– el número de días de trabajo efectivo, no el número de horas. Por ello, si comparamos dos trabajadores que presten una jornada mensual idéntica en número de horas, pero en un caso repartida en más días, nos encontraremos con una mejor protección para que el presta servicios más días. Es lo que se ha llamado desigualdad entre las modalidades «horizontal» y «vertical» del contrato a tiempo parcial en orden a la acreditación de los períodos de ocupación cotizada²², que tendrá consecuencias tanto en orden al período de carencia como de la duración de la prestación por desempleo.

Con un ejemplo veremos más claramente las consecuencias que para un trabajador puede tener su distribución de la jornada, trabajando un mismo número de horas: 16 a la semana (64 al mes).

DISTRIBUCIÓN	Parcial horizontal (4 días semanales, 4 horas cada día)	Parcial vertical (2 días a la semana, 8 horas cada día)
HORAS	64 al mes/16 a la semana	
DÍAS SEMANA	4 (4 horas día)	2 (8 horas día)
VIDA LABORAL COTIZADA	Semana: $4 \times 1,4 = 5,6$ Mes: 22,4 días cotizados Año: 268,8 días	Semana: $2 \times 1,4 = 2,8$ Mes: 11,2 días Año: 134,4 días

²² ROQUETA BUI, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

La jurisprudencia también ha abordado la problemática de las personas que concentran en unos meses toda su vida laboral anual, y se prorratea la cotización todo el año (supuesto típico de trabajadores jubilados parcialmente y que acumulan la jornada)²³, indicando que «el artículo 210 LGSS se expresa en términos claros y categóricos al referirse a “ocupación cotizada”, por lo que no vale, simplemente, con el hecho de la cotización –que en este caso se mantiene, ciertamente, prorrateada durante todo el año– sino que es preciso el hecho de trabajo efectivo realizado». Por ello, y teniendo en cuenta cual es la razón que legitima la percepción de la prestación de desempleo, que no es otra que la pérdida del trabajo u ocupación laboral, obviamente «solo ha de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año».

En todo caso, es evidente que el caso de trabajo a tiempo parcial vertical se produce un trato desigual y más desfavorable en el cálculo de la vida laboral cotizada, perjudicando el acceso al derecho, y la duración de la prestación a percibir, aún realizando un similar esfuerzo contributivo de un supuesto comparable de trabajo a tiempo parcial horizontal («sobre todo a los que, en alguno o todos los días de trabajo, sobrepasan la jornada ordinaria diaria»²⁴). No hay coincidencia entre el número de días asegurados y la vida laboral cotizada, ya que lo que prima es el número de días en los que se hace el trabajo efectivo (más el coeficiente del 1,4 para añadir los correspondientes al descanso).

Ahora bien, hay una regla que sí se modaliza para el trabajo parcial vertical, beneficiándolos respecto de los horizontales, y es qué período se toma en cuenta para su base reguladora. En cierto modo, «se viene a compensar la mayor dificultad en el acceso y duración de las prestaciones por desempleo»²⁵ con este otro modo de calcular la cuantía. Es una cuestión importante, porque con la reforma prevista por el Gobierno pasaría a aplicarse el régimen común, lo cual les perjudicaría. De hecho, la justificación de que la reforma propuesta tendría un efecto “neutro” desde un punto de vista económico reside precisamente en esto, en que aunque se va a facilitar el acceso y ampliar la duración, la base reguladora se calculará en un período temporal menor, lo cual redundará en una reducción del importe de la prestación.

En efecto, actualmente el cálculo de la base reguladora del desempleo en caso de parcialidad vertical se hace como sigue. Antes de la STJUE, se tomaban 180 días cotizados dentro del período de ocupación cotizada; y tras ella, al cambiar la forma de calcular el período cotizado, los 180 días naturales anteriores. Ello es así porque el artículo 270 LGSS señala que “La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior”. Y el apartado 1 del artículo anterior se refiere al período de ocupación cotizada (y la duración de la prestación). Por tanto, si se modifica la forma de calcular el período de ocupación cotizada, automáticamente se cambia

²³ SSTs de 13 de febrero de 2007, 16 de marzo de 2007 y 17 de abril de 2007.

²⁴ ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

²⁵ ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

el modo de calcular la base reguladora, estando a los 180 días inmediatos de trabajo efectivo, y no a los 180 días naturales anteriores.

Veamos, con un ejemplo, cómo se calculaba antes de la STJUE de noviembre de 2017. Un trabajador a tiempo parcial tiene un contrato vigente durante 371 días, prestando servicios 3 días semanales:

- a) En primer lugar, calculábamos el período de ocupación cotizada. Al tener un contrato durante 371 días, sería:
 - Calculamos las semanas: 371 dividido entre 7 días, es igual a 53 semanas
 - Calculamos los días cotizados: 53 semanas por 3 días cotizados cada semana, es igual a 159 días
 - Le sumamos la parte correspondiente a descansos: 159 por 1,4, es igual a 223 (222,6) días cotizados
- b) Calculamos la base reguladora
 - 371 días componen el período de duración del contrato, de los que 223 se consideran como cotizados. Por tanto, hay que ver qué parte de esos 223 corresponden a 180. Para ello, se sigue una regla de tres: Si a 223 le tomamos 180, al período natural de 317 le debemos tomar X, que en este caso es 300.
La base reguladora estará compuesta por las cotizaciones de los últimos 300 días ($371 \times 180 / 223$, es igual a 300).

Al ampliar el período integrante de la base reguladora por encima de 180 días, se consiguen incluir 180 días efectivamente cotizados. Si nos hubiéramos quedado con los importes cotizados en los últimos 180 días naturales, muy probablemente el importe tomado como base reguladora sería menor.

3. LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017, ASUNTO C-98-15, *ESPADAS RECIO*

Se trata de un supuesto²⁶ que tiene su origen, una vez más, en una Cuestión Prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona al TJUE, al

²⁶ Se trata de una limpiadora que durante algo más de catorce años (desde el 23 de diciembre de 1999 al 29 de julio de 2013, es decir, 5.121 días de fecha a fecha), presta servicios durante dos horas y media tres días a la semana (lunes, miércoles y jueves), y cuatro horas el primer viernes de cada mes, lo que da un total de 1.387 días efectivamente cotizados. Finalizada su relación laboral, y solicitada la prestación, el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) le reconoce una prestación por un período de 120 días. Presentada reclamación previa solicitando la máxima duración (720 días), el SEPE estima parcialmente la reclamación, reconociéndosele una prestación de 420 días de duración.

Para establecer esta duración de 420 días, el SPEE se basó en que, con arreglo al artículo 210 de la LGSS, en combinación con el artículo 3, apartado 4, del RD 625/1985, en caso de trabajo a tiempo parcial, si bien la duración de la prestación por desempleo se determina en función de los días de cotización en los seis años (...)

considerar que los trabajadores a tiempo parcial en distribución vertical experimentan una doble penalización con respecto a los “horizontales”: “en un primer momento, el menor salario mensual por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo de un importe proporcionalmente inferior y, después, se reduce la duración de esta prestación, puesto que sólo se tienen en cuenta los días trabajados, mientras que el período de cotización es más amplio”. El Juzgado de lo Social considera que la cotización mensual se realiza en función del salario percibido por la persona trabajadora por cada mes completo, y no por horas o días en que se haya prestado servicios, por lo que “no se toman en consideración en su totalidad para determinar la duración de la prestación por desempleo”.

La Cuestión Prejudicial se centra en plantear si hay discriminación el excluir los días no trabajados, “a pesar de haberse cotizado por los mismos”, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial “vertical”, al afectar a una proporción “mucho mayor de mujeres que de hombres”, analizando si se vulneran:

- a) La Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 (en lo sucesivo, «Acuerdo Marco»), 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 (DO 1998, L 14, p. 9)
- b) Artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Respecto de los dos instrumentos comunitarios examinados, considera que solo se ve vulnera el artículo 4 de la Directiva 79/81/CE²⁷, pero no el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial (precepto que ya en 2010 sirvió al TJUE para pronunciarse sobre la discriminación entre trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal)²⁸, dado que no es aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la controvertida en el litigio

anteriores, sólo debían tenerse en cuenta los días efectivamente trabajados, en este caso 1.387, y no los seis años de cotización en su conjunto.

Frente a la resolución que le reconoce una duración de 420 días, y al estimar que se tenía que haber considerado como cotizados los últimos seis años, la Sra. Espadas Recio presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona para impugnar las liquidaciones individuales efectuadas por el SPEE.

²⁷ El artículo 4 de la Directiva 97/7/CEE establece: «El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

²⁸ En la STJCE de 10 de junio de 2010 (asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08) se declaró que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico (personal de cabina de una compañía aérea), conduce a excluir los períodos no trabajados al calcular la antigüedad requerida a fin de adquirir el derecho a una pensión de jubilación, mientras que los trabajadores a tiempo parcial horizontal y los que trabajan a tiempo completo no están sometidos a dicha regla, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

principal²⁹. Llega a esta conclusión apoyándose en la Jurisprudencia del TJUE, que –por un lado– ha declarado “que del preámbulo del Acuerdo Marco se desprende que éste tiene por objeto «las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, reconociendo que las decisiones relativas a los regímenes legales de seguridad social son competencia de los Estados miembros»”³⁰. Y –por otro lado– indica que están comprendidas en el concepto de «condiciones de empleo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del mencionado Acuerdo Marco, las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de seguridad social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social³¹.

Por tanto, se centra en la Directiva 79/81/CEE. Al respecto, el TJUE (asumiendo la tesis de la abogada general)³², considerando que la normativa española provoca una diferencia de trato no justificada, y por consiguiente discriminatoria (indirecta), por razón de sexo, en cuanto que una norma aparentemente neutra provoca un efecto negativo sobre las mujeres, perjudicando «de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres»³³. Los datos estadísticos son clave en la resolución del litigio, y de hecho recuerda que en otro supuesto controvertido (el asunto *Cachaldora Fernández*)³⁴ no apreció discriminación precisamente al no apoyarse en una «información estadística irrefutable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial» y porque en ese otro caso «la medida en cuestión tenía efectos aleatorios, puesto que para determinados trabajadores a tiempo parcial, grupo supuestamente desfavorecido por dicha medida, su aplicación podía incluso suponer una ventaja».

Considera que una medida de esta naturaleza es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Cosa que no considera probada en este caso, al desestimar los argumentos del Gobierno español, que justificaba la diferencia de trato por el principio de “cotización al sistema de seguridad social”, “dado que el derecho a la prestación por desempleo y la duración de ésta están en función únicamente del período durante el cual un

²⁹ La cláusula 4, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco dispone lo siguiente:

«1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*.»

³⁰ Se apoya en este punto en la sentencia de 14 de abril de 2015, *Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, apartado 36.

³¹ Remitiéndose a las Sentencias de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 21, y de 14 de abril de 2015, *Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, apartado 37.

³² Una comparativa entre en las conclusiones -presentadas el 16 de marzo- y el Fallo, en ROJO TORRECILLA, E., «Mayor protección por desempleo para quienes trabajan a tiempo parcial. Discriminación (por razón de sexo) de los trabajadores part-time vertical. Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15)»

<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/11/mayor-proteccion-por-desempleo-para.html>.

³³ Reitera en este punto jurisprudencia contenida en Sentencias de 20 de octubre de 2011, *Brachner*, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 56 y jurisprudencia citada, y de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 29.

³⁴ Sentencia de 14 de abril de 2015, *Cachaldora Fernández* (C-527/13, EU:C:2015:215). Sobre la misma, nos remitimos a MALDONADO MOLINA, J.A., «La Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial», en VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 478 y 479; PANIZO ROBLES, J.A., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional están de acuerdo: la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones en supuestos de tiempo parcial no es discriminatoria (STJUE de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13)”, *RTSS, CEF.*, abril 2015.

trabajador ha trabajado o ha estado inscrito en el sistema de seguridad social, para respetar el principio de proporcionalidad es necesario tener en cuenta sólo los días realmente trabajados”. Advierte el Tribunal que «aunque incumbe en última instancia al órgano jurisdiccional nacional apreciar si este objetivo es efectivamente el que persigue el legislador nacional, basta señalar que la medida nacional controvertida en el litigio principal no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo».

El Tribunal, recordando lo argumentado por la abogada general, concluye que «un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones», y «Por tanto, con respecto al primero de estos dos trabajadores, es manifiesto que no se garantiza la correlación alegada por el Gobierno español».

A continuación el TJUE sugiere apoyándose en «las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente», cuáles serían los factores que si se tuvieran en cuenta sí permitirían «garantizar, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial vertical, las autoridades nacionales tuvieran en cuenta otros factores, como por ejemplo el período de tiempo durante el cual estos trabajadores y sus empresarios han cotizado, el importe total de las cotizaciones abonadas o el total de horas de trabajo», al ser factores que sí «se tienen en cuenta en lo que se refiere a todos los trabajadores cuya jornada de trabajo se estructura de manera horizontal, independientemente de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial».

En resumen, la norma que se considera vulnerada es la Directiva 79/7CEE. Respecto de ella, declara que 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.

4. EL PROYECTO DE REAL DECRETO. CONSIDERACIONES AL RESPECTO. UNA DE CAL Y UNA DE ARENA

4.1. Consideraciones generales

A la vista de la Sentencia, el Servicio Público de Empleo Estatal la Abogacía del Estado solicitó a la Abogacía del Estado informe sobre diversos aspectos relacionados con la aplicación de la Sentencia, entre ellos, la necesidad de modificar el Real Decreto 625/1985. Dicho Informe concluyó que era inevitable modificar el artículo 3.4 RD 625/1985 en lo relativo al cómputo del período de ocupación cotizada, ya que computar cada día trabajado como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la

jornada, y es precisamente lo que ha sido declarado contrario al ordenamiento comunitario mediante la Sentencia del TJUE³⁵.

Ante ello, el Gobierno presentó el 28 de enero de 2018 un borrador de Real Decreto en el que se modifica el cómputo del período de ocupación cotizada en el supuesto concreto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial en los que no se ha prestado servicio durante todos los días laborables del contrato, a efectos del acceso a las prestaciones por desempleo, determinación de su duración y, en su caso, de la cuantía.

No es una reforma que vaya más allá de lo exigido por la Sentencia, y lo hace equiparando trabajo a tiempo parcial en modalidad vertical y horizontal. El borrador va acompañado de una Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo del Real Decreto por el que se modifica el RD 625/1985. En él se señala que «se estima que, en línea con el argumento central de la Sentencia, la mejor forma de garantizar que se aplica el mismo criterio para el cómputo de la ocupación cotizada a efectos de determinar el período mínimo exigible para el acceso a las prestaciones por desempleo o la duración de estas, con independencia de que el trabajo se haya realizado a tiempo parcial “horizontal” o “vertical”, consiste en hacer constar expresamente dicha circunstancia en el texto del artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985».

Con esta modificación lo que prima es el período asegurado, prescindiendo del número de días de trabajo efectivo (la duración del contrato, frente a la duración de la jornada), consiguiendo que haya un trato idéntico para el trabajo parcial horizontal o vertical. Es una igualación al alza, tomando como referente lo previamente aplicable a los trabajadores parciales horizontales, que insistimos es un régimen mucho más favorable que el que se aplica al cálculo de la vida laboral para las pensiones. El TJUE lo que demanda es la equiparación, equiparación que no podría haber supuesto un tratamiento peor que el de la situación precedente (siguiendo los principios del Derecho de la Unión). En este sentido, en el plano teórico se podría haber optado por una vía restrictiva, modificando el artículo 246 LGSS que señala que la base de cotización será siempre mensual en caso de trabajo parcial, y ampliando el campo objetivo del artículo 247 relativo al cómputo de los períodos de cotización, extendiéndolo al desempleo (derogando el artículo 3.4 RD 625/1985), reformas con las que se hubiera aplicado el régimen previsto ya para las demás prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial al desempleo. El Ministerio indica en la Ficha del Resumen Ejecutivo, en el apartado a “principales alternativas consideradas”, que “No existen alternativas”. Por tanto, no se plantearon otros escenarios, asumiendo que la equiparación con el trabajo parcial horizontal es la única opción (excluyendo tácitamente la restrictiva por el peligro de que fuese contraria al Derecho de la Unión). Pero no va más allá de esa problemática, desaprovechando la ocasión para introducir cambios que resolvieran otras

³⁵ El Informe de la Abogacía del Estado, emitido el 22 de noviembre de 2017, señala «no parece posible evitar la modificación de la norma reglamentaria mediante la aplicación al supuesto consultado del principio de interpretación conforme del derecho comunitario que permitiría, tomando en consideración los métodos interpretación acogidos en nuestro Derecho interno, alcanzar una solución que garantice la plena efectividad del Derecho de la Unión, ya que el artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985 es el que recoge expresamente que cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada, y es precisamente este cómputo el que ha sido declarado contrario al ordenamiento comunitario mediante la Sentencia del TJUE.».

disfunciones existentes para la modalidad horizontal, que en buena medida deriva de que se tome para su base reguladora el mismo período temporal que para el trabajo a tiempo completo (a diferencia de los demás subsidios de nuestro Sistema, que lo amplían).

Aparentemente, esa reforma podría parecer positiva (sobre todo comparando con las reglas que operan para el resto de prestaciones, en las que la vida cotizada se haya en proporción a la jornada). Sin embargo, el cálculo de la base reguladora en el desempleo de los trabajadores parciales de tipo horizontal se hace sobre los 180 últimos días naturales, lo cual supondrá un importante “hándicap” para la modalidad vertical (que hasta ahora usaba para el cálculo de la BR los últimos 180 días cotizados, permitiendo ampliar el período temporal a considerar por encima de los 180 días naturales. Ello se traducirá en que sus bases sean más reducidas, y en consecuencia los importes de su prestación también.

En efecto, el que no se corrijan las reglas negativas preexistentes (cálculo de la base reguladora) de la modalidad horizontal no es un tema ajeno a esta reforma. En efecto, al equipararse las dos modalidades, la vertical pasará a calcular su importe por esas reglas perniciosas, de modo que lo que consiguen estos trabajadores por un lado (mejor fórmula para el cálculo del período cotizado y la duración), lo van a perder por otro (peor fórmula para el cálculo de la cuantía).

Tan es así, que en la Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo, a la hora de ponderar los efectos económicos de extender las reglas a los casos de parcialidad vertical, se concluye que “previsiblemente” va a tener un impacto económico «neutro», y eso porque aunque vaya a facilitar el acceso y aumentar la duración de la prestación, eso se compensa con una menor cuantía derivada de fijar en los últimos 180 días naturales el período que se usará para calcular la base reguladora (período que hasta ahora se ampliaba por encima de los días naturales poder considerar 180 días cotizados)³⁶. Y es que, como hemos expuesto anteriormente, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial vertical, la base reguladora no se integraba por las cotizaciones de los 180 últimos días naturales, sino por 180 días cotizados dentro del período de ocupación cotizada (regla que podía dar lugar a que se sumasen las cotizaciones acreditadas en un período de 300 días).

Una reforma que viene obligada por existir discriminación indirecta por razón de género, se solventa equiparando formalmente las dos modalidades de trabajo a tiempo parcial, pero consciente de esa equiparación va a reducir la intensidad protectora de los que eran agraviados (los de la modalidad vertical), considerando que será “neutral” en lo económico, lo que explica la rapidez con la que se ha tramitado esta reforma, sin buscar otras alternativas a la propuesta. Si hay que equiparar, se equipara, para lo bueno y lo malo, parece pensar el Ministerio.

³⁶ En concreto, señala que son tres los efectos de esta reforma:

- «1.º Favorece el acceso a la prestación por desempleo o al subsidio por regulado en el artículo 274.3 LGSS al facilitar la acreditación del período mínimo de cotización exigible para obtener el derecho.
- 2.º Incrementa la duración de la prestación contributiva por desempleo al tener en cuenta como de ocupación cotizada los días en los que no ha habido prestación de servicios dentro de la vigencia del contrato de trabajo.
- 3.º Disminuye la base reguladora de la prestación calculada conforme a lo dispuesto en el artículo 270 LGSS ya que dicho indicador se obtiene de la cotización efectuada en los 180 últimos días tenidos en cuenta para el cálculo de la duración del derecho, que ahora se calcula sobre un período inferior.»

El Ministerio de Empleo afirma que dicha reforma será “neutral” en cuanto a su impacto económico, ya que las mejores condiciones que atribuye a los trabajadores a tiempo parcial “vertical” (a saber, más días como cotizados en orden al período de carencia y la duración), se verán compensados por una reducción de la cuantía de su desempleo. “Las que entran por las que salen”, como diría el pastor. Una de cal, y una de arena. Pero una reforma en tal sentido, en la que formalmente se equiparan a las modalidades horizontal y vertical del trabajo parcial, pero los términos de la equiparación hacen pierdan las reglas que adecuaban el cálculo de su base reguladora, frustra el sentido del Fallo de la STJUE de 9 de noviembre, que no era otro que el realizar un trabajo a tiempo parcial vertical no supusiera un perjuicio para quien lo presta frente al trabajo horizontal.

Hechas estas reflexiones generales, pasamos al análisis del texto presentado por el Ministerio, estudio que realizaremos diferenciando los dos párrafos del artículo 3.4 RD 625/1985 que modifica. Y haremos nuestras propias propuestas de cómo debería haberse reformado si no se hubiera quedado en una equiparación formal, sino sustancial, evitando que lo que se consigue por un lado se pierda por el otro.

4.2. Primer párrafo: para el cálculo del período de ocupación cotizada, no se estará a los días trabajados, sino a la duración del contrato

El artículo 3.4 RD 625/1985 dispone que «Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada».

Frente a ello, el borrador de Proyecto presentado (en lo que sería un primer párrafo del artículo 3.4 del RD 625/1985), proponiendo la siguiente redacción:

“4. Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período correspondiente a la duración del contrato con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.”

Esta redacción debe ser valorada positivamente en lo relativo al acceso y a la duración de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, porque el elemento determinante no será el número de días efectivamente trabajados (como ocurría hasta ahora con los de modalidad vertical –menos de cinco días semanales–), ni el número de horas que suman un día (como ocurría para las pensiones hasta agosto de 2013), ni el coeficiente de parcialidad (como ocurre ahora para las pensiones), sino que directamente se da por cotizado todo el período que comprende la relación laboral, toda la duración de su contrato. El período de ocupación cotizada abarcará toda la vigencia del contrato.

Solo tiene un inconveniente, como hemos adelantado, y son las consecuencias que dicha regla presentan respecto del cálculo de la base reguladora. Ello es así porque el artículo 270.1 LGSS indica que la BR será el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos ciento ochenta días “del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior”,

que es el que habla del período de ocupación cotizada a efectos del acceso y duración. Pues bien, respecto de ello hay que hacer dos consideraciones críticas:

- Por un lado, que no se solventa la problemática que había con los trabajadores a tiempo parcial modalidad “horizontal”, relativa a que solo se examinaban los períodos de ocupación cotizada de los últimos 180 días, lo que podía acarrear minoración del importe para los casos de trabajadores que procedieran de un contrato a jornada completa, y en los últimos meses optaran por un contrato a tiempo parcial (ver el ejemplo expuesto en el apartado 1.3. La cuantía del desempleo en el trabajo a tiempo parcial horizontal).
- Por otro, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial modalidad “vertical”, ya que como su período de ocupación cotizada pasa a calcularse igual que los de modalidad “horizontal”, su base reguladora será la suma de lo cotizado en los últimos 180 días naturales. Antes de la reforma el período se ampliaba al extenderse hasta 180 días realmente cotizados. Pero como ahora se dan por cotizados los 180 últimos naturales (aunque realmente no se hayan cotizado), en ese corto espacio de tiempo es muy posible que las cotizaciones realizadas sean escasas, lo previsible es que los importes de las prestaciones se verán mermados considerablemente. Siempre quedará la red de seguridad de los importes mínimos del desempleo, pero recuérdese que ese importe se ajusta a la parcialidad del contrato³⁷ (a diferencia de lo que ocurre con las pensiones mínimas).

Por ello, consideramos que hubiera sido deseable la introducción de una regla que solvente ambos problemas conjuntamente. Así, proponemos que se posibilite optar por una base reguladora más amplia que la que le correspondería de 180 días (siguiendo la fórmula que se introdujo para la pensión de jubilación con la Ley 27/2011)³⁸, en el sentido de que el interesado puede ver calculada su base reguladora conforme a la regla que le resulte más favorable de las dos siguientes:

- Bien del promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 180 días naturales (regla general)
- Bien el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 360 días naturales (que es el mínimo exigido, como se sabe, para acceder a la cobertura) (sería una regla especial a la que podrían recurrir este tipo de trabajadores si les fuese más beneficioso)

³⁷ El artículo 270.3 LGSS 2015 señala que «En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho periodo».

³⁸ Actual número 4 de la Disposición Transitoria Octava LGSS 2015.

Con ello:

- se introduciría un factor corrector de la parcialidad (al igual que ocurre con otros subsidios del sistema, que en caso de parcialidad amplían el período para el cálculo de la BR), adecuando las reglas a los trabajos a tiempo parcial, y en última instancia evitando que el trabajar a tiempo parcial tuviera efectos negativos en su protección social, dado que tales efectos negativos tienen una clara perspectiva de género, que es la filosofía del TJUE y del TC.
- se reforzaría el principio de contributividad en el sentido de ampliar el período a tener en cuenta, lo que permite que el importe de la prestación sea más fiel reflejo de lo cotizado en el último año, en la línea que sostiene el Pacto de Toledo.
- se conseguiría un trato igual para trabajadores a tiempo parcial con dedicación “horizontal” o “vertical”.

Esto exigiría una reforma, que diera a los siguientes preceptos la redacción que a continuación se indica (como propuesta *lege ferenda*):

- Artículo 248.1 d) LGSS: «La base reguladora de la prestación por desempleo se calculará conforme a lo previsto en el artículo 270»
- Artículo 270.1, párrafo 3º LGSS: «En el supuesto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial, para determinar los períodos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo, se obtendrá el promedio de la base por contingencias profesionales durante los últimos trescientos sesenta días, salvo que resulte más favorable la que hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero».
- Artículo 4 RD 625/1985 (añadiendo un nuevo número 4), que podría redactarse del modo siguiente «En el supuesto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial, para determinar los períodos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo, se obtendrá el promedio de la base por contingencias profesionales durante los últimos trescientos sesenta días o los últimos ciento ochenta, debiendo estar a la que le resulte más favorable».

4.3. Segundo párrafo: exclusión de los períodos de inactividad de los fijos discontinuos

Tras esa regla principal, se propone añadir un segundo párrafo en el que se aclara que lo anterior no será de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos, cuyos períodos de inactividad no podrán ser, en consecuencia, considerados como cotizados a efectos del desempleo. Así, señala:

“Se excluyen de dicho cómputo los períodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.”

Recordemos que el artículo 267.1.d) LGSS señala que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores «Durante los periodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas». Por tanto, no solo se refiere a los fijos discontinuos regulados por el artículo 12 ETT, sino también a los del artículo 16 ETT (al que no se repita en fechas ciertas).

Al respecto, la Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo indica que se trata de “los períodos que aun estando comprendidos dentro de la duración de un contrato a tiempo parcial no pueden ser computados”, añadiendo que “Es obvio que la consideración legal de dichos periodos como de desempleo impide que puedan contabilizarse como días de ocupación cotizada, máxime cuando durante los mismos pueden percibirse las prestaciones por desempleo”.

Ciertamente la situación de un trabajador fijo discontinuo es muy distinta –en lo que atañe a su aseguramiento– a la de alguien que preste servicios solo unos días a la semana o la de un trabajador que acumule la jornada en una parte del año (como puede ocurrir con un trabajador jubilado parcialmente)³⁹. En estos casos, se mantiene el alta durante toda la vigencia del contrato, y la cotización se liquida mensualmente, con independencia de que haya o no actividad⁴⁰. Sin embargo, en los fijos discontinuos solo se mantiene el alta y la cotización mientras hay actividad, pasando a la situación asimilada al alta durante la inactividad⁴¹, acreditándose la situación legal de desempleo presentando copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y la comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción⁴².

Por tanto, es una exclusión que consideramos razonable, ya que sería un contrasentido considerar como “período de ocupación cotizada” un “período de inactividad sin cotización”, en el que de cara al desempleo se considerara cotizado, dando lugar a que generara derecho al desempleo por periodos temporales en los que no hay trabajo, y así de forma continua durante todo el año, hasta el punto de que se concatenarían de forma ilimitada prestaciones por desempleo.

³⁹ Sobre la problemática de tal acumulación en caso de que se realice en periodos superiores al año, nos remitimos a MALDONADO MOLINA, J.A., «La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 418, 2018.

⁴⁰ El artículo 65.3 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, fija reglas de prorrateo de la cotización para los supuestos de trabajo concentrado. La Orden de cotización anual desarrolla el artículo 65.3 RD 2064/1995, señalando que “la base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año”, y a continuación “el importe obtenido se prorrateará entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate, determinándose de este modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de ellos, que no podrá ser inferior al importe de las bases mínimas establecidas para los trabajadores a tiempo parcial, y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegramente en los periodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o período inferior respectivo”.

⁴¹ El artículo 2.2 del RD 625/1985 indica que se considera situación asimilada al alta a efectos del desempleo la falta de llamamiento de los fijos discontinuos, pasando a percibir la prestación por desempleo que les corresponda en caso de cumplir los requisitos exigidos.

⁴² Artículo 1.5 RD 625/1985.

Con la actual regulación, el trabajador fijo discontinuo que no sea llamado por el empleador, se encontraría en situación legal de desempleo, pudiendo solicitar la prestación en caso de reunir el período de carencia exigido (si lo estima conveniente, ya que es posible que opte por acumular períodos de ocupación cotizada para acceder a un futuro desempleo de mayor duración; o confiar en que los futuros contratos le permitan acreditar unas bases de cotización de importe mayor y así poder lucrar una prestación de importe más alto).

5. CONCLUSIONES

- El cómputo de los períodos cotizados para el desempleo generaba un trato desigual en las modalidades horizontal y vertical del trabajo a tiempo parcial, ya que al computar como cotizados solo los días de trabajo efectivo, aquellas personas que acumulaban horas de trabajo en menos días veían reconocida una menor carrera de seguro que los que distribuían las mismas horas en más días. Económicamente suponía un trato difícil de comprender, aunque podía encontrar sentido en el hecho de que con la figura del “período de carencia” lo que prevalece es el tiempo asegurado, y si éste equivalía con los de trabajo efectivo, era razonable que solo computaran los días efectivamente trabajados. Pero realmente no era así en todos los extremos, porque la situación de alta (que es lo que permite estimar un período como “asegurado”), se mantenía durante toda la vigencia del contrato; y las cotizaciones no se realizaban solo en atención a los días trabajados, sino mensualmente.
- Este contrasentido, unido a la perspectiva de género, ha dado lugar a que –nuevamente– una Cuestión Prejudicial ante el TJUE vuelva a forzar un cambio legislativo en nuestro país. Se recurre, una vez más, a la discriminación indirecta por motivo de género, y otra vez para los trabajadores a tiempo parcial, aunque en este caso en orden al desempleo. El TJUE no aprecia factor objetivo que justifique el trato diferencial entre los que prestan servicios parcialmente de tipo vertical con la horizontal, sin que pueda fundarse tal discriminación en el principio de contributividad. La estadística vuelve a ser el elemento determinante, de forma que en realidad la norma nacional preexistente no es objetivamente discriminatoria, sino subjetivamente, cuando el número de mujeres afectadas es relevante.
- El Gobierno ha acometido la reforma del cómputo del período de ocupación cotizada en orden al desempleo, eliminando la diferenciación entre las modalidades horizontal y vertical del trabajo parcial. Para ello se toma –en ambos casos– la duración del contrato, con independencia de la jornada y de los días de trabajo efectivo, de modo que se consideran como cotizados todo el tiempo de vigencia del contrato. Se calculará como se hacía para la modalidad horizontal del trabajo parcial. Aparentemente, eso es positivo (sobre todo comparando con las reglas que operan para el resto de prestaciones, en las que la vida cotizada se haya en proporción a la jornada). Sin embargo, el cálculo de la base reguladora en el desempleo de los trabajadores parciales de tipo horizontal se hace sobre los 180 últimos días naturales, lo cual supondrá un importante “hándicap” para la modalidad vertical (que hasta ahora usaba para el cálculo de la BR los últimos 180 días cotizados, permitiendo ampliar el período temporal a considerar por encima de los 180 días naturales. Ello se traducirá en que sus bases sean más reducidas, y en consecuencia los importes de su prestación también.

- El Ministerio de Empleo es plenamente consciente de esa circunstancia, abordando la reforma sin presiones económicas, afirmando que dicha reforma será “neutral” en cuanto a su impacto económico, ya que las mejores condiciones que atribuye a los trabajadores a tiempo parcial “vertical” (a saber, más días como cotizados en orden al período de carencia y la duración), se verán compensados por una reducción de la cuantía de su desempleo. “Las que entran por las que salen”, como diría el pastor. Una de cal, y una de arena.
- Una reforma en tal sentido, en la que formalmente se equiparan a las modalidades horizontal y vertical del trabajo parcial, pero los términos de la equiparación hacen pierdan las reglas que adecuaban el cálculo de su base reguladora, frustra el sentido del Fallo de la STJUE de 9 de noviembre, que no era otro que el realizar un trabajo a tiempo parcial vertical no supusiera un perjuicio para quien lo presta frente al trabajo horizontal.
- Por todo ello, proponemos una reforma alternativa, en la que se posibilite optar por una base reguladora más amplia que la que le correspondería de 180 días, en el sentido de que el interesado puede ver calculada su base reguladora conforme a la regla que le resulte más favorable de las dos siguientes: bien del promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 180 días naturales (regla general); bien el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 360 días naturales (que es el mínimo exigido, como se sabe, para acceder a la cobertura)(sería una regla especial a la que podrían recurrir este tipo de trabajadores si les fuese más beneficioso).

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

Fraude a la Seguridad Social por elusión de pago de cuotas en la
doctrina judicial.
Sentencia 657/2017 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, de 05.10.2017
Social security fraud by tax avoidance in judicial doctrine.
Judgment 657/2017 of the Supreme Court, Second Criminal
Chamber, of 5th October 2017

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

DIEGO MOZA MARTÍNEZ

PROFESOR AYUDANTE DOCTOR

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Resumen

El esencial papel de la doctrina judicial en la interpretación de los preceptos penales, se hace especialmente relevante tras las numerosas reformas legislativas introducidas en los últimos años en el Código penal español. El fraude a la Seguridad Social, modificado por la LO 7/2012, es un buen ejemplo de ello. En este trabajo se analiza una de las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre el artículo 307 que resulta de especial importancia puesto que, además de examinar cuestiones como la acción típica y el sujeto responsable, profundiza en la cuestión de la ley penal aplicable en los supuestos de fraude cometido antes y después de la reforma.

Abstract

The main role of judicial doctrine in the interpretation of criminal provisions becomes especially relevant after the many legislative reforms applied to the Spanish Criminal Code in recent years. The social security fraud, modified by the Organic Law 7/2012, is a good example of this fact. This research analyses one of the latest judgments of the Supreme Court about Article 307, which is particularly important as, apart from analysing matters such as *actus reus* or person responsible, it goes deeply into the matter of criminal law applicable in the event of fraud committed before and after the reform.

Palabras clave

fraude; Seguridad Social; artículo 307; ley penal aplicable

Keywords

Fraud; social security; Article 307; criminal law applicable

1. INTRODUCCIÓN

No es necesario ponderar, porque no se pondera lo obvio, la relevancia que para la interpretación de la ley penal tiene la doctrina judicial: en un ámbito de absoluta vigencia del principio de legalidad, el juzgador, tanto como el estudioso, tiene limitado su ámbito de autonomía interpretativa por la dicción literal de la norma. Pero los contenidos y alcance de la norma penal no se presentan con la simplicidad pretendida por el inicial impulso codificador.

Hoy no se puede pretender, con MONTESQUIEU, que el juez penal sea la boca por la que habla la ley. En efecto, a los elementos típicos puramente descriptivos –“*los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos*”¹– que tradicionalmente han servido para criminalizar las conductas de matar, violar o calumniar, los Códigos penales actuales añaden otros, de naturaleza normativa, presentes expresamente en el tipo penal o, al menos, en la ley penal, pero también dispersos en otras normas, de distinto rango: Derecho supranacional, leyes, reglamentos o, incluso, Derecho paccionado. En otras ocasiones, la comprensión de la ley solo es científicamente posible a partir de la interpretación histórica o de la teleológico-funcional.

Decidir en estos casos qué conductas son las castigadas por la ley penal –por la letra de la ley penal, que otra cosa no permitiría el principio de legalidad– requiere del juzgador el apoyo, imprescindible, en los criterios elaborados por la doctrina judicial. De ahí la necesidad de acercarse al estudio de las resoluciones judiciales, necesidad acrecida cuando se trata de preceptos nuevos o de nueva redacción.

Todos estos elementos concurren en los delitos contra la Seguridad Social, cuya formulación actual proviene de la *LO 7/2012 por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*.

Las tipologías incorporadas a los artículos 307 a 307 *ter*, han sido, en efecto, objeto de nueva creación o de remodelación. Pero, además, responden, en lo sistemático, a la tendencia imperante en el ordenamiento español de llevar al Código común, y no a leyes especiales, toda la materia penal. Esta opción permite mantener la centralidad del Código, lo que ofrece la ventaja –no trivial– de someter la normativa penal a principios comunes. Sin embargo, la deseable integración de estos artículos en el Código no es tan completa como se podría esperar de un modelo legislativo centripeto. Se trata, en efecto, de preceptos que no se incorporaron al Código en el curso de un debate parlamentario sistemático: no en el seno de la gran reforma penal introducida por la LO 1/2015, sino, antes, por la LO 7/2012, a pesar de que la discusión de los proyectos que dieron lugar a ambas leyes fuera inicialmente simultánea. Se diría que el legislador español –tal como hiciera también con la LO 6/1995 que modificó ciertos delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social al margen de la discusión del Código Penal de nueva planta aprobado por la LO 10/1995–, se obstina en dar a estos delitos una respuesta específica y autónoma, al margen de los principios y objetivos del conjunto del sistema penal: más en concreto, mientras el Código Penal se orienta por una lógica preventiva, los fraudes a la Seguridad Social responden a la lógica recaudatoria propia de las leyes tributarias². Conviene no olvidar que la LO 7/2012 fue aprobada en el marco del Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social impulsado por el Gobierno en el año 2012.

La “excepcionalidad” de la orientación político-criminal propia de los artículos 307, 307 *bis*, 307 *ter*, 308 *bis* y 310 *bis*, hace imprescindible el recurso a la doctrina judicial por

¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 240.

² DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2014 (38), pp. 114-115.

parte del estudioso de estos preceptos. Que, además, incorporan otros elementos a esa “excepcionalidad”.

En efecto, los autores de fraudes a la Seguridad Social presentan dos perfiles criminológicos muy diferentes. El primero es el propio del menesteroso que accede a una prestación asistencial de subsistencia, a la que, sin embargo, no tiene derecho. En la práctica, una extendida forma de infracción, aunque con lesividad de bagatela, es la de percibir prestaciones por desempleo o invalidez, simultaneándolas con la realización de un trabajo irregular remunerado. El segundo perfil viene representado por el comportamiento de un sujeto que, con capacidad de decisión en el ámbito empresarial, responde a los perfiles del *occupational crime*, y que, utilizando la estructura corporativa, despliega la capacidad lesiva propia de los delitos contra el orden socioeconómico. Tanto es así que el trabajo sumergido resultado de políticas empresariales infraccionales, constituye el grueso de las defraudaciones a la Seguridad Social: según el *Informe Anual 2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, la infracción más importante en la materia es la no afiliación por la patronal de sus trabajadores, cuyo número multiplica por ocho al de trabajadores que disfrutaron indebidamente pensiones o prestaciones por desempleo³.

Frente a esta criminalidad de perfiles –al menos, dos– tan distintos, el legislador español de 2012, se ha decantado, por una respuesta penal doble pero discriminante, en la que conviven la tolerancia cómplice para con ciertos delincuentes –hasta el punto de que esta parcela de nuestro ordenamiento punitivo ha sido calificada, con razón, como “*Derecho Penal del amigo*”⁴, y el rigor exacerbado frente a otros. Así, el tenor literal del art. 307 del Código Penal consagra el retraimiento de la intervención penal –reducción de conductas típicas y de penas, condiciones objetivas de punibilidad, causas de atipicidad *a posteriori* (!), atenuaciones específicas con alcance excarcelatorio, etc.–, mientras que el 307 *ter* responde a patrones de acentuado punitivismo –criminalización de la bagatela, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias más exigentes que las reguladas en otros preceptos, etc.⁵

Remisión –obligada– a la legislación propia del sistema de Seguridad Social, causas de atipicidad específicas, reglas de atenuación intensificada respecto a las generales del art. 66, condición objetiva de punibilidad presente en alguno de los tipos, pero no en todos, ampliación del ámbito de la autoría por encima de los límites del art. 28, especialidades en la ejecución de la pena, etc., son elementos que dotan a los fraudes a la Seguridad Social de perfiles propios, en cuya concreción la labor judicial no puede limitarse a leer lo inmediatamente “*aprehensible por los sentidos*”, sino a construir una dogmática aplicativa científicamente fundada y político-criminalmente coherente.

³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, Bomarzo, 2017, pp. 163-164.

⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, 2013 (32), pp. 269-295.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, cit., p. 164.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 657/2017, DE 5 DE OCTUBRE

En ese marco, el recurso a la jurisprudencia es, como se ha dicho, imprescindible. Como imprescindibles son las escasas resoluciones en que el Tribunal Supremo ha venido construyendo, sobre casos examinados a la luz de la legalidad proveniente de la LO 7/2012, la doctrina judicial en la materia. Entre ellas, la Sentencia nº 657/2017, de la Sala 2ª, de 5 de octubre, con ponencia de Andrés Palomo del Arco, en adelante STS 657/2017 (<http://vlex.com/vid/695333277>).

La Sala de lo Penal examina en casación, y confirma, una sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Zaragoza, fundamentada en los siguientes antecedentes de hecho: la sociedad mercantil “Franquicias S., S.L.” generó, desde 2004 hasta marzo de 2015, una deuda para con la Seguridad Social, de 1.190.305,24 €; la deuda de “B.C., S.L.”, constituida en 2006, ascendía a 222.554,20 €; la de “URB, S.L.”, desde agosto de 2013 a abril de 2014, fue de 302.033,57 €; y la de “A., S.L.”, constituida en 1997 y administrada desde 12.01.2012 por un trabajador que hizo las veces de testaferro (Abelardo), de 3.938,96 euros. *“De todas las citadas empresas el acusado don Serafin era socio único o mayoritario de ellas, siendo el que tomaba las decisiones respecto a sus ingresos y gastos... El acusado en su condición de propietario, único o mayoritario de las citadas empresas y administrador de la mayoría de ellas era conocedor de las citadas deudas con la Seguridad Social y conscientemente dejó de abonarlas, organizando para ello una sucesión de empresas y una confusión patrimonial, presentando a los Organos de la Seguridad Social documentos de cotización con ocultación y alteración de datos contables obstruyendo la labor de Inspección de dicho organismo”*.

La Audiencia Provincial de Zaragoza condenó al acusado Serafin *“como autor de un delito continuado de fraude a la Seguridad Social... sin la concurrencia de circunstancias modificativas..., a la pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación del art. 56 del Código Penal y multa de 800.000 euros con arresto sustitutorio en caso de impago de 6 meses, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho de gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años”*. Igualmente se condenó al acusado a indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 481.113,51 €, de la que responden solidariamente las mencionadas sociedades mercantiles.

3. DOCTRINA JUDICIAL

3.1. Comportamiento defraudatorio

El art. 307 del Código Penal castiga, esencialmente, una conducta defraudatoria: *“El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida...”*.

El concepto de defraudación empleado por el legislador ha de entenderse como descripción fáctica (STS, Sala 2ª, 95/2002, de 1 de febrero), que, exime al intérprete de la tarea de indagar sobre concepciones normativas de origen legal o jurisprudencial.

No basta, empero, con que la acción se dirija, probadamente, a burlar al sistema de SS. Lo defraudatorio ha de detectarse también en el plano objetivo. Como ha aclarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, coincidente en este punto con la vertida sobre el delito fiscal, defraudar no equivale a la causación de un perjuicio, ni siquiera si se provoca con ánimo defraudador: es necesario causar ese resultado “*mediante una acción u omisión precisamente defraudatoria*” (STS, Sala 2ª, 799/2017, de 11 de diciembre).

Así, para satisfacer el nivel de desvalor propio, incluso en el lenguaje de la calle, de lo defraudatorio, no basta con la elusión del pago: se requiere hacerlo, además, como enfatiza la jurisprudencia, defraudando. Esto es, el delito debe ser merecedor de un juicio de desvalor superior al suscitado por quien comunica la deuda y, luego, no realiza el ingreso que reconoce deber, sean cuales sean los cauces empleados para no realizar tal ingreso (STS, Sala 2ª, 1046/2009, de 27 de octubre).

En el plano objetivo, la conducta defraudadora puede revestir, por expresa decisión legal, formas tanto activas como omisivas: art. 307.1, “*por acción u omisión*”. Se solventa así una añeja cuestión polémica, que ya ha dejado de serlo: la sola omisión dolosa –de declaraciones exigibles, de datos legalmente requeridos, de rectificación de los datos erróneos manejados por la SS– puede estimarse defraudatoria y, en consecuencia, típica.

La STS 657/2017 afronta tangencialmente el concepto de defraudación para desvirtuar argumentos reiterados por los recurrentes, dirigidos a casar la sentencia de instancia, en el sentido de que esta habría predeterminado el sentido del fallo, al emplear en la descripción de hechos probados expresiones como “ocultación” y “alteración”, que, según se arguye, prejuzgan la calificación jurídica de los hechos como delito.

Así, la sentencia objeto de comentario insiste en la línea interpretativa de las pre-citadas, a las que añade las STS 17/2005, de 3 de febrero, y 1403/1997, de 22 de noviembre, y concluye que fórmulas como “ocultación”, “alteración”, “para defraudar” u otras similares, no integran “*conceptos técnico-jurídicos, sino ... una descripción fáctica, expresada en lenguaje común, asequible a todos...*” (STS 657/2017, Fundamentos de Derecho. Cuarto).

Tampoco el elemento subjetivo requiere una interpretación que exceda lo puramente gramatical. Se trata del ánimo defraudatorio propio de la acción de burlar o de eludir una obligación con abuso de confianza o con infidelidad –que son las acepciones del término defraudar–, y que trasciende la voluntad de no pagar o de disfrutar beneficios.

El específico *animus defraudandi* debe recibir, desde el punto de vista procesal-probatorio el mismo tratamiento garantista que se dispensa a los demás elementos de naturaleza fáctica en los que se asienta la afirmación de responsabilidad criminal y, en consecuencia, debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. De modo que, de no quedar probado el tipo subjetivo, la conducta deberá ser jurídicamente valorada no en el ámbito penal, sino en el administrativo (STS, Sala 2ª, 799/2017, de 11 de diciembre). En sentido contrario, tal como aclara quizá innecesariamente el propio art. 307.1 que brinda una interpretación auténtica de la norma, la mera presentación de los documentos de cotización no excluye por sí sola la defraudación, si esta queda acreditada por otros hechos.

La STS 657/2017, al rechazar la pretensión de los recurrentes de ausencia de prueba del elemento subjetivo, concluye que su concurrencia se deduce inequívocamente de los procedimientos elusorios empleados por el condenado: *“Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas del grupo... Diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente... procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y a la sucesión entre grupos empresariales; y así la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; e incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de la documentación empresarial”* (Fundamentos de Derecho. Segundo).

3.2. Sujeto defraudador

El art. 307, en apreciación doctrinal generalizada, configura un delito especial, ya que, en términos prácticos, solo puede defraudar el obligado al ingreso de cuotas, que es el mismo que puede obtener su deducción. Sin embargo, en la modalidad de obtención indebida de devoluciones, puede también ser autor quien las reclama fraudulentamente sin haberlas pagado. Tal como observa la STS, Sala 2ª, 751/2017, de 23 de noviembre, en esta forma de defraudación, el sujeto activo no es necesariamente el obligado al pago, ya que puede serlo también quien aparenta ser titular del derecho a percibir una (aparente) devolución. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS, Sala 2ª, 649/2017, de 3 de octubre.

A tenor de los hechos probados que la STS 657/2017 acepta, las deudas frente a la Seguridad Social objeto de examen corresponden a las empresas creadas y dirigidas por Serafin, y, aunque no se concrete en la sentencia para todos los casos, son consecuencia del impago de cuotas. De hecho, se advierte que *“el acusado en su condición de propietario, único o mayoritario de las citadas empresas y administrador de la mayoría de ellas era conocedor de las citadas deudas con la Seguridad Social y conscientemente dejó de abonarlas”*. El acusado no es, pues, deudor, sino conocedor de la deuda de otros (sus empresas), y sin embargo, es él quien elude pagar lo debido.

Situaciones como la descrita, en las que actúa un administrador o representante de otro, no concurriendo en aquel *“las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”*, son tan frecuentes en la práctica, que el legislador penal se vio obligado a incorporar, en el art. 31 del Código, una respuesta explícita: responderá personalmente *“si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*.

De esta suerte, la STS 657/2017 confirma la condena de Serafin, *“pues la lectura del relato probado indica que el recurrente era el administrador material de las entidades enumeradas, al margen de quien fuera el que constara como administrador “formal”; y así se indica expresamente en el párrafo dedicado a estas tres personas, que ejercían la administración “formalmente”; e incluso de Abelardo, se indica que era un simple trabajador e hizo de testaferra”* (Fundamentos de Derecho. Cuarto). Pero se condena sin hacer referencia alguna al precepto materialmente aplicado, el art. 31, que es el que permite condenar al *extraneus* administrador o representante en los delitos especiales.

Tampoco se hace referencia a la posible aplicación del art. 31 *bis*. Como es sabido, este es el precepto que regula los requisitos de exigencia de responsabilidad penal a las

personas jurídicas. Y en el caso a examen, es el representante legal de las mercantiles deudoras, autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona moral, quien comete los delitos de defraudación “*en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto*”. Que es lo que, en esencia, exige el art. 31 *bis*. No obstante, la Audiencia Provincial, y con ella el Tribunal Supremo, prefirieron omitir la consideración de esta posibilidad de examinar la responsabilidad penal en que, junto a la persona física, pudieron incurrir las sociedades implicadas, como omitieron la posibilidad de imponer, en su caso, las penas expresamente previstas para estos delitos por el art. 310 del Código Penal.

3.3. Condición objetiva de punibilidad

Un reiterado motivo de impugnación de la sentencia de instancia, cuyo análisis hubo de abordar, en el caso, el Tribunal Supremo es el de no concurrencia del “*elemento objetivo de lo injusto, consistente en eludir el pago de las cuotas a la Seguridad Social por importe que exceda de 120.000 euros, referidos al año natural*”.

El argumento va referido al derogado art. 307, que para considerar la defraudación como delictiva, exigía que superase el citado límite mínimo de 120.000 € por año natural. Hoy, el art. 307, reformado por LO 7/2012, pone el límite en 50.000 €, pero referidos a cuatro años naturales. La aparente ampliación del ámbito punible que, aparentemente, así se produce responde a la voluntad legislativa, explicitada en el apartado IV del Preámbulo a la ley, de “*actuar con mayor contundencia frente a las conductas presuntamente delictivas y tramadas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social*”, por así exigirlo “*criterios económicos, políticos y sociales*”.

Al margen de la valoración político-criminal del criterio por el que se ha decantado el legislador, en lo dogmático, el Preámbulo.IV de la LO 7/2012 califica esa exigencia cuantitativa de mínimos como condición objetiva de punibilidad, con lo que quizá cierra el debate doctrinal sobre su naturaleza jurídica⁶.

A partir de su caracterización como condición objetiva de punibilidad, cuando la defraudación no alcanza la suma legalmente fijada, se producen dos conocidas consecuencias: a) no cabe apreciar tentativa, aunque el sujeto actuante hubiera pretendido superarla con actos idóneos, sin conseguirlo por causas independientes de su voluntad; b) procede acudir al arsenal sancionador de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (especialmente artículos 22 y 23) para, en su caso, castigar la conducta como infracción administrativa.

La determinación legal del límite mínimo de lesividad objetiva es requerimiento evidente del principio de lesividad, y además proporciona a los aplicadores jurídicos, –lo que no resulta trivial– un criterio de diferenciación entre el plano de lo delictivo y el de lo meramente infraccional (STS, Sala 2ª, 751/2017, de 23 de noviembre). De ahí la presencia de la condición objetiva de punibilidad en todos los delitos defraudatorios del Título XIV, “*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*”.

⁶ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 811-812.

Para la doctrina especializada, la condición objetiva de punibilidad no es un elemento objetivo del tipo de injusto, como en ocasiones parece deducirse del texto de la sentencia, y, en consecuencia, no es necesario que esté abarcada por el dolo del sujeto activo, por lo que el error sobre ella carece de relevancia⁷. El debate no puede, pues, ubicarse en el plano del tipo objetivo, sino en el de la punibilidad.

La STS 657/2017 se ve obligada, también, a pronunciarse sobre los elementos que integran la cantidad defraudada, y especialmente, sobre si en la cuantificación de esta se incluyen, además del principal, los recargos, intereses y costas. Lo que lleva de la mano a plantearse, como hacen los recurrentes, una cuestión próxima pero no idéntica: si la cantidad fijada como responsabilidad civil –481.113,51 € en el caso–, *“incluye solamente el principal de las cuotas patronales, obreras y conceptos de recaudación conjunta, o se constituye además con los recargos, intereses y costas”*.

La segunda de las cuestiones no debería plantear dudas: la responsabilidad civil debe abarcar los recargos e intereses, que no son sino instrumentos resarcitorios del perjuicio causado y, en consecuencia, entran en el ámbito del art. 113 del Código Penal.

En cuanto a la primera, la doctrina judicial se ha inclinado por incluir en la cuota defraudada los *“conceptos de recaudación conjunta”* (STS, Sala 2ª, 523/2006, de 19 de marzo), respuesta que, sin dejar de ser problemática, parece más compatible que su contraria con el tenor literal del art. 307.1⁸.

Respecto a los recargos de mora, apremio e intereses, la STS 657/2017 (Fundamentos de Derecho. Quinto) se remite al *“criterio jurisprudencial desplegado en las SSTs 523/2006, de 19 de mayo y 480/2009, de 22 de mayo”*. La primera de ellas entiende, en efecto, que *“los recargos de mora, de apremio e intereses deben ser considerados como objeto de la defraudación punible que prevé el art. 307 CP, dado que configuran también el daño ocasionado por el delito y, por tal razón, constituyen conceptos de recaudación conjunta, con relevancia para la determinación del límite que separa los hechos punibles de los que no lo son”*.

Parece más sólida la opinión contraria que defiende que los mencionados recargos no pueden integrarse en la cuantía defraudada⁹. Ciertamente, desde la lógica recaudatoria que inspiró la LO 7/2012, podrían hacerlo ya que están incluidos en la deuda con la Seguridad Social. Pero por mucho que los recargos sean parte de la deuda, no son parte de la cuota defraudada: la intención de defraudar –esencial en todo el art. 307– no va dirigida a tales conceptos; y, desde el punto de vista objetivo, el delito se entiende consumado solo si ha transcurrido el plazo reglamentario para satisfacción de la deuda, y mal puede integrar incrementos que surgen en momentos posteriores¹⁰.

⁷ DEMETRIO CRESPO, E., “La punibilidad”, en DEMETRIO CRESPO, E., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Teoría del delito*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 390.

⁸ BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal del Trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 184.

⁹ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 813.

¹⁰ BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 184.

3.4. Aplicación de la ley penal más favorable

El punto más relevante de los que analiza la sentencia, y también aquel al que le dedica más espacio, es el de la determinación de la ley penal aplicable al caso. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las cuatro infracciones que, apreciadas como delito continuado, sirven de base a la condena ratificada por la STS 657/2017, se cometen en los años naturales de 2011 y 2012, en vigencia del art. 307 tal como quedó redactado por la LO 5/2010, pero a los hechos acaecidos a partir del 17.01.2017, fecha de entrada en vigor de la reforma operada por la LO 7/2012, les son aplicables los artículos 307 y 307 bis en su redacción actual (Fundamentos de Derecho. Tercero).

Se enfrenta, pues, el juzgador a una sucesión de hechos, para los que los recurrentes reivindican la aplicación de la ley penal más favorable. Este punto había sido resuelto por el Tribunal sentenciador, *“sin especial motivación”*, considerando que el Código Penal anterior a la reforma de la LO 7/2012 resultaba más beneficioso para el acusado. El TS rechaza este automatismo y valora la necesidad de valorar esta cuestión de difícil respuesta, por cuanto en la operación *“confluye una múltiple casuística, con circunstancias que inciden de forma antagónica”* (STS 657/2017. Fundamentos de Derecho. Tercero).

Inicialmente, hay que cotejar marcos penales muy similares: tanto en vigencia de la normativa anterior como de la actual la pena de privativa de libertad es idéntica: prisión de uno a cinco años. También resulta idéntica la pena de multa *“del tanto al séxtuplo”* de la cuantía defraudada. La principal diferencia radica en que la LO 7/2012 introdujo una pena inhabilitadora que no existía en el texto reformado: *“pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”*.

Incluso la hiper-atenuación prevista –hoy pero no antes– en el art. 307.5 para quien, una vez imputado, reconoce los hechos y satisface su deuda con la Seguridad Social¹¹, introduce una posibilidad de pena más favorable en concreto, que podría decidir la cuestión en el sentido de considerar aplicable la ley posterior.

Por el contrario, la ley posterior contiene, en el art. 307 bis.1.a), una pena agravada, de prisión de dos a seis años, manteniendo la multa de tanto al séxtuplo de lo defraudado, cuando *“la cuantía de las cuotas defraudadas (...) exceda de ciento veinte mil euros”*.

No basta, por tanto, con la consideración del marco penal, sino que la decisión sobre cuál puede ser ley penal más favorable, ha de atender también a la formulación de los respectivos preceptos, que delimitan ámbitos típicos diferentes.

Así, observa la STS 657/2017 que *“con la reforma, destaca la doctrina¹² que paradójicamente, aunque en principio la exigencia típica aminorada de la cuota defraudada de ciento veinte mil a cincuenta mil euros, posee un efecto agravatorio para el defraudador*

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, cit., pp. 174-175.

¹² Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, cit., pp. 170-171. En el mismo sentido, FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 814.

y que se permitan acumular las cantidades evadidas durante cuatro años, a los efectos de computar ese límite de los cincuenta mil euros, de tal modo que pueden convertirse en delito defraudaciones que con la redacción anterior no rebasaban el límite defraudado penalmente típico en cada “liquidación, devolución o deducción” o en cada año natural; sin embargo, en los casos en que la defraudación superase dicho límite en una liquidación, devolución o deducción o en un año natural la regla posee un efecto beneficioso para el culpable al impedir la aplicación del concurso real. Pues efectivamente, con la nueva redacción, lo defraudado en un período determinado cuatrienal, integra un solo delito; con la única matización de que si sobrepasa los ciento veinte mil, incurre en el tipo agravado del 307 bis; pero elude en ese cuatrienio, cualesquiera que sea el número de defraudaciones perpetradas” la apreciación de concurso real.

Para resolver la “*múltiple casuística*” planteada, la STS 657/2017 acepta como punto de partida, difícilmente controvertible, que, aplicando a los hechos enjuiciados el texto actual, –que obliga a determinar la cuantía del fraude atendiendo a los cuatro años naturales– se llegaría a la apreciación del tipo agravado del art. 307 bis.1.a) –cuotas defraudadas en cuantía superior a 120.000 €– lo que permitiría “*englobar*” las defraudaciones cometidas en los dos años anteriores a la reforma operada por la LO 7/2012. A este delito –único– agravado le corresponde una pena de *prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía*, respuesta punitiva “*más favorable que un concurso real; e incluso que el delito continuado calificado por la normativa anterior a la LO 7/2012, con un umbral mínimo de prisión de tres años, y un umbral máximo hasta seis años y tres meses de prisión, consecuencia de la facultad que permite el inciso final del art. 74.1 CP ; y multa del tanto y medio al séptuplo y medio de la cuantía defraudada*” (Fundamentos de Derecho. Tercero).

La Sala expone como refuerzo de su argumentación los criterios mantenidos por las Circulares de la Fiscalía General del Estado, especialmente en la 2/1996, de 22 de mayo, y, al exponer las soluciones posibles, determina que la más favorable es la de la aplicación retroactiva de los artículos 307.1 y 307 bis tras la reforma.

Claro que, aunque la sentencia no aluda a la cuestión, con la nueva legalidad es imperativa, como se advirtió, la imposición de una pena no aplicable con anterioridad: la “*pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años*” (art. 307.1, *in fine*). Lo que, quizá, pudiera entenderse incremento punitivo *in peius*. Pero, si bien se mira, penando separadamente los delitos, de acuerdo con la ley formalmente vigente en el momento de comisión, esta pena inhabilitadora debería también ser impuesta, aunque con el límite de cuatro a ocho años, como consecuencia de los hechos realizados en vigencia de la LO 7/2012. Con lo que el efecto peyorativo queda minimizado, y más si se compara con la disminución de las penas de prisión y multa.

Así ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial, ahora confirmada: esta pena se impone con una duración de cuatro años, por un delito único agravado (art. 307 bis 1.a), entendiendo ley más favorable el Código vigente. De haber optado por castigar separadamente los delitos, se podría haber impuesto, por los cometidos en los dos últimos años (tipo básico del art. 307.1), la misma pena.

Por ello, la sentencia concluye que corresponde castigar “*con arreglo al nuevo Código Penal con la limitación de no superar la pena que fuese imponible con el anterior texto*”, de modo que considera justificada la pena impuesta por el tribunal de instancia, puesto que se encuadra dentro del marco punitivo del nuevo Código.

4. EPÍLOGO

Las múltiples reformas penales efectuadas en el último período plantean nuevos retos en la interpretación de los preceptos del Código Penal por parte de los tribunales. En este sentido, el papel del Tribunal Supremo resulta, como es bien sabido, esencial.

Dado que la modificación del delito de fraude a la Seguridad Social se produjo, a través de la LO 7/2012, unos años antes de la más amplia reforma penal introducida por la LO 1/2015, los supuestos problemáticos que requieren de un posicionamiento de la doctrina judicial comienzan a llegar al Tribunal Supremo. Buen ejemplo de ello son los dos recientes casos de las STS 657/2017 y 751/2017.

La STS 657/2017 analiza tres de las cuestiones esenciales en relación con el delito de fraude a la Seguridad Social, el comportamiento típico, el sujeto responsable y la consideración del límite (antes de 120.000 euros, ahora de 50.000) como condición objetiva de punibilidad.

No obstante, lo más relevante de la sentencia es su posición sobre la determinación de la ley penal aplicable en los casos en los que el comportamiento defraudatorio abarca períodos bajo la vigencia de las dos normas relevantes. Se trata de una situación que, por obvios criterios temporales, se hará muy presente en los tribunales en fases próximas.

El TS defiende un análisis pormenorizado y casuístico bajo el que se determine, en el caso concreto, qué norma resulta más beneficiosa. Concretamente, en este supuesto de fraude continuado y de elevada cuantía anual considera que la norma penal resultante debe ser la aplicada por resultar más beneficiosa.

El TS ha venido a corroborar lo que gran parte de la doctrina había planteado. A pesar de la pretendida voluntad del legislador de “*de actuar, con mayor contundencia, frente a las conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social*” la realidad es que, en determinados casos, que no son menores, la regulación del delito de fraude a la Seguridad Social tras la reforma de la LO 7/2012 resulta más beneficiosa para el defraudador que la situación anterior.

Se trata, como muestra la STS 657/2017, de los casos de fraude de mayor entidad que, con la reducción de la condición objetiva de punibilidad de 120.000 a 50.000 euros y el cambio del período de cómputo de cuatro años a uno, reciben una respuesta penal menor que con la normativa anterior a la reforma.

No es sino una muestra más del Derecho penal de clase que se va introduciendo en el ordenamiento español. Se endurece la persecución de la delincuencia de bagatela mientras que se configura un sistema penal especialmente laxo e, incluso, eludible, para el poderoso¹³.

La diferencia de trato entre la defraudación cometida por el empleador y la cometida por el trabajador, también en el ámbito de los fraudes contra la Seguridad Social, es otro ejemplo. Como lo son las facilidades concedidas para la regularización del defraudador tributario o de la Seguridad Social, la eliminación del límite de 400 euros para considerar el hurto como delito, la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra los derechos de los trabajadores o la introducción de porcentajes que benefician a las grandes empresas en la regulación de la contratación irregular del artículo 311.2º.

Resulta muy complicado que la jurisprudencia pueda revertir esta tendencia, aunque cabe que, aplicando los principios del Derecho Penal, pueda contenerla. O, como en el caso de la STS 657/2017, ponerla de relieve.

¹³ DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad”, cit., pp. 98-99.

Negación de bonificaciones a contrata de limpieza tras subrogación de personal via convenio colectivo [Sentencia del tribunal supremo (Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 2017]

Denial of bonuses in cleaning contracts after the transferring of employees by collective agreement (Judgment of the Supreme Court (Contentious-Administrative) of 14th November 2017)

INMACULADA BALLESTER PASTOR

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

Resumen

La subrogación de trabajadores es obligatoria para las empresas contratistas cuando así lo dispone el convenio colectivo de sector aplicable. Se trata este mecanismo de un beneficio que protege y genera estabilidad en el empleo. Tal obligación logra la subrogación de la empresa sucesora en los contratos de los trabajadores afectados, permaneciendo el vínculo contractual invariable, por lo que estos contratos no son nuevos contratos. Ello supone que se pierda el derecho a percibir bonificaciones por contratación en la empresa contratista entrante puesto que no hay nuevos contratos sino que únicamente cambia el empleador. Tal denegación es confirmada por el Alto Tribunal, a la vista de lo dispuesto en el RDL 3/2014, de 28 de febrero. La fundamentación del Tribunal precisa, no obstante, remitirse a la doctrina emanada desde la Sala de lo Social, ineludible en el conflicto generado por un mecanismo tan garantista como extraño: la subrogación de trabajadores vía convencional.

Abstract

The transferring of employees is compulsory for contractor companies when it is laid down in the collective agreement of the sector concerned. This mechanism is considered a benefit that protects and creates employment stability. Such obligation achieves the transferring of the successor company in the contracts of the affected workers, remaining the contractual relationship unchanged, thus these contracts will not be new ones. This implies that the right to receive hiring bonuses from the incoming contractor company will be lost, since there will not be new contracts but only a change of employer. Such denial is confirmed by the High Court under the provisions of the Royal Legislative Decree 3/2014 of 28th February. However, the reasoning of the Court must be founded on the doctrine established by the Labour Court, which is unavoidable in the conflict caused by a safeguarding and odd mechanism: the transferring of employees by agreement.

Palabras clave

contratas; subrogación contractual; bonificación de cuotas; convenio colectivo; sucesión de empresas

Keywords

Contracts; contract transferring; reduction of taxes; collective agreement; company succession

1. LA NECESARIA ASUNCIÓN DEL “EXTRAÑO” MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN CONTRACTUAL VÍA CONVENIO COLECTIVO

El conflicto que resuelve el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en la Sentencia de 14 de noviembre de 2017¹ parece sencillo: tiene su origen en la denegación, por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, a Garbaldí

¹ N° recurso 78/2017, n° de resolución: 1732/2017.

(empresa-contratista, del sector de limpieza), del derecho a beneficiarse de reducciones de cuotas empresariales en los contratos indefinidos que suscribe con 85 trabajadores subrogados desde la anterior empresa contratista por vía de lo dispuesto en el convenio colectivo.

La Entidad Gestora tiene claro que los contratos de los trabajadores son los mismos y, como veremos, el Tribunal Supremo ratifica la decisión de la Entidad Gestora, y la Sala de lo contencioso-administrativo –en un pronunciamiento breve en extremo– no se adentra en cómo se generan y qué naturaleza tienen los efectos subrogatorios que, efectivamente, han tenido lugar ya, antes de solicitarse la bonificación, sobre los contratos de los trabajadores afectados. El “extraño” origen de la obligación de la subrogación de los contratos –vía convencional– por la mercantil (Garibaldi) tiene la culpa de ello, algo que la mercantil no rebate y que aparece como premisa previa. No obstante lo anterior, para entender completamente el sentido del Fallo hubiera sido necesario reproducir, siquiera someramente, la doctrina emanada de la Sala de lo Social del Alto Tribunal, y que tiene que ver con la verdadera naturaleza jurídica de los contratos de los trabajadores subrogados y con la semejanza que, efectivamente, van a tener los contratos de los trabajadores que han sido subrogados vía convencional, con los trabajadores que han sido subrogados desde otra empresa, vía legal, a través de la sucesión de empresas –ordinaria– algo que en nuestro ordenamiento opera legalmente a través de lo dispuesto en el art. 44 ET².

En cualquier caso, lo relevante es que la subrogación efectivamente se ha producido en atención a lo dispuesto en el convenio colectivo, y es esta normativa la que provoca que la subrogación se haya operado, sin más, tal como asume la Entidad Gestora cuando deniega la subvención solicitada.

2. LA POSICIÓN DE LA ENTIDAD GESTORA: NO HAY INCREMENTO DE EMPLEO NETO PUES SON LOS MISMOS CONTRATOS

La Tesorería General de la Seguridad Social deniega la solicitud porque los trabajadores para los que la empresa pide la grabación de la condición “P” en sus contratos habían sido subrogados desde otros códigos de cuenta de cotización respecto de los que éstos se dieron de baja el día anterior. La Entidad Gestora entiende que tales contratos no pueden generar bonificaciones de cuotas porque no se trata de distintas contrataciones indefinidas, sino de una subrogación de contratos indefinidos ya existentes y que las contrataciones que debe tenerse en cuenta para aplicar la bonificación deben tener en cuenta las que se efectúan en general en el mercado, no exactamente las nuevas que puedan computarse en la mercantil implicada. El argumento de la Entidad Gestora se basa en el espíritu de la norma que regula las bonificaciones, espíritu manifestado en la Exposición de Motivos del RDL 3/2014, de 28

² Han sido muchas y muy numerosas las Sentencias pronunciadas por la Sala Cuarta a este respecto. Así, entre otras muchas, entre las más recientes aparecen: la Sentencia de 7 de abril de 2016 (nº 276/2016, RJ 2016/1702); la Sentencia de 10 de mayo de 2016 (nº 392/2016, RJ 2016, 3251); la Sentencia de 10 de enero de 2017 (nº 4/2017, RJ 2017, 257); la Sentencia de 6 de julio de 2017 (nº 604/2017, RJ 2017, 3451); la Sentencia de 13 de julio de 2017 (nº 621/2017, RJ 2017, 3479); la Sentencia de 25 de julio de 2017 (nº 662/2017, RJ 2017, 3910); la Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (nº rec. 1037/2017, RJ 2017, 6129). Vid, NORES TORRES, Luis Enrique, “Sucesión de contratos y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016)”, *Revista de Información laboral*, nº 9, 2016.

de febrero, y lo relevante para resolver el conflicto es resolver, pues, si esta contratación ha supuesto, o no, la creación de empleo neto. Se señala, así, en la Exposición de Motivos que:

*(...) Recientemente se han comenzado a observar datos que certifican que el mercado laboral se ha estabilizado. La Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2013 reflejó creación neta de empleo en términos desestacionalizados, algo que no se observaba desde el primer trimestre de 2008. Las previsiones estiman que se producirá una creación de empleo neta en 2014, a pesar de que el crecimiento será todavía moderado al continuar el proceso de corrección de desequilibrios acumulados en el pasado. Pese a ello, es urgente acelerar el proceso de reducción del paro y de creación de empleo. En la actualidad existen en España 5.896.300 personas que buscan trabajo y no lo encuentran, según la Encuesta de Población Activa. La mayoría de ellas, parados de larga duración. Es por ello preciso articular medidas urgentes adicionales de fomento de la contratación y la creación de empleo para revertir de manera urgente esta situación. Para ello, el Gobierno, además de las diferentes modificaciones normativas que han contribuido a la estabilización del mercado laboral, ha simplificado recientemente los trámites administrativos en la contratación laboral. Así, ha reducido el número de modelos de contratos y ha creado un asistente para la contratación en Internet que facilitará la elección del tipo de contrato, y completar los trámites de registro del contrato y el alta del trabajador en la Seguridad Social. **Pero es necesario ir más allá y aprobar medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida a través de una importante reducción de las cotizaciones sociales para favorecer la creación neta de empleo estable.** Esta reducción se articula a través del establecimiento de una tarifa plana reducida de las cotizaciones sociales para nuevas contrataciones indefinidas que mantengan el empleo neto durante al menos tres años. La medida beneficia, por tanto, a las empresas que apuesten por incrementar sus plantillas de forma estable, las cuales deben constituir el motor de la transformación estructural de la economía española, y contribuye a que la recuperación sea más rápida y se produzca desde bases más sólidas desde el primer momento. Es así coherente con la política económica del Gobierno en el largo plazo. Trabajadores mejor formados y más productivos en empleos estables son la clave para garantizar el bienestar social y el crecimiento económico futuros. Por tanto, esta reducción temporal de las cotizaciones sociales constituye una herramienta adecuada en el corto plazo para impulsar una rápida generación de empleo, en especial empleo estable, reduciendo a su vez la dualidad del mercado laboral. II . El real decreto-ley consta de un artículo, una disposición adicional y tres disposiciones finales. Con el objetivo de incentivar la contratación indefinida, se aprueba una importante reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social para todas aquellas empresas que formalicen este tipo de contratos. **Se podrán beneficiar de esta medida todas las empresas, con independencia de su tamaño, tanto si la contratación es a tiempo completo como si es a tiempo parcial, respecto de los contratos celebrados entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, siempre que suponga creación de empleo neto.***

Sostiene exactamente la Entidad Gestora que el espíritu de la norma es la creación de nuevos contratos indefinidos en general y no en el marco de una empresa concreta y que, por tanto, no puede concederse la bonificación si el contrato de trabajo se ha perdido en la empresa cedente, pero se ha recuperado en la empresa entrante. En suma, a juicio de la Entidad Gestora, el espíritu de la norma trata de regular el mercado de trabajo en general. El argumento de la Entidad Gestora parte de que la subrogación de Garibaldi en los contratos

indefinidos de los trabajadores se ha producido, y, por tanto, no hay nuevos contratos ni más empleo neto. Al no haber nuevos contratos no se puede conceder la bonificación.

3. LA POSICIÓN DE LA MERCANTIL: SÍ HAY INCREMENTO DE EMPLEO EN LA EMPLEADORA

La empleadora, por su parte, sostiene que sí cumple todos y cada uno de los requisitos que la normativa aplicable exige, requisitos contenidos en el artículo único del RDL 3/2014, de 28 de febrero y que no está incurso, tampoco, en ninguna de las causas de exclusión de la norma y ello porque el RDL no contiene precepto alguno que prohíba la aplicación de la llamada “tarifa plana” a los trabajadores subrogados desde otras empresas y este RD únicamente atiende a la creación de empleo ocurrida en la empresa que efectúa la contratación indefinida.

Exactamente señalan el apartado 2.c) y apartado 3 f) del artículo único del RDL 3/2014, que:

2. Para beneficiarse de las reducciones previstas en este artículo, las empresas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de efectos del alta de los trabajadores como durante la aplicación de la aportación empresarial reducida. Si durante el periodo de aplicación de la reducción existiese una falta de ingreso, total o parcial, de las obligaciones en plazo reglamentario, se producirá la pérdida automática de la reducción a partir del mes en que se produzca el incumplimiento. b) No haber extinguido contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido unos u otros declarados judicialmente como improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción. Tampoco podrán haberse extinguido contratos de trabajo por despidos colectivos realizados en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción. A los efectos del cumplimiento de este requisito no se tendrán en cuenta las extinciones que se hayan producido antes del 25 de febrero de 2014. c) Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa. Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa en los treinta días anteriores a la celebración del contrato. d) Mantener durante un periodo de 36 meses, a contar desde la fecha de efectos del contrato indefinido con aplicación de la reducción, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total alcanzado, al menos, con dicha contratación. Se examinará el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total cada doce meses. Para ello, se utilizarán el promedio de trabajadores indefinidos y el promedio de trabajadores totales del mes en que proceda examinar el cumplimiento de este requisito. A efectos de examinar el nivel de empleo y su mantenimiento en la empresa, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados improcedentes. e) No haber sido excluidas del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de la infracción grave del artículo 22.2 o las infracciones muy graves de los artículos 16 y 23 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la misma norma.

3. Las reducciones previstas en este artículo no se aplicarán en los siguientes supuestos: a) Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o en otras disposiciones legales. b) Contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior la contratación de los hijos que reúnan las condiciones previstas en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. c) Contratación de trabajadores cuya actividad determine su inclusión en cualquiera de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social. d) Contratación de empleados que excepcionalmente pueda tener lugar en los términos establecidos en los artículos 20 y 21, y en la disposición adicional vigésima y vigésimo primera de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014. e) Contratación de trabajadores que hubieren estado contratados en otras empresas del grupo de empresas del que formen parte y cuyos contratos se hubieran extinguido por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido unos u otros declarados judicialmente como improcedentes, o por despidos colectivos, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en el caso de extinciones que se hayan producido antes del 25 de febrero de 2014. f) Contratación de trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación para el supuesto de trabajadores cuyos contratos de trabajo se hubieran extinguido antes del 25 de febrero de 2014.

Además de ello, en el supuesto de la subrogación convencional las dos empresas implicadas en la misma son autónomas e independientes. Al existir en cada momento temporal dos empresarios distintos y no un empresario único real y efectivo debe atenderse a lo que acontece en cada mercantil, en el momento de la contratación de sus propios trabajadores.

4. LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS CONVENCIONAL: UN BICHO RARO, PERO UNA SUBROGACIÓN AL FIN Y AL CABO

Los contratos de los trabajadores que la empresa subroga por convenio colectivo no son nuevos contratos, sino los mismos contratos, y, en ellos, la nueva contrata ocupa el lugar de la anterior. El mecanismo es el mismo que el que se produce si existe una sucesión de empresas legal (ex. Art. 44 ET), pero sin que ello acontezca, aunque las consecuencias son las mismas sobre las relaciones contractuales (que se transforman, novándose en otras, según lo que se disponga en el convenio colectivo aplicable). Ello no significa, tampoco, que las dos contrata sean la misma empresa, sino que los contratos indefinidos que la empresa contratista saliente concierta no son nuevos contratos, sino los mismos contratos

indefinidos³. Esta sería la única razón por la que la Entidad Gestora –a efectos documentales– mantiene los datos de los trabajadores y únicamente cambia el código cuenta de cotización en los contratos de los trabajadores.

5. LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EXCLUYEN EL DERECHO A LA BONIFICACIÓN: EL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Interpuesto recurso de alzada frente a la anterior Resolución, y tras ser éste igualmente desestimado, la empleadora interpone recurso ante el Tribunal Superior, y nuevamente, se le dá la razón a la Entidad Gestora en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha de 28 de septiembre de 2016⁴. El Tribunal (aunque de forma muy breve y sin excesiva claridad) intenta explicar de algún modo los efectos jurídicos que se derivan de la subrogación convencional en contrataciones previas ya indefinidas y la exclusión de la aplicación de la bonificación solicitada, aunque sin contar con argumentos normativos claros.

Señala, así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que:

*(...) no puede desconocerse que en este ámbito operó la subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores afectados, previamente con vinculación con contrato indefinido con sus empresas, **operando aquí lo que se debe identificar como subrogación convencional**, que es en relación con lo que enlaza lo que refiere la contestación de la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando también alude a las pautas recogidas en el Convenio General del Sector y la previsión en su ámbito de la subrogación en su puestos como los que desencadenaron que la demandante, como empresa, asumiera los 111 trabajadores;) sobre la subrogación convencional nos remitimos a las conclusiones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de abril de 2016 (...).*

Ante la falta de normas que sirvan para apoyar su Fallo, la Sentencia de instancia llega más allá y considera aplicable a este caso la exclusión contenida en el párrafo 3, apartado f) del RDL 3/2014, que prohíbe la obtención de la bonificación cuando la contratación de trabajadores se hubiera producido en los seis meses anteriores a la fecha del contrato y éstos hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido.

Argumenta literalmente el Tribunal que:

*El apartado f) **excluye** la contratación de trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato **hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad** mediante un contrato indefinido, por lo que **si bien expresamente no recoge el supuesto referido a la subrogación, encierra la exclusión del supuesto de contrataciones de trabajadores previamente vinculados***

³ En los cambios de contrata o concesión no hay en sentido propio transmisión de empresa puesto que la titularidad de ésta permanece inmutable. Vid, VICENTE PALACIO, M.A., *El contrato para obra o servicio determinado*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1996.

⁴ Nº recurso 539/2015.

a la empresa mediante contrato indefinido, que enlaza con la justificación de la exclusión a la que nos hemos referido, cuando por vía de subrogación la empresa incorpora trabajadores que venían prestando la relación laboral con contrato indefinido en las empresas de las que la demandante fue sucesora, siendo relevante, en ello insistimos, que aquí ya se estaba ante contratos indefinidos, por lo que no puede considerarse que se esté en el supuesto de contrato indefinido formalizado por escrito en el periodo de aplicación del RDL 3/2014, en nuestro caso, en relación con la fecha 1 de enero de 2015, en el periodo prorrogado por la Disposición Adicional 17ª del RDL 17/2014, de 26 de diciembre.

Aunque de forma absolutamente parca, la Sentencia de instancia insiste en los efectos de la subrogación convencional, y el que ésta se rige por lo dispuesto en el convenio regulador de sector. No obstante, el argumento del TSJ solamente queda claro si reproducimos literalmente la doctrina judicial emanada de la Sentencia del Supremo (Sala de lo Social) de fecha de 27 de abril de 2016⁵, a la que la STSJ sólo se remite.

Sostiene el Alto Tribunal que la subrogación convencional genera los mismos efectos subrogatorios que operarían en un caso de sucesión de empresas en sentido estricto, aunque la sucesión de empresas no se asimila ni equivale a la sucesión de contratadas⁶, pero, aún así, los efectos subrogatorios se producen tanto en la sucesión de empresas, vía art. 44ET, como en la sucesión de contratadas, vía convencional cuando aparezca la regulación convencional que así lo prevea⁷.

Así, podemos leer en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 2016 que:

(...) Constituye doctrina reiterada de la Sala que quedan excluidos de la aplicación del artículo 44 ET aquellos supuestos en los que se produce una mera sucesión en la ejecución de una actividad económica, puesto que una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa de modo que el mero cambio de titular de la actividad no determina la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial. Por este motivo, en las contratadas sucesivas de servicios en que no se transmite una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET (...) Ahora bien, cuando el convenio colectivo aplicable incorpora una cláusula de subrogación en virtud de la cual el nuevo contratista asume la obligación de asumir la condición de empleador de los trabajadores que prestan sus servicios en la contrata, no se dan los requisitos que legalmente determinan la sucesión empresarial, los efectos subrogatorios de la misma se producen. Se

⁵ N° recurso 329/2015.

⁶ Al respecto, tal como señala la doctrina, desde un punto de vista conceptual la sucesión de empresa y la sucesión de contratadas han tenido un tratamiento jurídico distinto por el sistema de fuentes, pero en el caso de la sucesión de contratadas vía convenio y, en especial, las contratadas que fundamentan su actividad principalmente en la mano de obra, aparecen numerosos conflictos interpretativos en el tráfico jurídico actual. Vid. CALVO MORALES, D., La subrogación de trabajadores vía convenio colectivo. Marco jurídico tras la Sentencia TEMCO. Nueva Revista española de Derecho del Trabajo, n° 198, 2017.

⁷ En caso contrario, si no aparece convenio colectivo que obligue a la contratación si deberemos acudir a lo previsto en el art. 44 ET para resolver si procede, o no aplicar los efectos de la subrogación. Vid. VICENTE PALACIO, M.A., Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido, Barcelona, Atelier, 2016, p. 57.

trata de una subrogación convencional a la que resultan de aplicación las condiciones y los efectos previstos en el convenio colectivo. Esto es, en estos casos, la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan (...)

6. EL FALLO DEL ALTO TRIBUNAL: LA NEGACIÓN DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL APARTADO 3, PÁRRAFO F)

La mercantil recurre e interpone, entonces, recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Contencioso-administrativo) justificado en la existencia de un interés casacional objetivo, por deberse interpretar la normativa aplicable al supuesto por no contar con doctrina judicial previa⁸. Lo relevante es que el Tribunal concluye que no debe concederse la bonificación porque, según lo dispuesto en la literalidad del RD 3/2014, debe aparecer empleo neto con la contratación operada. El Alto Tribunal, usando una argumentación extremadamente simplista y tan lacónica y breve como su antecesora, la Sentencia de instancia que ahora ratifica, da la razón a la Entidad Gestora. Y lo hace rayando a colación el art. 3.1º del Código Civil. El Tribunal Supremo acude a aplicar el criterio hermenéutico, atendiendo a que las normas se deben interpretar según el sentido propio de sus palabras. El pronunciamiento, en suma, da la razón a la Entidad Gestora, pero desmarcándose de algunos de los argumentos esgrimidos por el TSJ y ciñéndose casi única y exclusivamente al tenor exacto del precepto cuya interpretación se solicita y a la finalidad de la norma que aparece contenida en la Exposición de Motivos del RDL 3/2014, de 28 de febrero.

El Alto Tribunal aduce que la norma a interpretar (el RDL 3/2014) fija realmente no uno sino dos requisitos distintos a cumplir por la mercantil acreedora de las bonificaciones, a saber: 1) Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento del nivel de empleo indefinido; y 2) Que dichos contratos indefinidos supongan un incremento en el volumen de empleo total de la empresa. Y ello porque esas dos condiciones acumuladas –empleo neto total y empleo neto en la empresa– aparecen ambas exigidas en el apartado 2, párrafo c, cuando este párrafo exige como condición para la percepción de las bonificaciones: (...) *c) Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa. Para calcular dicho incremento se tomará como referencia el promedio de trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa en los treinta días anteriores a la celebración del contrato. (...)*. Por eso, al no haber habido incremento del nivel de empleo indefinido no se cumple la condición que aparece en el mentado precepto como imprescindible.

Pero, además de ello, lo relevante es que la fundamentación jurídica del Alto Tribunal rechaza la aplicación directa al conflicto del apartado 3.f) del RDL 3/2014. Más

⁸ La mercantil solicita la admisión a trámite del recurso de casación ante el Alto Tribunal justificándolo, en primer lugar, en la existencia de un interés casacional objetivo dado que la resolución de la controversia afecta a un gran número de trabajadores –de ésta y de otras empresas– y, en segundo lugar, en que no existe jurisprudencia sobre las normas que se considerarían infringidas. El Tribunal admite a trámite el recurso identificando tal interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 90.4º LJCA), estando el conflicto centrado en si la *tarifa plana* prevista en el Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero, es extensible a las contrataciones indefinidas efectuadas por las empresas sucesoras respecto de trabajadores quienes ya estuvieran contratados previamente con ese mismo carácter en la empresa anterior o si, por contra, se trata de un supuesto en el que no se aplicaría la reducción de cuotas a la nueva empresa entrante.

exactamente, el Tribunal señala que: *La exclusión del apartado 3 letra f) del artículo único del Real Decreto Ley 3/2014 no es aplicable de forma directa (ver FJ 5º de esta Sentencia) a los trabajadores que ya estaban vinculados con carácter indefinido a una empresa saliente, cuando son contratados por una empresa sucesora de la anterior, por mandato del convenio colectivo del sector (...).*

La exclusión del precepto tiene que ver con el hecho de que, en algunos casos, los previstos en convenio colectivo y atendiendo a lo dispuesto en tales preceptos, ciertas sucesiones de contratos se asimilan –solamente a efectos subrogatorios– en los contratos de los trabajadores afectados, asumiendo los mismos efectos subrogatorios en estos contratos que los que hubieran sido aplicables en ellos en el supuesto de la sucesión de empresas prevista en el art. 44 ET. Pero ello no puede confundirse con el hecho de que las contrataciones no sean, jurídicamente, tal como ya han señalado los Tribunales, empresas distintas entre sí, lo que es distinto.

El Supremo sostiene, así, que la empresa, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo del sector, se subroga en los contratos de los trabajadores subrogados, pero es una empresa independiente y autónoma de la otra empresa contratista saliente, y por eso se excluye la aplicación del apartado 3. letra f), añadiendo a lo anterior que, a efectos meramente prejudiciales, en el supuesto de subrogación convencional en los contratos de trabajo no se puede subsumir, ni siquiera a la sucesión de empresas del art. 44 del Estatuto de los trabajadores, como podría desprenderse del razonamiento de la sentencia de instancia.

Así, mantiene el Alto Tribunal en el FJ 5º que la remisión al apartado 3.f) del RDL 3/2014⁹ no resulta aplicable al conflicto y sólo (...) *se trae a colación tal vez sin una excesiva claridad, sólo como un simple apoyo legal a su verdadera razón de decidir (...)*¹⁰.

7. EL ASPECTO CLAVE: LA NORMA APLICABLE Y EL PAPEL QUE JUEGA EL CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR SOBRE LOS EFECTOS DEL CONTRATO SUSCRITO

El conflicto que aquí aparece se provoca porque el cambio de contrata generaba una expectativa en la nueva empresa de poder beneficiarse de las bonificaciones “tarifa plana” a la contratación indefinida existentes en ese momento, pero, al ser solicitadas tales bonificaciones, éstas (no todas¹¹) se deniegan por la Tesorería General de la Seguridad

⁹ exclusión que, recordemos, señala que: (...) *Las reducciones previstas en este artículo no se aplicarán en los siguientes supuestos: (...) f) Contratación de trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido.*

¹⁰ Y resulta necesaria la aclaración dado que –como el Alto Tribunal remarca– la impugnación en casación de un razonamiento de la sentencia de instancia que no afecta a su razón de decidir no puede dar lugar a su casación (en virtud de lo dispuesto en el art. 89.2.d) LJCA).

¹¹ La solicitud inicial de la mercantil (Garbaldi) pedía la aplicación de la bonificación (la grabación en los contratos de los trabajadores de la condición de P) a un total de 111 contrataciones indefinidas, aunque en los ulteriores recursos el número de bonificaciones reclamadas se rebajan, y quedan reducidas a 85, de manera que la Entidad Gestora, en un primer momento, sí accede a conceder parte de estas bonificaciones. Aunque no sin cierta dificultad, por falta de claridad, en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo contencioso-administrativo), de 28 de septiembre de 2016, se alude al hecho de que (...)

Social. Y ello a pesar de que, literalmente, la nueva mercantil sí parece reunir todas las condiciones exigidas por el Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero para acceder a tales descuentos de cuotas, norma que –parece– es la única que resultaría de aplicación, pues no hay otra que, aparentemente, se pudiera alegar, más allá de la misma obligación a la subrogación que se le exige efectuar a la empresa contratista entrante en el convenio colectivo de sector.

El tema clave es que es por causa del convenio colectivo por lo que se cambia la naturaleza jurídica o la razón última de ser que obliga a que, en un supuesto de cambio de contratista, la entidad entrante deba subrogarse en la posición de la empresa saliente en el mismo contrato de trabajo ya existente. Y ello es lo que, en definitiva, determina que los contratos de los trabajadores sigan siendo los mismos, aunque las empresas que intervienen en tales contratos no lo sean, y aunque las empresas contratistas –que se suceden unas a otras– tampoco puedan equipararse entre sí pues no se consideran la misma entidad.

El recurso a la subrogación de trabajadores vía convenio colectivo, para facilitar la estabilidad en el empleo y que no cambie la mano de obra que ejecuta un servicio concreto, aunque sí cambie la entidad empleadora que ha de ejecutarlo realmente, tiene, así, implicaciones en otras ramas del ordenamiento, ya que afecta a la naturaleza y la esencia misma de los contratos de trabajo en los que incide.

La subrogación de trabajadores impuesta a las empresas vía convencional altera el carácter del contrato de trabajo de los trabajadores. Y la norma aplicable a la que debemos acudir es el convenio colectivo, a cuyo tenor debemos acudir necesariamente y desde el cual se concluye que los efectos de la subrogación obligada provocan, ni más ni menos, que el contrato no se haya suscrito de nuevo y no generan derecho a bonificaciones, porque el contrato es el mismo.

El papel del convenio colectivo resulta esencial. Pero también lo es que el convenio colectivo opera para incorporar la obligación de subrogación, cuando, en sentido estricto, ésta no sería precisa atendiendo a lo previsto estrictamente por el dictado de lo dispuesto en el art. 44 ET, en el caso de las contratas.

algunos de estos trabajadores contratados por Garbaldi sí cumplieron los requisitos precisos para reconocerse la grabación en sus contratos de la condición de P.

Señala, así, uno de los párrafos de la mentada Sentencia: (...) *Ello tiene como necesaria conclusión no estar ante nuevas contrataciones indefinidas a los efectos del Real Decreto 3/2014, porque no se incrementaron las contrataciones indefinidas, los trabajadores subrogados ya tenían una previa contratación indefinida, por lo que no se incrementó el número de trabajadores con contratación indefinida, al margen de que si se viera incrementado en la empresa demandante, ello por la rrelevancia que ha de darse a la subrogación en relación con las relaciones laborales de los 111 trabajadores con contrato indefinido, porque el punto de partida es que ya estaban vinculados con la empresa con contratos indefinidos, subrogación que asimismo hubiera operado en relación con los contratos indefinidos que disfrutaran de la reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida, en concreto en relación con la denominada tarifa plana, porque la seguiría disfrutando la empresa sucesora de cumplir los requisitos para ello, lo que expresamente se reconoció por la resolución de la Administración y se ratifica con la contestación.*

Así, como dispone la actual Sentencia de Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 6 de julio de 2017¹², en relación a los términos en los que deben ser interpretadas las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos y el art. 44 ET, ...

*(...) se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación. En este punto conviene advertir que la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos: a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello. b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una “sucesión de plantilla” y una ulterior “sucesión de empresa”. c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva [art. 8 de la Directiva 2001/723/CE (RCL 1978, 2836)] o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET). Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de coherente previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. **La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes, como aquí se ha hecho.** Son los propios agentes sociales quienes, conocedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de Derecho necesario y en tal empeño consideramos que la sentencia de instancia alberga doctrina acertada (STS4ª nº 460/16, de 1-6-2016, R. 2468/14).*

Lo relevante es, en este caso, la naturaleza del mecanismo que se utiliza, pero también es importante el contenido exacto de lo previsto en el convenio colectivo acerca de cuándo la subrogación opera y sobre qué trabajadores lo hace, y qué consecuencias tiene ello sobre el contrato de trabajo que vincula a las partes. Ello tiene repercusiones en un cúmulo de responsabilidades (en caso de impagos a los trabajadores implicados), pero también afecta a la naturaleza y al sustrato mismo del vínculo contractual, que básicamente se transforma, pero permanece vivo, lo que tiene implicaciones que afectan indirectamente.

Al respecto la doctrina judicial actual de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo resulta sumamente esclarecedora¹³ debiendo destacarse, de ella, varias afirmaciones clave¹⁴:

¹² nº rec. 1669/2016

¹³ Gran parte de ella se encuentra plasmada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 6 de julio de 2017 (nº rec. 1669/2016).

¹⁴ (...) Esta Sala, a partir de la STS de 5 de abril 1993 (RJ 1993, 2906), rec. 702/92, ha señalado, a propósito de la subrogación establecida en el precepto referido, que «ni la contrata ni la concesión administrativa son (...)

unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación». Por ello, para garantizar en la medida de lo posible la continuidad en el empleo, en los convenios colectivos se suelen acordar, para el caso de la sucesión de contratistas en las que no se produce el fenómeno de la transmisión previsto en el artículo 44 ET, unas denominadas cláusulas subrogatorias que establecen importantes garantías de empleo para los trabajadores afectados a través de la imposición de la obligación de la empresa entrante de subrogarse en los trabajadores de la saliente adscritos a la contrata. La validez de estas cláusulas no ha venido admitiendo duda alguna porque si el supuesto de hecho a que se refieren queda excluido del artículo 44 ET, resulta perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la continuidad de las relaciones laborales afectas a un servicio que permanece y que ese favorecimiento se realice en unas concretas y determinadas condiciones que son fruto del acuerdo logrado a través de la negociación colectiva (...).

(...) Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de la Sala han sido constantes en señalar que cuando no se dan los requisitos legalmente previstos la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la Ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias de la cláusula del convenio aplicable; la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan. Así, la ya lejana STS de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 736) , rec. 164/1997 señaló que: «en los supuestos de sucesión de contratas la pretendida transmisión de contratas, no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista.

(...) Referida a empresas de limpieza, la STS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9701) , rec. 1674/2004 , señaló que «en las contratas sucesivas de servicio como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida». Más recientemente la STS de 21 de septiembre de 2012 (RJ 2013, 2388) , rec. 2247/2011 , ha señalado que «los razonamientos que contiene la sentencia recurrida sobre la aplicación en el presente supuesto de las previsiones del artículo 44 ET y de la Jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no cabe compartirlas, precisamente siguiendo la propia doctrina de esta Sala, que se contiene en sentencias como la de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 254) , rec. 3837/2007, porque en el caso presente no se trata del enjuiciamiento de ningún supuesto de sucesión de empresa que pueda haberse producido a tenor del citado art. 44 estatutario (precepto que, por consiguiente, no es aquí objeto de interpretación ni de aplicación), sino que de lo que se trata es de saber si la empresa ... (nueva adjudicataria del servicio) debe o no acoger en su plantilla al actor, como consecuencia de haberle sido confiado el servicio que en determinada dependencia venía hasta entonces prestando “Seguridad ...”, anterior empleadora del aludido demandante; y todo ello a tenor únicamente del art. 14.A) del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad , pues como decíamos en nuestras SSTs de 10 de julio de 2000 (RJ 2000, 8295) , rec. 923/99 y de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8299) , rec. 2281/99, respecto a las dos empresas de vigilancia que se sucedieron en la contrata, la posible obligación de la segunda de subrogarse en los derechos y obligaciones de la primera con sus trabajadores, no deriva del mandato del art. 44 ET, sino concretamente del art. 14.A) del tan repetido convenio». No constituye óbice alguno para el mantenimiento de la expresada conclusión que la STJCE 29/2002, de 24 de enero -asunto Temco Service Industries- dispusiera que “el artículo 1 apartado 1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato”. Tal previsión se refiere a los efectos derivados directamente de la Directiva y, obviamente, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET, pues el Convenio Colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso en que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir

(...)

1. Las contrata y las concesiones administrativas no son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, por lo que no se consideran que son sucesión de empresas a estos efectos, y, por tanto, no puede aplicarse a ellas los efectos de la sucesión de empresas, más concretamente la subrogación de las entidades sucesoras en los contratos de los trabajadores.
2. Las cláusulas subrogatorias que aparecen en determinados convenios colectivos operan como una mejora al respecto de cuál sea la normativa realmente aplicable a los trabajadores que se ocupan en contrata sucesivas, para garantizar la estabilidad de su empleo.
3. Si no aparecen las cláusulas convencionales que obligan a la subrogación de los trabajadores o, cuando aparecen, los trabajadores no cumplen las condiciones previstas por éstas, la subrogación no puede operar, a no ser que nos encontremos con las condiciones que aparecen en el art. 44 ET.
4. Siempre debe atenderse, para conocer si aparece o no la obligación de la subrogación de las empleadoras en los contratos de los trabajadores, los términos de lo dispuesto en los convenios colectivos, única norma aplicable a estos contratos.

Por tanto, la sucesión de contrata y subcontrata que se suceden en la prestación de una actividad no son la misma empresa, sino que se trata de empresas que se suceden en la actividad que realizan, sin más. Y el cambio de concesión de una contrata se regulará, pues, por lo establecido en el convenio colectivo o por lo establecido en el pliego de condiciones que establezca la Administración. Las contrata que prestan el mismo servicio no son la

en las previsiones de la Directiva o del artículo 44 ET. Por ello, **la norma convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla.** Y es que la relación entre el artículo 44 ET y el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad **se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación.** En este punto conviene advertir que la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos: a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello. b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una “sucesión de plantilla” y una ulterior “sucesión de empresa”. c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva [art. 8 de la Directiva 2001/723/ CE (RCL 1978, 2836)] o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET). Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de coherencia previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes, como aquí se ha hecho. Son los propios agentes sociales quienes, conocedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de Derecho necesario y en tal empeño consideramos que la sentencia de instancia alberga doctrina acertada (STS 4ª nº 460/16, de 1-6-2016, R. 2468/14).

misma empresa sino empresas diferentes, que se subrogan en los contratos de los trabajadores que, obligatoriamente, han de permanecer en el servicio por mor de lo dispuesto en el convenio colectivo, con su mismo contrato de trabajo original –aunque con las previsiones de lo que disponga, al respecto, el convenio colectivo–.

Por todo ello, no hacía falta que el Alto Tribunal se viera en la necesidad de descartar el que, tal como parecía sostener la Sentencia de instancia que se recurre, la subrogación de contratos operada vía convencional pudiera significar que las empresas (previa y sucesora) fueran la misma, pues, en estos casos y, como es sabido, la sucesión de contratos no implica que las empresas sean la misma entidad, pues no se trata de una sucesión de empresas a la que sea aplicable el régimen del art. 44 ET. El recurso, igualmente, a la aplicación analógica del apartado 3, f) del RDL 3/2014, era, igualmente, demasiado forzado. Bastaba acudir a lo dispuesto en el convenio colectivo y a la doctrina sentada por la Sala Cuarta del Alto Tribunal.

8. ACERCA DEL SENTIDO DEL FALLO: CONCLUSIONES

El conflicto planteado en sede de lo contencioso-administrativo se resuelve en términos excesivamente parcos, pecando también de falta de claridad al remitirse de forma sólo tangencial y accesorio a una cuestión clave que ha sido resuelto frecuentemente por la doctrina judicial emanada del Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Como consecuencia de la asunción de tal doctrina y, también, atendiendo a las normas de aplicación de las fuentes normativas en el ordenamiento jurídico laboral, debe acudirse, en esencia, para resolver el debate planteado, a lo dispuesto en el convenio colectivo, norma que hay que aplicar e interpretar en la línea de complementariedad y complementariedad de forma tal que sea desde la comprensión de tal norma pactada desde la que se permita prolongar la estabilidad de los contratos de los trabajadores ocupados en el servicio (de limpieza) prestado, aunque la contrata cambie de empresa ejecutora.

Es pues, preciso, conocer tanto el sentido de la doctrina judicial respecto a la naturaleza de la subrogación operada vía convencional como la regulación exacta que aparece en el convenio colectivo. Y ello porque tanto dicha doctrina como la norma convencional son las que influyen en el otorgamiento de ventajas o beneficios –en este caso bonificaciones– adheridas a los contratos de trabajo suscritos.

Así las cosas, nunca podremos asimilar la subrogación legal (vía art. 44 ET), con la subrogación convencional (vía convenio colectivo), porque ambas se rigen por disposiciones diferentes y la subrogación –la sustitución del empleador en el mismo contrato del trabajador– se activa en situaciones y bajo condicionamientos distintos. Por ello precisamos acudir al convenio colectivo para que se especifique, desde éste, cuándo y cómo opera la subrogación convencional. Pero eso no significa que la subrogación –como tal– no juegue y tenga consecuencias –concretamente en los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación– dado que, para éstos, los contratos son los mismos que ya tenían, por lo que las bonificaciones anexas a éstos seguirían y deben tener el mismo recorrido que el recorrido de cada contrato.

Por tanto, la exclusión de las bonificaciones se produciría por el hecho de vincular, necesariamente, a cada trabajador subrogado con un solo contrato (en este caso indefinido),

contrato que permanece invariable en sus términos en virtud de lo dispuesto en la normativa convencional. Igualmente, al quedar incólume el contrato que vincula a los trabajadores subrogados no puede fijarse nuevas bonificaciones por nuevos contratos, ya que éstos no aparecen. Asimismo, al permanecer vigentes los contratos iniciales previos si éstos estuvieran siendo bonificados, tales bonificaciones sí podrían beneficiar a la empresa contratista que sucede a la anterior.

Lo relevante del pronunciamiento es, pues, que –aunque consigue el efecto de negar el acceso a la “tarifa plana”–, lo debe hacer trayendo a colación la doctrina judicial de la Sala de lo Social, imprescindible para comprender la naturaleza de la obligación de la subrogación convencional de los trabajadores. Y ello es fundamental porque resulta esencial diferenciar lo que es el mecanismo concreto de la subrogación (y en qué consiste) y cuál es la regulación concreta que regula la subrogación (legal o convencional). Y es esencial, también, para comprender la naturaleza de la subrogación misma, operada vía convencional, atender a la regulación prevista para la misma en el convenio colectivo, una regulación de la que depende el que sean sólo parte de los trabajadores contratados de forma indefinida (85 de un total de 111 trabajadores) los que son subrogados y a los que no corresponde la bonificación de cuotas¹⁵.

Es, pues, el convenio colectivo el que obliga a la subrogación y, por tanto, opera éste como norma reguladora del mecanismo de sustitución (real, no aparente) de una empresa por otra en los contratos de los trabajadores (que permanecen invariables), razón ésta que sería la única que justificaría el que no pudiera otorgarse las bonificaciones solicitadas por la empresa. Y la subrogación actúa pero lo hace con los márgenes de lo dispuesto en el convenio colectivo, motivo por el que las bonificaciones de la empresa solamente van a afectar a los trabajadores incluidos dentro de la subrogación (los que reúnan las condiciones especificadas en los convenios colectivos).

Por eso también, aquellos trabajadores contratados pero que no hayan sido subrogados (aunque sí fueron contratados por la empresa previa) sí podrían disfrutar de la bonificación. Igualmente, si la bonificación no se hubiera reconocido por el período completo en la empresa saliente el tiempo restante quedaría para la empresa que asume la contrata de limpieza posteriormente. Es decir, la subrogación –convencional– significa para los trabajadores afectados una ventaja que supone ser tratados como trabajadores sucesores de la empresa previa (a efectos de antigüedad....) de forma que su contrato es el mismo, y solamente cambia la entidad empleadora, y ello también debe ocurrir –sólo en los casos en los que opera la subrogación convencional– llevando aparejado cada contrato las bonificaciones establecidas, atendiendo al hecho de que el contrato, en el caso de la subrogación es el mismo, y también deben ser las mismas las bonificaciones aplicables que pudieran empezar a disfrutarse, o no, en la previa empresa contratista que los ocupó. Y ello debe analizarse caso por caso, atendiendo a lo dispuesto en el convenio colectivo (norma aplicable a este supuesto).

Así pues, la bonificación deberá concederse, en su supuesto en el que exista una subrogación de trabajadores atendiendo exactamente a cómo se ha efectuado y en virtud de

¹⁵ A ello sí se hace mención en la Sentencia de instancia de 28 de febrero de 2016.

qué norma se ha operado la subrogación, pues ésta no es necesaria ni exigible (via convenio colectivo) respecto a todos los trabajadores que finalmente se integran en la empresa. Además, si la nueva mercantil (subcontratista) ocupa la misma posición jurídica subjetiva de la anterior ello debe tener consecuencias también respecto a la posición de ésta y de aquélla en materia de seguridad social, y si las bonificaciones de los trabajadores estaban vivas en la mercantil anterior, las bonificaciones que resten debieran poder concederse a la empresa que ocupa el lugar de la anterior, con la misma duración y/ prolongación de las ayudas que viniera disfrutando la previa mercantil.

El principio de igualdad de género *versus* el principio de contributividad en la protección por desempleo: una colisión inevitable en el trabajo a tiempo parcial

Principle of gender equality versus principle of tax payment in unemployment protection: an inevitable clash in part-time work

MARÍA ANGUSTIAS BENITO BENITEZ

DOCTORA EN CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. PROFESORA SUSTITUTA INTERINA
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Resumen

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha debido de afrontar el difícil acomodo de su regulación con el principio de proporcionalidad y de contributividad. Pero también, y dada la elevada feminización que caracteriza a las jornadas parciales en el mercado de trabajo español, con la prohibición de la discriminación por razón de sexo. El activismo judicial demuestra que, pese a la importante y más reciente reforma llevada a cabo en su formulación (Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), se dejaba sin cerrar cuestiones relevantes. La última, la relativa al acceso y duración a las prestaciones por desempleo, sobre la que se ha pronunciado la STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (C-98/15).

Abstract

The social protection of part-time workers had to deal with the complex adaptation of its regulation and the principle of proportionality and tax payment. As well as, given the high level of feminisation of part-time work in Spanish labour market, the prohibition of gender discrimination. Judicial activism shows that, in spite of the important most recent reform of its formulation (Law 1/2014 of 28th February on the protection of part-time workers' rights and other urgent measures in the economic and social fields), relevant matters were left unresolved. The last one, which is referred to the access and length of unemployment benefits ruled by the judgment of the ECJ of 9th November 2017, case Espadas Recio (C-98/15).

Palabras clave

Seguridad Social; protección por desempleo; género

Keywords

Social security; unemployment protection; gender

1. GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: EL DIFUSO CAMINO HACIA LA IGUALDAD

Habiéndose cumplido recientemente una década de la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), tenemos la oportunidad de hacer un cierto balance de la situación en la que se encuentra el principio de igualdad de género en el sistema de Seguridad Social, un ámbito en el que por los específicos principios sobre los que se construye sigue siendo muy tortuoso perfilar la función que deba cumplir en el difícil e inalcanzable camino hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En la medida que las desigualdades se mantengan en el ámbito laboral, el sistema de Seguridad Social actuará como reflejo de la posición que ocupa las mujeres en el mercado de trabajo; pero no es menos cierto que debe superarse tal visión reduccionista, por no decir neutral, de la dimensión transversal de la igualdad de género, siendo necesario insistir, como

la propia evolución del ordenamiento social ha demostrado, que la Seguridad Social ha sido generadora *motu proprio* de tratamientos cuestionables desde la perspectiva de género. Esta última óptica constituye por tanto la “otra” vertiente que explica el posicionamiento actual de la mujer la Seguridad Social, erigiéndose el sistema como un ámbito específico en el que el género, en virtud de su proyección transversal, requiere de la activación de todas sus instituciones para lograr superar el enfoque sexista y neutral con el que fue construido.

Ha sido la evolución que ha experimentado la construcción dogmática del principio de igualdad lo que permite y exige reflexionar sobre cuál debe ser la actuación que deba adoptar el sistema. De un lado, porque el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades ha permitido identificar ámbitos en los que la actuación de la Seguridad Social resulta ineludible, pero a la vez ha demostrado la presunta incapacidad del mismo para adoptar de manera satisfactoria las medidas necesarias: así ocurre, entre otras materias, con la acción protectora ligada a los derechos de conciliación. Junto a lo anterior, la concurrencia de una dificultad para adoptar medidas de derecho desigual en atención al sexo en el ámbito de la Seguridad Social que vayan más allá de la justificación que permite atender a la diversidad biológica de la mujer, para considerar los roles de la mujer en la familia o en la sociedad. Cuando así lo ha hecho –por ejemplo, con el complemento por maternidad– los términos de su formulación hacen de imposible justificación su admisibilidad. De otro lado, y más conocida por derivar de la dimensión formal del principio de igualdad, se sitúa la renovación del ordenamiento social a través de la detección de discriminaciones indirectas que por su persistencia, nos invita a considerar que el sistema se configura como una fuente inagotable de detecciones de impactos adversos, y por ello a cuestionarnos sobre el compromiso adoptado por los poderes públicos. Y, entre las materias en las que ha sido constante la identificación de tratamientos discriminatorios pese a su carácter neutral, la regulación de la protección social del trabajo a tiempo parcial adquiere un protagonismo indiscutible, sin duda, por ser un exponente de la máxima intensidad que en ella adquiere la colisión entre los diversos y contrapuestos principios inspiradores de sistema.

El trabajo a tiempo parcial sigue constituyendo un elemento que incrementa la precariedad laboral en España, generando trabajadores que pueden ser considerados de segunda clase¹. De esta forma la desigualdad laboral sigue avanzando, instaurándose como una característica estructural del mercado de trabajo: las coordenadas que la definen son el “trabajo a tiempo parcial, en sectores de los servicios de bajo valor añadido, prestados fundamentalmente por mujeres, en su mayoría jóvenes, que trabajan en empresas del sector privado de pequeño tamaño, con un contrato temporal, con mucha rotación y, por lo tanto, con carreras profesionales cortas”. Y, como consecuencia de esta precariedad laboral, tanto contractual como, especialmente, en el trabajo a tiempo parcial no deseado, las mujeres tienen un salario inferior: “trabajar a tiempo parcial es el principal factor para tener los salarios más bajos”².

¹ “Las mujeres concentran en España las dos terceras partes del empleo a tiempo parcial. Sin embargo, en los dos últimos años se ha frenado la tendencia al alza que se registraba desde 2005: en 2016 el 24,4 % de las mujeres trabaja a tiempo parcial, siete décimas por debajo del nivel alcanzado en 2015 y relativamente cercano al 23,2 % de 2005”. Datos extraídos del informe *Situación de las mujeres en el mercado de trabajo, 2016*, Subdirección General de Análisis del Mercado de Trabajo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp. 32.

² CCOO, *Un mercado de trabajo insuficiente y muy desequilibrado*, 2016, pp. 27 y 28.

Esta situación conlleva de manera paralela, y entre otros factores, a un peor posicionamiento en el sistema de protección por desempleo, originando que las mujeres desempleadas tengan un nivel de protección más bajo y de peor calidad. Constatándose un deterioro de la tasa de cobertura con carácter general, la debilidad del sistema de protección por desempleo es especialmente intensa tanto en cantidad como en calidad para las mujeres³, pues acceden en menor medida a las prestaciones contributivas y más a las asistenciales⁴.

Condicionada la verificación del impacto adverso a la constatación estadística de la afectación del tratamiento normativo, ha sido la acreditación de tal dato lo que ha permitido impulsar, a regañadientes, la reformulación de la protección social del trabajo a tiempo parcial. En definitiva, la constatación de la mayor afectación femenina de la medida es lo que ha obligado la actuación del legislador en esta materia. Formulación en la que tiene lugar una colisión de intereses, o más bien de principios: de un lado, el de contributividad y sostenibilidad, propio del sistema de Seguridad Social; de otro, el principio de proporcionalidad y de igualdad, *pro rata temporis*, específico del trabajo a tiempo parcial; y el principio de transversalidad de género. Siendo esta pugna, y el ansiado pero complejo equilibrio entre todos ellos, lo que se encontrará en la base de cualquier cuestión planteada en sede judicial. Y cuya premisa la constituye la doble penalización de la regulación, «doble proporcionalidad» que se instauraría desde sus orígenes, por la cual, la menor contribución al sistema, derivada a su vez de la inferior remuneración percibida a consecuencia de la realización de una jornada reducida, tendría sus efectos tanto en el cómputo del periodo de cotización requerido, a fin de acceder a las diversas prestaciones, como en el cálculo de las bases reguladoras. Tal tratamiento sería considerado desproporcionado y atentatorio al principio de igualdad –que debe regir entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial–, y a la prohibición de la discriminación por razón de sexo.

Dos son las resoluciones que a lo largo de su trayectoria han impulsado la reforma de la regulación social del trabajo a tiempo parcial, y en ellas, el principio de igualdad de género se erigirá como baluarte de su construcción jurídica. La primera, como sabemos, sería la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que declararía la inconstitucionalidad de la normativa por entonces vigente. Sin embargo, desde el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad hasta su resolución, tendría lugar una modificación normativa sobre la que no se pronunciaría el Tribunal Constitucional, dejándola por ello vigente –nos referimos a la llevada a cabo por el RD-L 15/1998, de 27 de noviembre⁵–, considerándose por el legislador que con ella daba cumplimiento a la tacha de nulidad que derivaba de la sentencia. Reforma que llevaría a cabo la incorporación de ciertas alteraciones, por las cuales se vendrían a atenuar, que no eliminar, la «doble proporcionalidad». Por lo que, y pese a la mejora introducida, no se lograría sortear el cuestionamiento doctrinal de la regulación.

Tendría que transcurrir casi una década para obtener un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el cual, sin embargo, y pese a la base jurídica de la que ahora

³ En el año 2017 se ha situado en 61.6 para los hombres, y 51.7 para las mujeres. Fuente: SEPE, noviembre de 2017.

⁴ “La diferencia en la cuantía de la prestación contributiva -que depende del tiempo cotizado y del salario por el que se cotiza- refleja de forma concentrada todas las discriminaciones salariales que sufren las mujeres en el mercado de trabajo español”. CCOO, *Análisis gráfico. Recorte en la protección por desempleo en España*, 2015, p.10.

⁵ RD-L 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad.

disponía –por supuesto nos referimos a la LOIEMH–, esperaría a la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE sobre la misma materia⁶. En efecto, el Tribunal de Justicia se pronunciaría en la sentencia de 22 de noviembre del 2012, asunto Elbal Moreno, en la que declararía a la normativa española contraria a la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, establecida en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978. Emitida tal resolución, el Tribunal Constitucional se pronunciaría en la sentencia 61/2013, de 14 de marzo, declarando la inconstitucionalidad de la regulación.

Tras estas resoluciones, el legislador abordaría la reforma de la disposición adicional séptima LGSS de 1994. La modificación llegaría con el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social –posteriormente convertida en la Ley 1/2014, de 28 de febrero–, que vino a introducir sendas innovaciones en la regulación. En primer lugar, se decide no abandonar la proporcionalidad en los periodos de carencia, pero para su cómputo se utilizaría instrumentos que permitieran determinar, con exquisito respeto a la igualdad, los días cotizados por el sujeto, procediendo a una adaptación de la carencia requerida en función de la proporcionalidad mantenida por el trabajador –se crea el «coeficiente global de parcialidad»–, adaptación que supone la apertura al sistema de quienes antes quedaban expulsados (artículo 247 LGSS). En segundo lugar, el cálculo de la base reguladora se rige por la proporcionalidad que marca las propias remuneraciones mantenidas por el trabajador, determinándose el porcentaje aplicable a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente conforme a la escala general a que se refiere el artículo 210.1 LGSS, si bien se estableció un incremento de los días considerados cotizados consistente en multiplicar tales días acreditados de conformidad con las reglas introducidas en un 1,5, siempre que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial (artículo 248 LGSS). En tercer lugar, dado que el acceso será posible para aquellos que no acrediten el mínimo de carencia –15 años–, pese a la aplicación del beneficio anterior, necesarios para acceder al primer porcentaje aplicable a la base reguladora –esto es, el 50 %–, se establece que en tales supuestos, el coeficiente a aplicar *“sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el periodo de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años”* (artículo 248.3.º LGSS). Por lo que será posible que el porcentaje a aplicar sea inferior al 50 %.

Lo cierto es que el acceso a la pensión quedó garantizado, y ello sin objeciones desde el principio de igualdad, y dado que se decidió que la proporcionalidad no repercute en el reconocimiento de los complementos por mínimos, la cuantía mínima quedó garantizada (eso sí, en los términos en los que quedaron configurados por la reforma de las pensiones), lo que resulta trascendental en cuanto que la solidaridad del sistema no resulta mermada, terreno cuya virtualidad resulta esencial desde la dimensión de género –dada la feminización presente en su disfrute–. No obstante, y como bien indica la doctrina especializada bien pudo el legislador *“acometer una regulación menos cicatera y que, de una vez por todas, acabase de raíz con las dudas desde la óptica de la igualdad”*⁷. Lo anterior, además, porque dada la centralidad con la que se abordó la reforma, anudada al supuesto objeto de debate en las resoluciones que la impulsaron, las medidas adoptadas se focalizaron en las reglas relativas a

⁶ Cuestión prejudicial planteada por el Auto del JS de Barcelona de 4 de julio de 2011.

⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDLEY 11/2013, de 2 de agosto”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2013.

las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, si bien, dejando pendiente algunos tratamientos cuestionables, como la configuración de la integración de lagunas o, la que nos ocupa en este trabajo, la regulación de determinados elementos en la protección por desempleo. Cuestiones que siendo postergadas por el legislador en tal momento, han sido desde entonces diana de críticas doctrinales y pronunciamientos judiciales, de mayor o menor éxito.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

2.1. El periodo de carencia: el nudo gordiano para la proporcionalidad y la contributividad del sistema

El debate sobre la normativa de la protección social del trabajo a tiempo parcial pivota sobre la función que debe atribuirse a la carencia como requisito de acceso a las prestaciones de lo que deriva, en definitiva, el significado y alcance del principio de proporcionalidad como uno de los aspectos de la igualdad, pero también de la contributividad del sistema. Abordar una reforma respetuosa con la igualdad en todas sus dimensiones, exige profundizar sobre el significado de la carencia en el sistema de Seguridad Social, pues de ello dependerá la defensa en la aplicación y alcance de la proporcionalidad sobre este requisito. Diversas posiciones son defendidas en esta disyuntiva, ambas giran en torno a la funcionalidad que cumple tal elemento: de un lado, expresiva de la defensa de la proporcionalidad contributiva, el periodo de carencia no sería, en su sentido más simplista, un tiempo de permanencia en el sistema, sino que cumpliría una función de cómputo de la carga contributiva como tiempo cotizado, “*en donde el tiempo es índice del quantum de la cotización, valor, a su vez, indicativo de la contribución al sistema*”⁸; de otro, quienes consideran que el periodo de carencia es un requisito contributivo/profesional, pero que el mismo no está constituido, –salvo para el trabajo a tiempo parcial–, por reglas de proporcionalidad⁹.

Sin embargo las resoluciones hasta ahora adoptadas han eludido un posicionamiento claro y contundente sobre este requisito¹⁰. Ciertamente consideramos que ello ha ocasionado un debilitamiento en el rechazo de la doble proporcionalidad, en especial, en los últimos pronunciamientos, pues en ellos, parece instaurarse la admisibilidad de la proporcionalidad

⁸ Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas en el voto particular a la STC 253/2004, de 22 de diciembre.

⁹ VICENTE PALACIO recuerda que en el sistema de Seguridad Social son muchas las excepciones y matizaciones a los principios de contributividad y proporcionalidad, así plantea: “¿Acaso se exige o aplica regla de proporcionalidad alguna respecto de un trabajador a tiempo completo cuya jornada anual convencional es inferior a la jornada máxima legal? ¿Acaso la cotización por pagas extraordinarias adicionales a las legales obligatorias se computa proporcionalmente para el cómputo del periodo de carencia, reduciendo este? ¿Acaso se exige, tras el agotamiento de una IT y para el reconocimiento de otra posterior, el trabajo y la cotización posterior durante seis meses después del alta? ¿Acaso, en materia de desempleo, los tramos de carencia que determinan la duración de la prestación no pierden la proporcionalidad a partir del inicio de cada tramo?”, en “Trabajo a tiempo parcial y determinación del periodo de carencia para el acceso a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación. Comentario a las sentencias del tribunal constitucional 253/2004, 49/2005 y 50/2005”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.9, 2005.

¹⁰ RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Relaciones Laborales*, núm.10, 2013.

para el cómputo de los periodos de carencia si la formulación de la misma no origina efectos gravosos y desproporcionados. Resquicio jurídico que sería utilizado por el legislador en la labor de colmar el vacío normativo originado, poniéndose de manifiesto que en la solución a adoptar debía de sopesarse la influencia del sistema cotizatorio y el impacto económico que de ello derivaría.

La solución que se alcanzaría para las pensiones de incapacidad permanente y jubilación optaría, entre todas las alternativas planteadas por la doctrina¹¹, por modular el periodo cotizado por los trabajadores a tiempo parcial en función de su jornada. Para ello se introduce la aplicación de instrumentos que permiten calcular la parcialidad del trabajador a lo largo de su carrera profesional, adquiriendo un protagonismo absoluto en la medida que el resultado arrojado determinará la carencia que será exigida a cada trabajador, personalizándose un requisito hasta ahora genérico para todos los potenciales beneficiarios. Estos mecanismos son coeficientes que calculan, uno la parcialidad en relación con cada contrato de trabajo a tiempo parcial (coeficiente de parcialidad), y el otro la parcialidad en relación con toda la vida laboral (coeficiente global de parcialidad). La innovación del RD-L 11/2013, de 2 de agosto, consistió en configurar una proporcionalidad que no ocasionara efectos desproporcionados, y para lograrlo la carencia exigida se modula, adaptándose a la parcialidad del sujeto, de forma que cada potencial beneficiario deberá acreditar una carencia que resulta personalizada. Tratamiento individualizado que alcanza a la carencia específica para la que, igualmente, se ha previsto la aplicación del coeficiente global de parcialidad, de manera que, cuando se exija que *“parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible”*.

Este resultado ha llevado a puntualizar que, ciertamente, idéntico resultado se hubiera conseguido, incluso con un coste de gestión inferior, si se hubiese procedido a aplicar la regla que rige para los trabajadores a tiempo completo, según la cual se consideran como días cotizados aquellos en los que se haya mantenido en situación de alta en el sistema, esto es, todos los que transcurren estando vigente la relación laboral, con independencia de la reducción de jornada afectante, y de su distribución en el tiempo¹². Siendo cierto el efecto, debemos de ser prudentes en las argumentaciones, pues la exclusión por el legislador de la fórmula aplicada a los trabajadores a tiempo completo, le permitirá invocar una justificación jurídica basada, de nuevo, en la proporcionalidad, pero que con la actual regulación, como hemos adelantado, parece formularse respetando los principios de igualdad y no discriminación por razón de

¹¹ NOGUEIRA GUASTAVINO identificaba hasta seis posibilidades: (1) equivalencia entre días trabajados como días cotizados; (2) computar los periodos de vinculación contractual, con independencia de los días y horas trabajados; (3) considerar cada hora trabajada como hora cotizada, estudiando un sistema que ampliara el coeficiente y que, además, tomara como referencia para el cómputo de los días teóricos de cotización no la jornada máxima legal, sino la jornada «habitual» en la actividad de que se trate; (4) aplicar la proporcionalidad también a los periodos de carencia requeridos, es decir, exigir unos periodos de carencia proporcionales a la parcialidad del contrato; (5) arbitrar una forma propia de computar la cotización de los trabajadores a tiempo parcial que no se basara exclusivamente en el cómputo del tiempo de trabajo, sino en el valor de lo aportado a lo largo de la carrera asegurativa; (6) excluir del sistema al trabajo marginal o reducir su protección, en, “La compleja protección social de los trabajadores a tiempo parcial: los efectos explosivos e inciertos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (As. Elbal Moreno), *Revista de Derecho Europeo*, núm.47, 2013, pp. 81-86.

¹² LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial...”, *op.cit.* y FERNÁNDEZ PROL, F., “Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los periodos carenciales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, p.102.

sexo¹³. Y es que la misma permitiría al legislador mantener la conexión funcional en los dos planos en disputa, estos son, el período de cotización y el cálculo de las bases reguladoras a los efectos de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, es decir, para la determinación del porcentaje aplicable. En efecto, la proporcionalidad aplicada en ambos ámbitos permite tal conexión, esta es, en el cálculo de la cuantía de la pensión, concretamente, en la determinación del porcentaje que resultará aplicable a la base reguladora, para lo cual se tomarán los días cotizados resultantes de las operaciones llevadas a cabo en el cómputo del periodo de carencia, y que podrán ser inferiores a los días que hubiera estado el contrato laboral vigente. Difícilmente se hubiese admitido que la asimilación plena con los trabajadores a tiempo completo («día en alta-día cotizado») en el periodo de carencia no tuviese igualmente proyección en la concreción del porcentaje a aplicar en la base reguladora. Lo que por otro lado, y de seguro con mayor peso en tal decisión, acentuaría el coste económico que esta reforma ha supuesto para el sistema; o, dicho de otro modo, a través de esta vía ha podido el legislador contener el impacto económico.

En definitiva, se lograría sortear la vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación sexista, pues debemos entender que se acomoda a la doctrina emanada del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional. No obstante, bien hubiese podido adoptar el legislador un posicionamiento que, de una vez por todas, hubiese plasmado la voluntad de equiparar la protección social de ambas categorías de trabajadores, pues cabe mencionar que, ciertamente, podría haber extendido a las jornadas parciales las reglas de cómputo previstas para el trabajo a tiempo completo. Esta hubiese sido la fórmula más atractiva si, en términos genéricos se pretendía impulsar el trabajo a tiempo parcial, y en particular, como modalidad que permite hacer efectivo la conciliación de la vida laboral y familiar.

Sin embargo, advertido el carácter parcelado de la reforma, quedarían cuestiones sin cerrar, específicamente, para el modelo de protección por desempleo. En efecto, la subsistencia de la regulación ofrecida por el RD-L 15/1998, de 27 de noviembre, pese a las dudas suscitadas tras la STC 253/2004, de 22 de diciembre, supondría, a los efectos de la determinación de los períodos de carencia para acceder a la protección por desempleo, la vigencia de la redacción de la DA séptima LGSS de 1994, cuya regla cuarta se remitía a lo que determinara reglamentariamente la normativa específica. Remisión que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de noviembre de 2010, consideró realizada al artículo 3.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, que establecía la regla especial de «día trabajado-día cotizado», cualquiera que haya sido la jornada, esto es, que debía de atenderse al número de días trabajados con independencia del volumen de la jornada, ya sea esta diaria o semanal. Este tratamiento se mantendría inalterado tras la STC 61/2013, de 14 de marzo, y la posterior reforma llevada a cabo que nuevamente reiteraría que *“para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica”*. Con el nuevo Texto Refundido de la LGSS, el artículo 245.1 dispone que la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá *“específicamente por lo establecido en este capítulo y en los artículos 269.2 y 270.1 con relación a la protección por desempleo”*, lo que

¹³ Así lo consideran, entre otros, CABEZA PEREIRO, J.C., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014, p.965, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial...”, *op.cit.*; y FERNÁNDEZ PROL, F., “Trabajadores a tiempo parcial y protección social...”, *op.cit.*, p.107.

a la postre supondrá que para la determinación del periodo de ocupación cotizada y el cálculo de la base reguladora respectivamente, a lo dispuesto en la normativa reglamentaria de desarrollo, por lo que en sustancia implicaría dejar intacto lo comentado previamente.

La regla que resulte de aplicación a los periodos de cotización, a fin de lucrar la prestación de desempleo, deviene trascendental en la medida en que aquellos construyen no sólo el requisito de acceso, sino que también modularán la intensidad de la misma, en la medida que tiene proyección en la determinación de la duración del disfrute de la prestación. Cuestión que no resulta baladí para las arcas del sistema, porque en definitiva implicará dilatar temporalmente su percibo, lo que se traduce de este modo en un montante final mayor de la cuantía percibida por el beneficiario. Siendo tres las dimensiones esenciales concurrentes en la prestación por desempleo –acceso, duración y cuantía–, la regulación objeto de análisis afecta al acceso y la duración, siendo ésta última la que singulariza ciertamente a esta prestación por desempleo, al menos, respecto de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente que, como hemos tenido ocasión de incidir, han centralizado el debate hasta entonces.

El sostenimiento de esta regla tras el pronunciamiento judicial del 2004 y, posteriormente en 2013, ha generado que correlativamente se intensifique el cuestionamiento de la misma, más aún, ante la promoción del empleo parcial. La regla fijada en el artículo 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril, –“*cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada*”–, seguía ignorando el impacto que la misma genera en aquellos trabajadores a tiempo parcial con una distribución ‘vertical’ de su jornada de trabajo. El agravio comparativo ocasiona que estos trabajadores tengan mayores dificultades para acceder a la prestación por desempleo y al subsidio por desempleo cuando su disfrute requiere haber agotado una prestación del nivel contributivo o acreditar un período de cotización; lo que se intensifica si tenemos en cuenta que, al no establecerse regla alguna sobre el plazo en el que debe de reunirse el período mínimo de cotización, se debe proceder a aplicar las reglas generales¹⁴.

Y comoquiera de la insatisfactoria redacción, por la doctrina científica y judicial no se ha dejado de insistir en la vulneración que tal redacción ocasiona y en la imperiosidad de abordar su reformulación, lo que llevó al Juzgado de lo Social nº33 de Barcelona a plantear una cuestión prejudicial¹⁵ que sería resuelta por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (C-98/15).

2.2. La actuación de la Seguridad Social en igualdad de género: su virtualidad en la protección por desempleo

Hemos señalado que la propia articulación jurídica del sistema sigue presentando instituciones neutrales al género y, asimismo, que dada la evolución dogmática del principio de igualdad, resulta exigible la adopción de medidas (por ello, no sólo en el ámbito laboral, sino también en la Seguridad Social) que vayan dirigidas al alcance de la igualdad de oportunidades. Por lo que respecta a la protección por desempleo, podemos afirmar que las

¹⁴ ROQUETA BUJ, R., “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm 174, 2015, p. 56.

¹⁵ Cuestión prejudicial planteada por el Auto del JS de Barcelona de 6 de febrero de 2015.

medidas adoptadas se caracterizan por una insatisfactoria formulación debido a su su deficiente contenido.

En efecto, por su importancia, nos referimos en primer lugar, a las actualmente dirigidas, expresamente por la LGSS, a la “*protección de la familia*”, especialmente nos referimos a la cobertura cotizatoria prevista en el artículo 237 LGSS ligada al ejercicio de los derechos de conciliación consistentes en la reducción de la jornada y las excedencias. Por lo que respecta a esta última, los apartados primero y segundo del precepto mencionado cubre la laguna ocasionada por la totalidad del disfrute de la excedencia por razón del cuidado de cada hijo o menor, limitándose al primer año cuando el motivo del disfrute sea el cuidado de otros familiares. En ambos supuestos, la virtualidad de la medida se extiende “*a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad*”. Por lo que respecta a las reducciones de jornadas: durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor de doce años y durante el primer año del período de reducción de jornada por cuidado de una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida o para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, las cotizaciones se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las mismas prestaciones mencionadas para los supuestos de excedencias; en los supuestos de reducción de jornada para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, las cotizaciones realizadas durante todo el periodo de reducción se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal. Como podemos observar, la protección por desempleo queda excluida del ámbito objetivo de tales medidas.

La falta de reconocimiento de los cuidados se pone igualmente de manifiesto en la atención de las personas dependientes a través del Sistema de Dependencia. No olvidemos que en la creación de tal sistema, se adoptó como compromiso la valoración del trabajo realizado por las cuidadoras familiares. Una reivindicación social que reclamaba la cobertura social de las personas que dispensan cuidados tradicionalmente marginadas en este sentido, y en la que la transversalidad de género constituyó la base jurídica para su impulso dado el impacto que tal situación ocasionaba en las mujeres. La medida adoptada consistiría en la integración de tales cuidadoras no profesionales en el sistema de Seguridad Social a través de la suscripción de un convenio especial que, con el objetivo de impulsar el afloramiento de estos trabajos, se exoneraría de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. Que, sin embargo, y por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, pasó a tener carácter voluntario debiendo asumir las cotizaciones a la Seguridad Social el suscriptor del mismo. No obstante, y pese a tal retroceso, debemos indicar que la protección por desempleo quedaría excluida desde los inicios de su creación de la acción protectora generada por tal convenio especial –“*la situación de asimilación al alta a que se refiere el artículo anterior será a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su*

*naturaleza*¹⁶—, quedando desprotegida la situación de estas mujeres, por ejemplo, tras el fallecimiento de la persona dependiente. Con ciertas cautelas, podría decirse que la prestación en favor de familiares, prevista en el artículo 226. 2 LGSS, vendría a proteger en cierto modo, la situación de desempleo de quién se hubiese dedicado a los cuidados de un familiar durante un largo periodo de tiempo. Sin embargo, y pese a lo anterior, la crítica se sitúa, entre otros aspectos, en que su reconocimiento se somete a la previa contribución en el sistema del causante, trasladando aquí la dinámica de la pensión de viudedad por lo que, nuevamente, estaríamos ante derechos derivados y no de titularidad propia.

Y es que dejando al margen la protección otorgada a las víctimas de violencia de género¹⁷, el sistema de Seguridad Social parece haber decidido enfocar su compromiso por la igualdad en la adopción de medidas que impulse el acceso de las mujeres a las pensiones de jubilación, así como incrementar tales cuantías. No hay duda, que las más recientes indicaciones comunitarias han puesto énfasis en la brecha de género existente en las pensiones¹⁸, lo que podemos presuponer que se encuentra en el trasfondo de las últimas y más innovadoras actuaciones del legislador social. Nos referimos a los beneficios por cuidado de hijos o menores previstos en el artículo 236 LGSS, o al más reciente, y controvertido, complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, por lo que respecta a la protección por desempleo el legislador se manifiesta impasible, retrocediendo incluso en la senda avanzada: no podemos pasar por alto que se derogaría¹⁹ la reforma introducida por la LOIEMH por la que impondría el disfrute inalterable de la cuantía del subsidio asistencial por desempleo con independencia de la jornada previa o, la exclusión de las empleadas del hogar de esta acción protectora.

3. LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: EL ISLOTE PENDIENTE

3.1. El tribunal de justicia en la protección social del trabajo a tiempo parcial

Como hemos explicado anteriormente, la evolución que ha experimentado el principio de igualdad ha permitido, entre otras cosas, una mejor inteligibilidad y aplicabilidad de las construcciones dogmáticas sobre el mismo.

Por lo que respecta al trabajo a tiempo parcial su consideración como trabajo atípico ha llevado a afirmar que en sí mismo constituye una causa de discriminación, pero además “puede operar como circunstancia interpuesta en la estructura característica de la discriminación sexista indirecta”²⁰. Se trata de un fenómeno discriminatorio específico en el que concurren diversas causas discriminatorias: en el trabajo atípico estamos ante una misma

¹⁶ Artículo 3 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

¹⁷ Nos referimos a la consideración de la suspensión y de la extinción del contrato como situación legal de desempleo en el artículos 267.1.a).5º y 267.1.b).2º LGSS.

¹⁸ Consejo de la Unión Europea, Igualdad de oportunidades de ingresos para los hombres y las mujeres: reducir la brecha de género de las pensiones, Bruselas, 19 de junio de 2015.

¹⁹ Con el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, la cuantía del subsidio por desempleo en caso de pérdida de un trabajo a tiempo parcial, se percibirá “en proporción a las horas previamente trabajadas”.

²⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 253 y 254.

causa discriminatoria susceptible de aplicar dos tutelas antidiscriminatorias. Dándose tal concurso, lo trascendental será incidir en la importancia de lograr la aplicación de todas y cada una de tales tutelas antidiscriminatorias a fin de lograr una más completa argumentación de la vulneración ocasionada a fin de garantizar la protección exigida.

Y para lograrlo, no podemos sino destacar la importancia de la normativa comunitaria, y en especial, la labor del Tribunal de Justicia que, sin embargo, y a pesar de la anterior afirmación, se diluye por la propia articulación del sistema comunitario. De un lado, porque aun disponiendo de herramientas normativas desde ambas perspectivas, la delimitación objetiva de cada una de ellas, motivada por distribución de competencias subyacente a ello, ha provocado que las construcciones jurisprudenciales alcanzadas en torno al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial²¹ no sean aplicables a cuestiones relativas a la Seguridad Social de los Estados miembros. Interesa destacar a la STJUE de 10 de junio de 2010, asunto Bruno y Pettini, en la que se declaró el trato peyorativo que ocasionaba la normativa nacional italiana en la que para el cálculo de la antigüedad necesaria para la adquisición de una pensión de jubilación no se tomaba en consideración los periodos no trabajados, lo que afecta a aquellos trabajadores contratados a tiempo parcial ‘vertical’ –en el supuesto, se trataba del personal de cabina en los que se apreciaba una tradicional presencia femenina– pues implicaba una diferencia de tratamiento respecto de los trabajadores a tiempo parcial ‘horizontal’. En esta ocasión sí resultó de aplicación el Acuerdo Marco dado que se consideró que la pensión abonada entraba dentro del concepto de «condición de empleo», no acudiéndose por ello a someter el supuesto al análisis de la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres. Sin embargo, el Tribunal de Justicia se mantiene firme, sin extrapolar tal construcción a los supuestos posteriormente analizados en los que pese a su identidad, defendería que las medidas analizadas se integran en un sistema público –el español, por lo que nos interesa– de Seguridad Social, no tratándose por ello de una condición de empleo. Consideramos acertada la exclusión del Acuerdo Marco a todos estos supuestos, pero lo que no nos resulta admisible es que tal inaplicación le permita obviar plenamente la absoluta identidad entre las pensiones de jubilación discutidas en ambos supuestos²². Y es la imposibilidad de este transvase lo que hace diluir la solidez de las resoluciones, pues el debate pierde una valiosa argumentación, quedando reducido a la detección de la discriminación indirecta por razón de sexo que, sin cuestionar la trascendencia de la misma, su centralidad en la acreditación estadística del impacto adverso

²¹ 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.

²² LOUSADA AROCHENA afirmaba que “el legislador español, que no se dio por aludido con la Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional, se encuentra –y ello incluso al margen de si, en cada caso concreto, la pensión de que se trate se pueda considerar condición de empleo, o no– deslegitimado argumentalmente, desde la Sentencia de 10 de junio de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para el mantenimiento, no solo del cómputo rárano de los periodos de carencia, sino para toda forma de infraprotección del trabajo a tiempo parcial que opera como obstáculo legal para su fomento”, en “Tiempo parcial y periodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)”, *Aranzadi Social*, 2010. En similar sentido GÓMEZ GORDILLO considera que “lo que desde el punto de vista técnico jurídico puede resultar menos admisible es que la negativa a aplicar al caso *Elbal Moreno* las normas del Acuerdo Marco se justifique a partir de la doctrina contenida en la resolución del asunto *Bruno*, pues tales argumentos deberían conducir en la dirección opuesta por tratarse de supuestos sustancialmente iguales”, en “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47, 2014, p.165.

parece eximir de un análisis más cualitativo a la medida cuestionada, de su finalidad en encuadre genérico de sistema, y de los principios que la inspiran.

En efecto, la posible detección de la discriminación indirecta queda reducida a la acreditación de la vulneración 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. De otro lado, aún centralizada en ésta última, para la apreciación de la discriminación indirecta el Tribunal ha exigido la concurrencia de dos requisitos. De un lado, la afectación predominante a los trabajadores de un determinado sexo, lo que conocida como «la prueba estadística», que no exenta de controversias²³, permite la aportación de datos cuantitativos que sirven de base para apreciar indicios de existencia de discriminaciones indirectas, desdeñándose cualquier análisis cualitativo sobre la naturaleza de la desventaja en base a la cual acreditar el impacto adverso. De otro lado exigiendo que la norma que da lugar a diferencias de trato o las perpetúa, no se encuentre objetivamente justificada y, además, que no se trate de una medida idónea y necesaria para conseguir un fin legítimo. De modo que si el dato estadístico revela que una proporción muy elevada de personas pertenecientes a un determinado sexo está siendo perjudicada por la norma, se podrá deducir que la misma genera una discriminación indirecta, recayendo sobre el Estado miembro del que procede la norma, probar la inexistencia de la discriminación aportando una justificación objetiva y razonable de la admisibilidad de la medida controvertida.

Ha sido, como decimos, el recurso a la prueba estadística sobre lo que ha pivotado las resoluciones del Tribunal de Justicia cuando somete la norma nacional a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, adquiriendo un protagonismo indiscutible cuando se trata de cuestiones relativas a la protección social del trabajo a tiempo parcial. Convirtiéndose en sus últimos pronunciamientos en objeto de especial atención como consecuencia de la alteración en su utilización.

Si hemos mencionado que tras la reforma del 2013 tendría lugar actuaciones judiciales en los que se debatiría determinados elementos de la protección social del trabajo a tiempo parcial que se mantuvieron inalterados, en ellas y por lo que respecta a las resoluciones del Tribunal de Justicia tendría lugar un giro en la utilización de la prueba estadística que implicaría un endurecimiento en su aplicación. En primer lugar, se sometería el mecanismo de integración de lagunas regulado en el artículo 248.2 LGSS que dispone que *“la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”*. Al respecto el artículo 7, apartado 2, del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, dispone que *“en relación con las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivadas estas últimas de enfermedad común o de accidente no laboral, la integración de los periodos durante los que*

²³ Siguiendo a QUINTANILLA NAVARRO, dos son las cuestiones problemáticas en relación a la utilización de la «prueba estadística»: de un lado, la determinación de los ámbitos sobre los que calcular los datos, es decir, si se debe determinar con carácter grupal, empresarial, nacional, internacional; y, de otro cómo cuantificar el impacto desproporcionado, es decir, cuánta diferencia debe haber para que la misma pueda ser admitida como indicio de la existencia de discriminación. En, QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, 1996, p.111-122.

no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar”.

Sobre esta materia se pronunciarían el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional, actuando en primer lugar el órgano nacional. El Tribunal Constitucional con la sentencia 156/2014, de 25 de septiembre, salvaría la legitimidad del precepto acudiendo a una argumentación altamente discutible, que le permitiría superar la tacha de discriminación sexista. Las expectativas desplegadas en base a las resoluciones precedentes fueron destruidas, al acudir a un argumento que nos parece rechazable en base a la doctrina asentada por el propio Tribunal: en el supuesto objeto de debate, el demandante no pertenecía al colectivo discriminado al tratarse de un varón. Se aparta con ello de la defensa alegada por el Tribunal Supremo que consideraba que la norma, aunque en apariencia neutra, podría situar a las mujeres en una posición desventajosa a la hora de calcular el importe de sus pensiones. Superada la tacha de discriminación sexista, para el Tribunal Constitucional, la configuración de este mecanismo se justificaba, además, en el principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social, el cual implica que *“debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores”*, lo que fundamenta la decisión del legislador de *“tener en cuenta las contribuciones efectivamente aportadas en el momento anterior a la laguna, utilizando así una fórmula que responde a criterios de contributividad”*. Y, aunque *“es cierto que podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada [...] no corresponde a este Tribunal determinar si resulta más justo”*. Rechazamos tal argumentación, pues si debemos resolver si la medida se encuentra basada en *“criterios razonables de proporcionalidad fundamentados en una lógica contributiva”*²⁴, la regla que utiliza –recordamos, en función *“al número de horas contratadas en último término”*– no responde satisfactoriamente al esfuerzo contributivo realizado por los trabajadores (ya sean a tiempo completo o parcial) potencialmente beneficiarios de la aplicación de la integración de medidas. Ocasiona por ello un desigual tratamiento que carece de una justificación objetiva y razonable²⁵.

Quedaba entonces aguardar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia. El tenor de la sentencia dictada en el asunto Elbal Moreno, y las conclusiones que emitiría el abogado general sobre el asunto sometido a enjuiciamiento, hacían presagiar un cambio en la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, se desvanecería toda expectativa con la STJUE de 14 de abril del 2015, asunto Cachaldora Fernández (C-527/13). El Tribunal de Justicia procede al endurecimiento del único instrumento que hasta ahora –y salvo error– permite la acreditación del impacto adverso, en la prueba estadística. No es suficiente para el Tribunal la mayor presencia de mujeres en el empleo parcial para acreditar que la norma genera un impacto desfavorable, sino que es exigible, a su juicio, además, la acreditación de que el elemento discutido repercute, en efecto, en una mayor proporción al colectivo femenino, y ello en base a que el mismo no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuya jornada anterior a la existencia de laguna

²⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., y, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, 2016, p.161.

²⁵ Como mantiene el voto particular que formuló el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 156/2014, de 25 de septiembre.

hubiese sido de carácter parcial. La aportación por el Gobierno de los datos de los hombres y mujeres que resultan afectados por la medida objeto del litigio, reflejaban que no hay diferencias significativas en atención al sexo en el recurso a este mecanismo, siendo mayor el número de hombres, lo que le permitiría la no apreciación de una discriminación indirecta por razón de sexo en su formulación. En sus conclusiones el abogado general ponía en entredicho tales datos apreciando que los mismos dependen del número de trabajadores activos en el Estado miembro y que no permite apreciar las proporciones respectivas de hombres y mujeres que componen el colectivo de trabajadores a tiempo parcial. Si bien, el Tribunal de Justicia sin hacer referencia a los mismos, se limitaría a dejar constancia de que el colectivo concreto de trabajadores a tiempo parcial afectado no podía identificarse con claridad. Y junto a ello la consideración de que tal regulación podía resultar ventajosa para algunos trabajadores a tiempo parcial –para aquellos trabajadores que, a pesar de haber trabajado con jornadas parciales durante gran parte de su carrera profesional, trabajaban a tiempo completo inmediatamente antes de la laguna de cotización–. Quedó inalterado, entonces, el precepto de la regulación española.

No olvidemos, que la misma jurisprudencia europea exige tener presente el principio de igualdad de género en la reformulación de las medidas a adoptar, a fin de que las mismas en su configuración tengan en cuenta su afectación a las mujeres. Tal situación de desventaja puede estar justificada, no solo mediante la justificación por el Estado de haber intentado perseguir una finalidad legítima de política social, sino también, que el medio seleccionado para garantizar tal objetivo satisface realmente “al empeño de lograrlo” y que se ha actuado de “*forma coherente y sistemática*” (STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto Brachner C-123/10).

El asunto Cachaldora Fernández dejaría una vereda abierta, cuyo recurso resultaba ciertamente difícil de rechazar, pues al reducir las posibilidades de acreditación del impacto adverso, se elude el necesario enjuiciamiento de los argumentos que permiten justificar la medida cuestionada. Y de este modo sucedió en el Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto Plaza Bravo (C-137/15), en el que se debatió en relación al entonces artículo 211 LGSS de 1994 –actual artículo 270.3 LGSS–. Este precepto dispone que a los efectos de la determinación de las cuantías mínimas y máximas de la prestación por desempleo, cuyo importe es el resultado de la aplicación al IPREM de un específico porcentaje, tratándose del acceso a tal protección por la pérdida de un empleo a tiempo parcial, el IPREM se fijará en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días. En el supuesto planteado, resulta paradigmático que el perjuicio se derivase por la aplicación de la regla mencionada en relación a las cuantías máximas, pues habiendo trabajado la señora Plaza Bravo durante 36 años a jornada parcial –equivalente al 60 % de la efectuada por un trabajador a tiempo completo–, extinguida la misma obtiene una prestación contributiva por desempleo de 652,20 euros mensuales, frente a los 1087,20 euros que se reconocerían a un trabajador a tiempo completo en análoga situación familiar que, devengando igual salario y cotizando por la misma cantidad a la Seguridad Social, fuera beneficiario de la prestación.

Nos encontramos ante un elemento configurador de la cuantía de la prestación en el que se discute, no la suficiencia de la protección, sino la adecuación de la misma, siendo la diversa formulación de un elemento redistributivo del sistema lo que resulta cuestionable dado que “*produce un resultado perverso, no sólo desde el punto de vista de la equidad y de la igualdad entre géneros, sino desde la perspectiva de los principios de contributividad y*

*proporcionalidad en el cálculo de la prestación de desempleo*²⁶. Y es que aquí, como en el asunto resuelto por la STC 156/2014, de 25 de septiembre, el escollo radica en determinar la razonabilidad de la proporcionalidad aplicada en base a la lógica contributiva que informa a la Seguridad Social; para concluir que, de nuevo, el modo en el que la medida ha sido formulada por el legislador resulta arbitraria, pues no cohonesta correctamente con la proporcionalidad ni con la contributividad.

Dado el estricto sometimiento del asunto a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de noviembre de 1978, el Tribunal procede a la verificación del impacto adverso, para lo cual focaliza su atención en el dato alegado por el Gobierno de que la norma “*no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos a quienes, habida cuenta de la retribución percibida durante los últimos 180 días de ocupación cotizada, se aplican las cuantías máximas o mínimas de la prestación por desempleo*”; en consecuencia, y retrotrayendo aquí la estrategia del asunto Cachaldora Fernández, afirma el Tribunal de Justicia que “*los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no permiten demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres*”; además de recurrir nuevamente al argumento de que “*como observan el Gobierno español y la Comisión, las cuantías máximas de la prestación por desempleo establecidas en el artículo 211, apartado 3, de la LGSS, específicamente controvertidas en el litigio principal, pueden resultar tanto o más desventajosas para los trabajadores a tiempo completo, ya que se determinan teniendo en cuenta el IPREM, aplicable a todos los trabajadores*”. Superada la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, aclara el Tribunal que el ajuste de tales cuantías al principio *pro rata temporis* no se puede considerar, en sí mismo, contrario al Derecho de la Unión.

Respecto de ambos asuntos analizados –Cachaldora Fernández y Plaza Bravo– consideramos que el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una alteración en la utilización de la prueba estadística que nos resulta rechazable. La exigencia de tales datos conlleva la necesidad de acreditar una afectación a través de unas estadísticas que no disponemos, los escasos datos aportados no revelan claramente tal afectación por estar sesgados: así, en el asunto Calchadora Fernández, los datos sobre el número de mujeres y hombres que se vieron afectados por la aplicación de este mecanismo, no reflejaban si tal afectación tiene lugar debido a que son ellos los que en mayor medida tienen acceso a las pensiones a las que resultan de aplicación (jubilación e incapacidad permanente), y por tal motivo, pueden demandar su aplicación, –en este sentido, no debería haber menospreciado el Tribunal que, como consecuencia de la regulación anterior, muchas mujeres quedaban expulsadas de su reconocimiento–; en el asunto Plaza Bravo, los datos podrían ocultar la brecha de género salarial existente en el mercado laboral español. Como indica la doctrina especializada no puede tratarse de un estadística *ex post facto* la que se utilice para la verificación de impacto desfavorable, sino una estadística *ex ante* de los potenciales sujetos a los que les pueda resultar de aplicación la norma en cualquier momento de su vida laboral²⁷.

²⁶ Cuestión prejudicial planteada por el Auto del TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2015.

²⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *El contrato de trabajo a tiempo parcial...*, *op.cit.*, p.162.

3.2. El asunto Espadas Recio: el acceso y la duración de la prestación

En el asunto Espadas Recio, como hemos señalado, se cuestionaría la normativa relativa a la determinación de la duración de las prestaciones por desempleo. Se trata del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, cuyo artículo 3, apartado 1 en relación a los trabajadores a jornada completa dispone que *“la duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los cuatro años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar”*; respecto de los trabajadores a tiempo parcial, el apartado 4 establece que, *“cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada”*.

El objeto que motiva la cuestión prejudicial sería la conformidad de la normativa aplicable, la cual, para determinar la duración del devengo de la prestación solo se tiene en cuenta los días en que efectivamente el trabajador llevó a cabo la actividad laboral, afectando a aquellos trabajadores cuya jornada de trabajo tiene una estructura ‘vertical’. En el asunto Espada Recio la aplicación de la norma mencionada implicó para una trabajadora de la limpieza el reconocimiento de una prestación por desempleo en una duración de 120 días, que tras la resolución por el SPEE de la reclamación administrativa previa (en cumplimiento del art. 71 LJS) se incrementaría a 420 días, pero sin llegar a los 720 días a los que hubiera tenido derecho si se hubiese tenido en cuenta el criterio de ocupación cotizada aplicable a los trabajadores a tiempo completo. El resultado de esta normativa es una reducción de la duración de la prestación por desempleo en comparación tanto con los trabajadores a tiempo parcial con una estructura de trabajo ‘horizontal’ como a los trabajadores a jornada completa.

En la cuestión prejudicial, el Juzgado de lo Social entiende que *“el peor trato se da por causa de la doble aplicación del principio ‘prorrata temporis’ que penaliza esta situación de contrato a tiempo parcial ‘vertical’ (y no en el ‘horizontal’): la menor jornada ya tiene su reflejo proporcional en el menor salario y, por consiguiente, en la menor cotización que –a la postre– determinará una prestación por desempleo en una cuantía proporcionalmente menor. Pero sí, además, se vuelve a aplicar –nuevamente– el principio ‘prorrata temporis’ para reducir la duración de la prestación, al computar exclusivamente los días trabajados, se estará aplicando por partida doble aquel principio, con un resultado final claramente injusto por desproporcional”*.

La cuestión jurídica problemática planteada perjudica a trabajadores a tiempo parcial como la Sra. Espadas Recio, de estructura ‘vertical’, a diferencia de si hubiera trabajado a jornada completa o si hubiese estado estructurada su jornada de manera ‘horizontal’. Ciertamente no se trata de una cuestión desconocida por el Tribunal Supremo que, aun aplicando la regla vigente de «día trabajado-día cotizado» a un trabajador parcial ‘horizontal’, aludió en su pronunciamiento a la necesaria coordinación con la doctrina derivada del asunto Bruno y Pettini –*“la carencia en caso de pérdida del contrato a tiempo parcial en los que la actividad se desarrollaba concentrada en unos meses del año [...] habría de coordinarse con la doctrina sentada por la STJUE de 10 de junio de 2010, Bruno y Pettini (C-395/2008) en la que se aborda la situación de los trabajadores a tiempo parcial*

*vertical*²⁸. La invocación realizada a la resolución del Tribunal de Justicia nos resulta destacable pues implica que en sede judicial nacional se ha detectado lo necesario de su proyección hacia cuestiones de protección social pública.

Tal petición la realizaría nuevamente en la cuestión prejudicial del asunto Espadas Recio que descartaría el Tribunal de Justicia, si bien evitando realizar referencias expresas al asunto Bruno y Pettini en su justificación –basada en la acertada inaplicación del Acuerdo Marco (fundamentos 9 a 34)–, pese a que el juez remitente la citó al formular la primera cuestión prejudicial. Queda por ello reducido el examen a la Directiva 79/7/CEE de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y por ello, su análisis a la luz de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo. Elevada trascendencia adquiere las conclusiones alcanzadas por la abogada general, dado que el Tribunal de Justicia alinearía a ellas su propio posicionamiento. Entre sus aportaciones, resulta esencial la construcción de su argumentación en defensa de la vulneración que implica la normativa nacional, afrontando directamente dos de las últimas sentencias dictadas por el Tribuna de Justicia ya mencionadas. Centra su razonamiento en precisar que las circunstancias del asunto correspondiente a la Sra. Espadas Recio son distintas.

Respecto del asunto Cachaldora Fernández indica que “la normativa nacional sólo afectaba a aquellos trabajadores que habían tenido lagunas de cotización durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante de la invalidez, cuando dicha interrupción era inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial. Sin embargo, el colectivo concreto de trabajadores a tiempo parcial afectado no podía identificarse con claridad. El Tribunal de Justicia no disponía de información estadística que indicara cuántos trabajadores a tiempo parcial tenían lagunas de cotización o si ese colectivo estaba compuesto mayoritariamente por mujeres. También se declaró que la normativa nacional controvertida en dicho asunto podía en realidad suponer una ventaja para algunos trabajadores a tiempo parcial”.

Y, de igual forma, en el asunto Plaza Bravo precisa que la medida nacional controvertida “no era aplicable a todos los trabajadores a tiempo parcial. De los autos no se deducía claramente si los datos estadísticos relativos a un colectivo de trabajadores específicamente afectados por la disposición nacional controvertida en dicho asunto permitían demostrar que esta disposición afectaba a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Además, se declaró que esta normativa podía perjudicar de la misma manera a los trabajadores a jornada completa. El Tribunal de Justicia concluyó que los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no permitían demostrar que dicha disposición afectara a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Así pues, no se consideró que dicha normativa originase una discriminación indirecta”.

Sin embargo, se mantiene que en el asunto Espadas Recio todos los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’ se ven perjudicados por la normativa nacional controvertida, no hay posibles fugas en cuanto a sujetos perjudicados, y nada parece indicar que ésta suponga una ventaja para determinados trabajadores dentro de ese colectivo en comparación con los

²⁸ STS de 10 de noviembre de 2010, RCUd núm. 3600/2009.

trabajadores a jornada completa. Y ante el planteamiento: “¿cambiaría mi opinión, conforme a la cual la normativa nacional controvertida produce una discriminación indirecta, el hecho de que dicha normativa afecte negativamente sólo a un grupo particular de trabajadores a tiempo parcial –aquellos con una estructura de trabajo «vertical»–? Mi opinión no cambiaría”, indica la abogada.

Y es que como indic el Juez remitente de la cuestión prejudicial “*en absoluto se sostiene que el contrato a tiempo parcial ‘vertical’ esté más ‘feminizado’ que el ‘horizontal’*. No es esta la cuestión, por cuanto el dato estadístico es neutro al respecto. Lo relevante es que el contrato a tiempo parcial –en general– es una modalidad de contratación ‘feminizado’ y, por consiguiente, el hecho que una de sus variantes –la contratación a tiempo parcial vertical– sufra el expuesto trato desfavorable (al reducirse la duración natural de la prestación en razón al computarse sólo los días trabajados) pudiera entrar en contradicción con el art. 4 de la Directiva 79/7 (LCEur 1979, 7)”. Considera el Tribunal de Justicia –acogiendo el criterio de la abogada general– que de esta información puede válidamente concluirse que la normativa nacional controvertida perjudica en una mayor proporción a las mujeres que a los hombres, pues “*se desprende claramente que todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el litigio principal resultan perjudicados por esta medida nacional*”. Además, indica, que el órgano jurisdiccional remitente no ha indicado que la normativa nacional controvertida pueda también perjudicar en ocasiones a los trabajadores a jornada completa de la misma manera que perjudica a los trabajadores a tiempo parcial.

Se puede observar la estela del asunto Cachaldora Fernández y Plaza Bravo que ha obligado a los órganos impulsores de cuestiones prejudiciales a incidir sobre los datos estadísticos disponibles, aún cuando éstos sean insuficientes por inexistentes. Sin embargo, y aun cuando nos mostramos conforme con el posicionamiento adoptado en el asunto Espadas Recio –posible afectación feminizada de la medida–, rechazamos la confrontación con los asuntos Cachaldora Fernández y Plaza Bravo que realiza, si bien éste último, por cierto, no mencionado. Al igual que en éstos dos últimos, en el asunto Espadas Recio también hubiera sido posible exigir que se acreditara que el colectivo afectado por esta medida, los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’, son en mayor proporción mujeres. En definitiva, siempre habrá lugar a la exigencia de una acreditación restrictiva del colectivo perjudicado por el instrumento cuestionado en base a uno u otro criterio –jornada realizada, distribución de la jornada realizada etc.– pero, dada la dificultad de construir y acceder a datos que refleje con exactitud y sin sesgos tal encomienda, deberá ser suficiente para satisfacer el impacto desfavorable, situarnos en un estadio previo, es decir, en los potenciales perjudicados por la norma aplicable, y requerir en ellos la mayor feminización de su afectación.

Acreditado el impacto adverso, restaba por analizar la justificación alegada por el Estado Miembro. La argumentación del Gobierno español en esta ocasión se limitaría a fundamentar la discriminación en el principio de contribución al sistema de la seguridad social, el cual, proporciona una justificación objetiva para cualquier discriminación; según el Gobierno, dado que el derecho y la duración de la prestación por desempleo se basan exclusivamente en el período durante el que una persona ha trabajado o ha estado dado de alta en la seguridad social, no tener en cuenta los días efectivamente trabajados sería incompatible con el principio de proporcionalidad. Pero ciertamente lo que aquí se debe plantear sería, ¿es correcta la aplicación dada actualmente al principio de proporcionalidad?

o ¿resulta excesiva por desproporcionada?, ¿su actual formulación permite justificar que la medida responde a una finalidad legítima de la política social, y son adecuadas para alcanzar el objetivo perseguido por éstas y son necesarias a tal fin, justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo? El Tribunal de Justicia considera que *“aunque incumbe en última instancia al órgano jurisdiccional nacional apreciar si este objetivo es efectivamente el que persigue el legislador nacional, basta señalar que la medida nacional controvertida en el litigio principal no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo”*.

Como indica la abogada general si la prestación por desempleo tiene por objeto proporcionar al trabajador prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir, tal finalidad se puede alcanzar teniendo en cuenta: “(i) el período de cotización del trabajador y del empresario, (ii) el importe de dichas cotizaciones y (iii) las horas de trabajo del trabajador en cuestión (trabajo a tiempo parcial o a jornada completa). Según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, estos factores se tienen en cuenta en lo que se refiere a todos los trabajadores cuya jornada de trabajo se estructura de manera ‘horizontal’, independientemente de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial. Todos estos trabajadores (que cotizan durante el mismo período de tiempo) recibirán una prestación por desempleo de la misma duración. Sin embargo, una persona que trabaja la mitad de la jornada recibirá una prestación reducida proporcionalmente, que reflejará una menor cotización efectuada con arreglo a un salario inferior. Esto está en consonancia con el principio *pro rata temporis*. Sin embargo, un trabajador a tiempo parcial ‘vertical’ recibirá una prestación de una duración inferior que un trabajador a jornada completa, aunque cotiche por cada día de todos los meses del año. El sistema trata de manera distinta a los dos colectivos de trabajadores. En el caso de los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’, da más importancia a los días efectivamente trabajados que al período de tiempo que el trabajador emplea en hacer su trabajo durante el transcurso de una semana laboral”. Es por ello que concluye de manera tajante afirmando que se crea una anomalía ilógica y de carácter punitivo que coloca a los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’ en una situación de desventaja. Los trabajadores a tiempo parcial que efectúan trabajos poco remunerados, como los trabajos de limpieza, tendrán pocas opciones en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo. Podrían verse obligados a aceptar condiciones de trabajo ‘vertical’ que se ajusten a las necesidades de las empresas únicamente para conseguir un puesto de trabajo. Es interesante esta última estocada porque implica que su argumentación no queda delimitado a los exclusivos márgenes de la Seguridad Social si no que atiende a una mayor amplitud de miras, situando al trabajo parcial en el contexto actual del mercado laboral, mermado por continuas reformas dirigidas a dotarle de una mayor flexibilidad para los intereses empresariales, que han generado una intensificación de la precariedad laboral.

4. LO QUE ESTÁ POR LLEGAR: UN NUEVO IMPULSO EN LA REFORMA POR GOTEO

Declarando el Tribunal de Justicia la vulneración por la normativa nacional del artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en la medida en que en el caso del trabajo a tiempo parcial ‘vertical’ se excluyen 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, se origina en España la necesidad de asumir la reformulación de la regulación a fin de que se ajuste a las exigencias comunitarias. Y, también en este aspecto, el Tribunal de Justicia se adhiere a las aportaciones de la abogada general, indicando que para garantizar la correlación alegada por el Gobierno se podría tener en cuenta otros factores, “*como por ejemplo el período de tiempo durante el cual estos trabajadores y sus empresarios han cotizado, el importe total de las cotizaciones abonadas o el total de horas de trabajo*”.

Lo cierto es que desde la reforma del 2013 impulsada por el asunto Elbal Moreno, como hemos explicado, difícilmente se lograba entender la inaplicación de la articulación dada al cómputo de los periodos de cotización –a través de las reglas del coeficiente global de parcialidad– también para las prestaciones de desempleo –modificando el concepto de «días trabajados» al que hace referencia el artículo 3.4 de RD 625/1985, de 2 de abril, por el de «periodos de ocupación cotizada», como expresa el artículo 269.1 LGSS– manteniéndose “un principio ancestral, de día trabajado día cotizado, que es incompatible con una elemental aplicación del principio de igualdad [pues] en el fondo, no se trata más que de extender una solución que debería ser la misma para todas las prestaciones del sistema: en el acceso a las prestaciones, debe regir el principio de igualdad entre trabajadores a jornada completa y a tiempo parcial”²⁹.

Al tiempo en que se cierra este trabajo se encuentra en trámite parlamentario el debate sobre cómo deberá llevarse a cabo el acomodo exigido, promovándose la modificación del artículo 3.4 del RD 624/1985, de 2 de abril, “en el sentido de que a efectos de determinación de la duración de la prestación de desempleo computará como cotizado todo el período durante el cual la persona trabajadora haya permanecido en situación de alta, con independencia de la jornada realizada”³⁰. Lo cierto es que nos mostramos escépticos a tal propuesta que, por lo demás, no nos resulta ajustada con la homogeneidad de soluciones que consideramos debe imperar, especialmente porque la solución que se adopte no sólo repercutirá en el acceso y la duración de la prestación por desempleo en su nivel contributivo, sino también, no pasemos por alto, a la del nivel asistencial; sin ignorar por ello, que la aplicación de las reglas ya existentes para el cómputo de los periodos de cotización están generando inconvenientes ligados a la dificultad de control de las jornadas –lo que nos lleva, asimismo, y entre otros al recurrente debate, no concluido, acerca del registro de jornada³¹–.

²⁹ CABEZA PEREIRO, J.C., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014, p. 968.

³⁰ Proposición de Ley relativa al cálculo de la duración de la prestación de desempleo derivada de contratos a tiempo parcial, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y publicada en el BOCG de 11/01/2018.

³¹ Recordemos que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de marzo de 2017 (RC núm. 81/2016) rechazó que la obligatoriedad del registro de la jornada ordinaria de trabajo tuviera cobertura en el marco normativo vigente –aunque asumiría que es “cierto que de *lege ferenda* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de *lege data* esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador”–. La conveniencia, como indica el Tribunal, de una reforma para introducir cobertura y seguridad jurídica sobre el registro de jornada ha llevado a plantear una Proposición de Ley para modificar el art. 34 ET, a fin de incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador.

Complemento por mínimos reconocido a mujer separada, viuda
única con anterioridad a 2008: o más vale tarde que nunca.
(STS 11 octubre 2017 –REC 3911/2015–)

Minimum pension supplement assigned to a separated woman,
sole widow before 2008: or better late than never.
(Judgment of the SC, 11 October 2017 –Appeal 3911/2015–)

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

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

Resumen

El comentario sitúa al lector ante los complementos por mínimos en pensiones lucradas con anterioridad a 2008 por viudas separadas y/o divorciadas cuando son únicas beneficiarias. Frente al criterio que condicionaba su devengo y cuantía a la operatividad del mismo porcentaje vinculado al periodo de convivencia aplicado a la pensión, la nueva doctrina proclama su carácter autónomo y asistencial para reconocerlos en su integridad.

Abstract

The reader will find in this article a comment on the minimum pension supplements on pensions awarded before 2008 to widows, separated and/or divorced women as sole beneficiaries. In contrast to the criterion that made its earning and amount subject to the effectiveness of the same percentage, linked to the period of cohabitation applied to pension, the new doctrine proclaims its autonomous and welfare nature in order to recognise them completely.

Palabras clave

pensión de viudedad; complementos por mínimos; carácter autónomo y naturaleza no contributiva

Keywords

Widow's pension; minimum pension supplements; autonomous and not-contributory nature

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

Una mujer, separada judicialmente primero y más tarde divorciada, tras el fallecimiento (en 2006) de quien fue su cónyuge y nunca más volvió a contraer matrimonio, insta y obtiene del Instituto Social de la Marina (ISM) una pensión de viudedad, en proporción al periodo de convivencia con el causante, que alcanza la cuantía mensual de 308,90 €, por aplicación del 56,95 % del porcentaje de convivencia al 52 % de una base reguladora de 836,80 €. Acto seguido, solicita el abono del complemento por mínimos, que la Entidad Gestora deniega, al entender que el importe de la pensión reconocida superaba el resultado de aplicar la prorrata correspondiente al periodo de convivencia a la pensión mínima.

Planteada demanda contra tal resolución, y formulado ulterior recurso de suplicación, se reconoce en vía judicial (en 2008¹) el derecho de la interesada a percibir un complemento de 90,03 €, resultado de aplicar la prorrata del tiempo de convivencia a la

¹ STSJ Galicia 30 julio 2008 (Rec. 1340/2007).

diferencia entre la pensión mínima para 2006 (446,98 €) y la pensión reconocida a aquella (308,90), es decir, a 158,08 €.

Disfrutado el complemento durante 4 años sin mayor incidencia, en 2012 el ISM procedió a regularizar el contenido económico de la pensión, por entender que su beneficiaria había percibido prestaciones superiores a las que le correspondían en concepto de complemento por mínimos, aplicando a tal efecto el mismo criterio anteriormente rechazado en suplicación; a saber: para determinar si debió reconocerse o no el citado complemento, no procedería haber comparado la pensión recibida y la mínima anual, sino aquella y la resultante de aplicar el porcentaje de convivencia a la mínima garantizada; operación de la cual resultaría la improcedente percepción del complemento durante todos esos años.

Esta resolución administrativa abre un segundo capítulo donde se repiten una a una las escenas precedentemente descritas y, tras la reclamación administrativa previa por la afectada, en instancia y suplicación² vuelve a ser ratificado el criterio expuesto, frente al cual se formula el recurso de casación para unificación de doctrina ahora comentado, aportando como sentencia de contraste un pronunciamiento de la propia Sala de 2009³, capaz de mostrar una doctrina fluctuante y contradictoria en el propio seno del órgano judicial autonómico.

2. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA JUDICIAL

La relación entre complementos por mínimos y la pensión de viudedad cuando mediere previa separación o divorcio y quien la causare no hubiera contraído nuevas nupcias, es decir –y por lo general–, cuando obre una sola persona beneficiaria, ha pasado por distintas fases o etapas en los Tribunales.

2.1. La discrepante posición de los Tribunales Superiores ante la jurisprudencia sentada respecto al complemento por mínimos en el supuesto de varias personas beneficiarias de la pensión de viudedad

Punto de partida obligado, por ser el origen y fundamento de todas las construcciones ulteriores, es el criterio afirmado por el Tribunal Supremo en 1994⁴, a cuyo tenor, y partiendo siempre de que “la norma no reconoce varias pensiones de viudedad, sino una sola que se reparte proporcionalmente en la forma que en ella se determina, reparto que afecta, igualmente al complemento por mínimos”, sienta que “se abonará en el mismo porcentaje fijado para la pensión de viudedad, al tratarse de una pensión única de carácter contributivo. Por tal motivo, la distribución de la prestación entre diversos beneficiarios debe hacerse con arreglo al tiempo vivido con el causante; no existe una multiplicación de pensiones de viudedad, sino que se distribuye una sola entre varias beneficiarias, por lo que, cuando se trata de los mínimos garantizados en los diversos Decretos, mientras estos no dispongan otra cosa por afectar a la prestación y no a cada una de las beneficiarias, debe hacerse también en la misma proporción, ya que dichos mínimos son una garantía que afecta a las prestaciones

² STSJ Galicia 10 septiembre 2015 (Rec. 375/2014).

³ STSJ Galicia 28 abril 2009 (Rec. 1858/2006).

⁴ SSTS 30 marzo 1994 (Rec. 2233/1991) y 27 septiembre 1994 (Rec. 2017/1993).

contributivas y estas siempre han de tener una vinculación a las cotizaciones del causante y al sistema de prestaciones reguladas, no pudiendo multiplicarse estas en función de los mínimos vitales garantizados por no tener éstas un carácter asistencial, aunque se vinculen a la falta de otros ingresos y no se consoliden”.

La proyección de tal criterio, cuando mediare un único beneficiario, dividió el parecer en los Tribunales Superiores de Justicia en dos grandes tesis.

Una mayoritaria asumió que procedería aplicar al complemento por mínimos el mismo criterio de proporcionalidad al tiempo de convivencia que sirvió para determinar la cuantía de la pensión. Así aparece, siguiendo un orden cronológico, en los siguientes órganos jurisdiccionales:

a) Castilla-La Mancha, cuando deniega la cuantía mínima de la pensión de viudedad a un titular mayor de 60 años, “puesto que la Entidad Gestora ha aplicado el mínimo teniendo en cuenta la parte proporcional de la total pensión de viudedad que corresponde a la recurrente, en proporción al tiempo de convivencia con el causante”⁵.

b) Castilla y León/Valladolid, cuyo primer pronunciamiento va a ser utilizado en reiteradas ocasiones como sentencia de contraste, cuando mantiene que, para decidir la cuestión, “ha de partirse de que lo que se complementa es la pensión de viudedad, y como quiera que la pensión de viudedad es única, sea uno solo el beneficiario o varios, el complemento por mínimos no puede aplicarse a cada beneficiario, pero si lo que se complementa es la pensión, en el caso de aplicación de prorrata de separación la misma proporción ha de aplicarse al complemento por mínimos, pues en otro caso no se aplicaría el complemento por mínimos a la pensión, sino a los beneficiarios, cosa que no dice la ley”⁶.

Parecer mantenido en otro pronunciamiento posterior, el cual, tras recordar literalmente el precedente tenor, y señalar “que los mínimos legales vienen establecidos con referencia a la prestación, abstracción hecha de los partícipes o beneficiarios”, considera necesario “añadir que la prestación de viudedad no responde a compensar [una] situación de necesidad sufrida por el fallecimiento del causante (...), sino la disminución o pérdida de ingresos de las que participaba aquella, y la misma función cumple el citado complemento”⁷.

c) Andalucía/Granada, que en un primer momento (dos años después mudará su parecer) mantiene, respecto a si se tiene derecho a la totalidad de pensión mínima o ha de supeditarse a la misma proporcionalidad aplicada a la pensión complementada: “puesto que el complemento en cuestión es, en primer lugar, un elemento estructural y no segregable del derecho, pleno o menos pleno, a la pensión a la que se añade y, en segundo término, es un derecho no consolidable, ni en el tiempo ni en su cuantía, o en otras palabras, la denominada pensión mínima, referente obligado del complemento, es una garantía de contenido para un derecho pleno; si por el contrario, está participado, aquella pensión mínima absoluta se relativiza, adecuándose objetivamente a la porción del derecho y, en consecuencia, la

⁵ STSJ Castilla-La Mancha 15 octubre 1999 (Rec. 1309/1998).

⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 5 junio 2000 (Rec. 652/2000).

⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 23 enero 2001 (Rec. 2347/2000).

pensión mínima en el presente supuesto debe ser en la misma proporción que la pensión a la que complementa”⁸.

d) Islas Baleares, reconociendo cómo “se trata de una única pensión de viudedad la que en todo caso se devenga, aunque sean una o más las peticiones en caso de divorcio”; por tanto, si “al separado o divorciado solo le pertenece la parte proporcional de dicha pensión en razón al tiempo de convivencia”, y “el complemento de mínimos afecta a la prestación y no a cada uno de los beneficiarios (...), no cabe pretender ahora hacer tabla rasa de dicho coeficiente reductor y aplicarlo sólo en cuanto a la pensión derivada de la base reguladora, pues ello desvirtuaría lo establecido en el citado art. 174 [LGSS] y la interpretación que desde 1995 se ha venido efectuando por el Tribunal Supremo que debe ser respetada, aunque efectivamente sea cierto, como indica el recurrente, que con anterioridad se aceptaba el devengo íntegro de la pensión por la divorciada cuando era cónyuge único superviviente, sin que ni la Ley presupuestaria ni los decretos de revalorización de pensiones hayan establecido en ningún caso que, en el supuesto de división de una pensión, sea aplicable a cada una de las resultantes el complemento de mínimos, sino que se debe aplicar a la pensión”⁹.

e) Madrid, operando con la proporcionalidad al tiempo de conveniencia al complemento de mínimos incluso si solo ha existido un solo cónyuge, “en primer lugar, en aplicación del bocado jurídico de donde la ley (en este caso, el art. 174.2 LGSS) no distingue, no debemos distinguir, y, en segundo lugar y sobre todo, por la filosofía que inspira dicha interpretación, que se vería defraudada si atendiendo al concepto complemento de mínimos independientemente del resto de la pensión y por su total importe, se sobrepasase el límite proporcional antedicho, porque de lo que se trata es, se reitera, de remunerar no la viudedad en abstracto, sino el periodo concreto de convivencia en relación proporcional con el que podría haber existido de no mediar separación o divorcio y que daría derecho al 100 % de la prestación, la cual, solo en este caso, ha de alcanzar el mínimo en los términos económicos concretos normativamente establecidos para cada año”¹⁰.

f) Galicia, bajo cuyo parecer ha de aplicarse igual criterio al sostenido por el Tribunal Supremo en 1994 (no hace mención al criterio mantenido en 2002, sin duda por desconocimiento, de ahí su ubicación en este bloque), pues “aunque no sean supuestos idénticos –en el de casación se trataba de distribuir el complemento de mínimos entre dos cónyuges y en el autos hay uno solo cónyuge separado judicialmente–, los argumentos son extensibles, cuanto más si consideramos que, con relación a la cuantía de la pensión de viudedad, al margen de la aplicación del complemento de mínimos, la jurisprudencia ha aplicado un criterio de distribución, tanto si concurría el cónyuge separado o divorciado con el cónyuge supérstite, como si no”¹¹.

A su lado, un criterio minoritario tomó forma en tres Tribunales Superiores de Justicia:

⁸ STSJ Andalucía/Granada 17 octubre 2000 (Rec. 1353/1999).

⁹ STSJ Islas Baleares 18 diciembre 2000 (Rec. 771/2000).

¹⁰ STSJ Madrid 4 diciembre 2001 (Rec. 5274/2001).

¹¹ STSJ Galicia 8 noviembre 2002 (Rec. 4860/1999).

a) Cataluña es el bastión más firme a la hora de reconocer el derecho a percibir la pensión mínima de viudedad vigente en cada momento cuando exista un único superviviente. Lo hacen partir de las siguientes consideraciones: “1) Lo que realmente resolvió el Tribunal Supremo en las sentencias [de 1994] era un supuesto en el que la cuantía originaria de la pensión de viudedad antes de efectuar su reparto entre los cónyuges supervivientes era superior o aquella que genera complemento por mínimos, lo que no sucede en el caso de autos (...) 2) En el caso de que tengan derecho dos o más cónyuges supervivientes se generarían dos o más pensiones mínimas, mientras que (...) al existir un único cónyuge superviviente se genera una única pensión de viudedad, ya que la parte que esta no percibe queda en manos de la Seguridad Social y también, por tanto, un único complemento por mínimos, por lo que resulta aplicable la doctrina que realmente se infiere de las sentencias del Tribunal Supremo ya referenciadas en el sentido de que el complemento por mínimos es único para toda la pensión y debe ser prorrateado entre los beneficiarios/as, por lo que en su totalidad ha de corresponder a la demandante, ya que el INSS no es un auténtico beneficiario de la referida pensión. 3) Ha de tenerse en cuenta que el complemento por mínimos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 LGSS, no es una prestación contributiva de Seguridad Social a la que se tenga derecho por las cotizaciones efectuadas ni por la aplicación de las normas relativas al cálculo de la cuantía de cada prestación, sino que su naturaleza es de carácter asistencial, siendo su objeto el que los pensionistas alcancen el mínimo que cada año mediante norma con rango de Ley se considera necesario para su supervivencia, por lo que no se accede a los mismos cuando aquellos por rentas propias de cualquier naturaleza tienen ingresos que hacen incompatible su percepción”¹².

b) Comunidad Valenciana, el cual establece: “por lo que se refiere a si también hay que aplicar el referido porcentaje [de convivencia] a los mínimos correspondientes a la pensión reclamada, debe acogerse la tesis [de conformidad con la cual] el reparto del mínimo solo tiene sentido cuando concurren en la única pensión repartida varios beneficiarios, pero no cuando la beneficiaria es una única persona, a la que se le deben garantizar los mínimos de pensiones contributivas cuando su pensión no alcanza el mínimo garantizado a los pensionistas para cada año”¹³.

c) Andalucía/Granada, rectificando su parecer primero, al entender que la proporcionalidad “solo es aplicable por el Alto Tribunal a los casos en los que concurren dos o más cónyuges, y en base precisamente al carácter unitario del complemento por mínimos que impide su multiplicación por tantos beneficiarios como cónyuges supervivientes, circunstancia que no se da en el presente caso en el que la viuda divorciada no concurre con ninguna otra persona con derecho a la pensión de viudedad, por lo que, al no existir posibilidad de duplicidad de abono del mismo complemento, hay que acudir al carácter unitario del mismo, reconocido por la citada doctrina jurisprudencial, a su carácter asistencial y a la finalidad, presente en todos los Decretos sobre revalorización de pensiones, de que los

¹² STSJ Cataluña 22 febrero 2000 (Sent. 1634/2000); criterio reproducido literalmente en SSTSJ Cataluña 5 febrero 2002 (Rec. 2899/2001) [Comentada por PÉREZ YÁNEZ, R.: “Percepción del complemento por mínimos de la pensión de viudedad por cónyuge divorciado”, *Aranzadi Social*, T. V, 2002, págs. 2205-2209] y 1 octubre 2002 (Rec. 495/2002) [la cual invoca, para dar cuenta de una corriente judicial compartida, el parecer del TSJ Comunidad Valenciana a renglón seguido analizada]

¹³ SSTSJ Comunidad Valenciana 7 septiembre de 2001 (Rec. 2712/1999) y 14 septiembre 2001 (Rec. 2270/1999), tomando en texto el literal de esta última.

pensionistas logren con ello el mínimo de subsistencia que la Ley establece cada año, sin que ninguno de tales Decretos condicione o limite la cuantía del complemento a quienes, como la actora, perciban en exclusiva una pensión de viudedad en porcentaje proporcional al tiempo de convivencia, ya que tal porcentaje sólo es aplicable por Ley a la determinación de la base reguladora de la pensión (art. 174.2 LGSS), pero no los demás complementos y mejoras que le puedan corresponder, como así se desprende del art. 50 LGSS, que no considera el complemento por mínimos como una prestación contributiva cuya cuantía esté basada en determinadas cotizaciones porcentuales, u otras circunstancias de convivencia”¹⁴.

2.2. La primera unificación de doctrina jurisdiccional

Ante discordancia tan notoria, más pronto que tarde la cuestión se plantea ante el Tribunal Supremo, el cual decanta su parecer en favor de la tesis mayoritaria y casa la práctica totalidad los pronunciamientos discordantes¹⁵, al extender de manera expresa el criterio que había sostenido, para los casos de concurrencia de varias personas beneficiarias de la prestación de viudedad, a los supuestos de una única beneficiaria.

Recuerda así cómo, “cuando se trata de mínimos garantizados en los diversos Decretos, mientras estos no dispongan otra cosa, por afectar a la prestación y no a cada una de las beneficiarias, debe hacerse también en la misma proporción, ya que dichos mínimos son una garantía que afecta a las prestaciones contributivas y estas siempre han de tener una vinculación a las cotizaciones del causante y al sistema de prestaciones reguladas, no pudiendo multiplicarse estas en función de los mínimos vitales garantizados, por no tener un carácter asistencial, aunque se vincule a la falta de otros ingresos y no se consolidan”. Escuetamente añade, a partir de tal valoración: “la conclusión tiene que ser que cuando solo hay una beneficiaria, también la cuantía del complemento de mínimos de la pensión de viudedad debe abonarse en igual porcentaje que el fijado para la pensión. Esto es, por lo demás, lo que para las clases pasivas se desprende del art. 45 Ley 13/2000”¹⁶.

2.3. La suerte del criterio jurisprudencial en las sentencias posteriores de los Tribunales Superiores de Justicia

Unificada la doctrina, y según cabría esperar, los distintos supuestos (que no dejaron de sucederse) en torno a la misma cuestión encontraron igual respuesta en los Tribunales Superiores de Justicia, que sin mayores argumentos aplicaron la prorrata de proporcionalidad a la convivencia a la hora de reconocer o no los complementos por mínimos¹⁷.

¹⁴ STSJ Andalucía/Granada 9 julio 2002 (Rec. 2549/2001).

¹⁵ No lo hace, en cuanto se conoce, respecto a las SSTSJ Cataluña 22 febrero 2000 (Sent. 1634/2000) y Andalucía/Granada 9 julio 2002 (Rec. 2549/2001).

¹⁶ STS 20 mayo 2002 (Rec. 4188/2001). Tenor recogido en sus mismos términos en SSTS 22 octubre 2002 (Rec. 687/2002), 9 diciembre 2002 (Rec. 162/2002) –para confirmar, en esta ocasión, el criterio de la Sala de Madrid *supra* reseñado, añadiendo que “en otro caso devendría ineficaz la aplicación de la proporcionalidad del tiempo de convivencia, como expresión de que cada causante da lugar a una sola pensión de viudedad, a distribuir según el tiempo durante el cual pudo causarla”–, 19 diciembre 2002 (Rec. 1084/2002) y 21 mayo 2003 (Rec. 4260/2002).

¹⁷ SSTSJ Galicia 31 mayo 2003 (Rec. 1527/2000), 4 abril 2008 (Rec. 266/2005) y 28 abril 2009 (Rec. 2858/2006); Castilla-La Mancha 29 abril 2004 (Rec. 1495/2002); País Vasco 13 abril 2010 (Rec. 13/2010); Madrid 20 abril 2010 (Rec. 917/2010) o Andalucía/Granda 29 junio 2015 (Rec. 752/2015).

Cabe mencionar, empero, algún intento de apartarse de tal pauta. Así, en un primer pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y casi transcurridos dos años desde el primero del Tribunal Supremo, se ignora su parecer –ni siquiera lo menciona– para sostener que, “como acertadamente aduce la demandante, para la percepción del complemento solicitado es necesario que la cuantía originaria de la pensión antes de aplicarle el porcentaje de reducción en función del tiempo de convivencia con el causante resulte ya inferior a la cuantía mínima establecida”¹⁸. Juicio refutado en nueva casación para unificación de doctrina bajo los argumentos ya conocidos¹⁹.

En un segundo pronunciamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuatro años después de haberse unificado doctrina, resuelve conceder el 100 % de complemento de mínimos a la única viuda divorciada del causante bajo un doble argumento: de un lado, considerar que la doctrina del Tribunal Supremo sentada en 1994 –ignorando completamente la de 2002– lleva a que el criterio de proporcionalidad solo sea “aplicable cuando concurren dos o más cónyuges, pero no cuando existe uno”; de otro, reconocer que “el citado complemento tiene carácter de prestación no contributiva”²⁰. Tesis casada por el Tribunal Supremo para recordar contundentemente –además del literal arriba reproducido– que “el complemento por mínimos forma parte integrante de una pensión contributiva, aunque su devengo se vincule a la falta de ingresos”. Añade, a mayor abundancia, cómo “no existen razones que justifiquen un cambio de doctrina (...), [pues] es acorde con el espíritu que informa la normativa aplicable, pues si el legislador hubiese querido otra cosa, lo habría dicho (...), sin que las normas que regulan el complemento por mínimos dispongan otra cosa con respecto a ese complemento que forma parte de la pensión”²¹.

A pesar del celo de los Letrados del INSS, queda sin impugnar la semilla que prende y es causa remota del pronunciamiento aquí comentado. Así, en un nuevo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de Galicia aparece el criterio enunciado en los antecedentes *supra* referidos, partiendo de una hipótesis –que descarta– de conformidad con la cual, “al existir un único cónyuge superviviente, se genera una única pensión de viudedad, ya que la parte que esta no percibe queda en manos de la Seguridad Social. En este caso cabría plantearse la hipótesis de que en verdad existiría un único complemento por mínimos que, al no existir más que una beneficiaria, [le] correspondería en su totalidad (...), ya que el INSS no es auténtico beneficiario”. Desechada tal interpretación por vedarlo la doctrina unificada, considera que, cuando la pensión reconocida es inferior a la mínima establecida, mediará derecho al complemento por mínimos, argumentando, “además, que el complemento por mínimos (...) no es una prestación contributiva de Seguridad Social a la que se tenga derecho por las cotizaciones efectuadas, sino que su naturaleza es de carácter asistencial, siendo su objeto el que los pensionistas alcancen el mínimo que cada año mediante norma con rango de Ley se considera necesario para su supervivencia, por lo que no se accede a los mínimos cuando aquellos, por rentas propias de cualquier naturaleza, tienen ingresos que hacen inaceptable su percepción, lo que lógicamente cabe predicar del caso concreto en el que la propia pensión de viudedad respecto de la cual se reclaman mínimos supera ese mínimo que excluye el otorgamiento del complemento que reclama”. Sobre ambas premisas, juzga como

¹⁸ STSJ Cataluña 26 marzo 2004 (Sent. 2584/2004).

¹⁹ STS 31 mayo 2005 (Rec. 2455/2004).

²⁰ STSJ Galicia 21 enero 2006 (Rec. 661/2006).

²¹ STS 17 septiembre 2008 (Rec. 661/2006).

errónea la operación de aplicar a la pensión mínima legal el porcentaje de prorrata de convivencia para obtener un nuevo mínimo; procediendo, en cambio, su aplicación a la diferencia entre el importe de la pensión reconocida y el de la “pensión teórica completa”²².

Esta expresión última entrecomillada, que ciertamente viene recogida como tal –y verdadera novedad– en el mencionado pronunciamiento del Tribunal Supremo de 2005 y permite la ambigua lectura precedente, no solo fue aprovechada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sino que el camino abierto es seguido por la Sala de TSJ de Canarias/Las Palmas. Esta reproduce uno por uno por uno los argumentos arriba expuestos a la hora de determinar la procedencia o no de los complementos por mínimos y la fórmula para su cálculo, añadiendo que “ello es así si se tiene en cuenta la finalidad del concepto complemento a mínimos previsto en la ley, debiendo de destacarse el carácter asistencial de los mismos, y no consolidables, que se establecen para asegurar unos mínimos vitales a la persona reconocida. Tal finalidad queda más clarificada en el caso de trabajadores/as parciales a los que la actual normativa les reconoce el derecho a acceder a los complementos a mínimos rompiendo el histórico criterio rigorista del principio de proporcionalidad contributiva”²³.

3. EL CRITERIO SENTADO EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: VALORACIÓN

A estas alturas del comentario cualquiera introducido en el ordenamiento de la Seguridad Social habrá pensado que el discurso es de otra época, sobradamente conocido y carente de interés. Razones no le faltarían, al menos en parte, pues retrotrae –como recoge el título del comentario– a la normativa anterior a la redacción que al art. 147.2 LGSS proporcionó la Ley 40/2007; con todo, y además de las lecciones que de la historia cabe extraer, en tanto fuente viva en la evolución del pensamiento sobre cualquier institución, el pronunciamiento analizado presenta la magnífica oportunidad de, a través de sus fundamentos, poder ahondar en algunos asuntos de candente actualidad.

De este modo, y siempre teniendo presente que el objeto enjuiciado aparece ceñido al modo de calcular el complemento de mínimos en el caso de la pensión de viudedad a quien, por hallarse separado o divorciado del causante, se le abona la pensión en atención a la prorrata por el tiempo de convivencia con aquel (o, como con mayor claridad establece el Voto Particular, “afectará en concreto y exclusivamente a los supuestos con hechos causantes anteriores a la vigencia de la Ley 40/2007, de reparto de pensión en los que no existe otra persona con derecho a la misma”), la decisión de cambiar la doctrina y reconocer a la beneficiaria de la única pensión de viudedad causada por el trabajador fallecido el complemento por mínimos en la cuantía legalmente establecida en cada una de las anualidades trae causa en dos motivos fundamentales:

1.- La alteración normativa introducida en el art. 147.2 LGSS por Ley 40/2007 [mantenida en este punto en el vigente art. 200], a partir de cuya entrada en vigor –y pese a la resistencia primera de los Tribunales a una lectura acorde con el nuevo tenor legal²⁴–

²² STSJ Galicia 30 junio 2008 (Rec. 1340/2007).

²³ STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30 junio 2016 (Rec. 271/2016).

²⁴ Baste remitir a los pronunciamientos recogidos en GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: “La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. Reformas normativas y últimos criterios (...)”

únicamente se impone el reparto proporcional al tiempo vivido con el causante cuando ha lugar a la concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión.

Este patente cambio hermenéutico por cuanto hace a los supuestos en los cuales solo hubiera un beneficiario²⁵ supuso recuperar la equivalencia entre un causante y una pensión de viudedad²⁶ (salvando la crítica de conformidad con la cual el causante solo generaba una parte de la pensión, “y la otra quedaba en las arcas de la Seguridad Social, como si la Entidad Gestora fuera una viuda”²⁷), de modo tal que el cónyuge separado y divorciado como único beneficiario no solo va a acceder a la pensión íntegra, sino que también podrá hacerlo a la totalidad del complemento por mínimos²⁸. No ocurre igual en el supuesto de matrimonio anulado, y es paradójico si el objetivo radicaba en la eliminación de la participación en la pensión de la Entidad Gestora, pues *ex art.* 174.2 LGSS [actual art. 200] ha seguido operando la proporcionalidad al tiempo de convivencia con el causante²⁹.

En principio, –y según admite el propio Tribunal Supremo– la modificación no debería afectar al supuesto enjuiciado, “por tratarse de una pensión de viudedad reconocida en momento previo a su vigencia”. Sin embargo, en una pirueta jurídica que prescinde de tal dato, así como del hecho de que “hasta ese momento la venía percibiendo en cuantía resultante de aplicar el entonces vigente parámetro de proporcionalidad al tiempo de convivencia”, descubre como argumento que “el complemento por mínimos tienen una naturaleza autónoma y que, además, resulta de fijación anual, de suerte que en cada anualidad al Estado le corresponde determinar cuál es el mínimo legal que cualquier pensión de viudedad debe alcanzar”. A sus resultas, y “al no establecerse distinción alguna en los correspondientes Reales Decretos para los años del período reclamado, y siendo la pensión de viudedad la única de tal clase causada (...), habrá de aplicársele a la misma el complemento por mínimos en la cuantía fijada para cada una de las anualidades”.

jurisprudenciales”, en VV.AA., *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios de las estructuras familiares*, MORENO VIDA, M. N.; MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M. T. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2013, pp. 230 y 231, notas 49 y 50.

²⁵ Presentado, con total corrección, como el abandono de un criterio “atributivo” por otro “distributivo” en LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2010, parte Estudio, BIB 2010\568, p. 7.

²⁶ Que se había roto bajo el esquema precedente, conforme de manera didáctica presenta CABEZA PEREIRO, J.: *La pensión de viudedad*, BOE, Madrid, 2004, p. 18.

²⁷ La crítica presente en las SSTS Cataluña 22 febrero 2000 (Sent. 1634/2000), 5 febrero 2002 (Rec. 2899/2001) y 1 octubre 2002 (Rec. 495/2002) o Galicia 30 junio 2008 (Rec. 1340/2007). El irónico literal de LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre”, cit., p. 8.

²⁸ El criterio fue defendido por la doctrina antes que los Tribunales, entendiéndose que la supresión de la referencia legal a “en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido” privaba de cualquier apoyo a las anteriores tesis judiciales. Entre otros, DESDENTADO DAROCA, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 108; GARCÍA VALVERDE, M. D.: “La cuantía de la pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios de las estructuras familiares” y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: “La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. Reformas normativas y últimos criterios judiciales”, ambos en VV.AA., *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, cit., págs. 182 y 183 y 233, respectivamente; o LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009 de 23 de diciembre”, cit., págs. 8 y 9.

²⁹ La crítica certera en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2008, p. 32.

2.- La patente fragilidad en el argumento precedente hace que toda la fundamentación gravite, en último extremo, sobre la verdadera razón de ser del cambio: el carácter “autónomo” o “no contributivo” de los complementos.

“Situados en una zona de frontera entre lo contributivo y lo asistencial”³⁰, su ubicación jurídica ha sido objeto de una trabajada evolución legal, donde si en su origen primó la naturaleza contributiva (surgieron mucho antes de las pensiones no contributivas, a través de la OM de 26 de abril de 1974), la Ley 24/1997, de 15 de julio –introduciendo la disp. trans. 14 LGSS–, las configuró como no contributivas desde el punto de vista de su financiación³¹, lo cual no necesariamente condicionaba su naturaleza jurídica, en particular por la falta de modificación del art. 50 LGSS³². Será preciso esperar hasta la reforma de este precepto [vigente art. 59] por Ley 27/2011, de 1 de agosto, para apreciar una clara inclinación hacia su consideración como no contributiva a partir de las decisiones de prohibir su exportación y, sobre todo, su apreciable limitación cuantitativa, en tanto quedan equipados en su importe máximo a las pensiones no contributivas³³. Decisión a la cual pudiera no ser ajena la idea de que las Comunidades Autónomas participen en la responsabilidad de aportar hasta que los complementos alcancen la cuantía mínima de la pensión prevista en la Ley, otorgándole un aspecto asistencial “interno” poco compatible con los principios sobre los cuales se asienta el Sistema³⁴.

En tal polémica tercia el pronunciamiento comentado, el cual se aparta completamente de aquellas afirmaciones judiciales precedentes que lo consideraban un “elemento estructural no segregable del derecho, pleno o menos pleno, a la pensión”³⁵, “interdependiente del resto de la prestación”³⁶ o “parte integrante de una prestación contributiva”³⁷, pasando a proclamar su “naturaleza complementaria con autonomía propia”³⁸ o, de forma aún más contundente, la “clara autonomía con la pensión contributiva que suplementan, siquiera se encuentran ligados a ella en su génesis y funcionamiento”³⁹. Por tal motivo, si bien quedan por Ley reducidos a un ámbito subjetivo profesional (no al universal o indiferenciando del conjunto de la ciudadanía propio de las prestaciones no contributivas), presentan unos rasgos propios y diferenciados de la prestación como son, de manera

³⁰ LÓPEZ GANDÍA, J.: “La reforma de la Seguridad Social y la Ley de Consolidación y Normalización de 1997”, en VV.AA., *El Sistema Público de pensiones: presente y futuro*, OCHANDO, C.; SALVADOR, C. y TORTOSA, M. A. (coords.), Germania, Alzira, 1998, p. 95.

³¹ GARCÍA VALVERDE, M. D.: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social español*, Comares, Granada, 2003, pp. 125 y ss.

³² VICENTE PALACIO, A., “Los complementos de pensiones y la pensión mínima de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012, pp. 95 y 105.

³³ ERRANDONEA ULAZIA, E.: “El límite en la cuantía de los complementos por mínimos: un recorte en las prestaciones sociales de cuantía reducida”, *Trabajo*, núm. 33, 2015, pp. 80-83.

³⁴ Advirtiendo sobre tal tentación aun no materializada, ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Los complementos para pensiones inferiores a la mínima”, en VV.AA., *La reforma de la Seguridad Social 2011*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 324 y 325.

³⁵ STSJ Andalucía/Granada 17 octubre 2000 (Rec. 1353/1999).

³⁶ STSJ Madrid 4 diciembre 2001 (Rec. 5274/2001). En este sentido, afirmando la “ausencia de autonomía propia”, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Condiciones incorporadas al complemento por mínimos de las pensiones contributivas a partir de 2013”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2012, BIB 2012/2131, p. 4.

³⁷ STS 31 mayo 2005 (Rec. 2455/2004).

³⁸ El literal en SSTS 22 noviembre 2005 (Rec. 5031/2004), 21 marzo 2006 (Rec. 5090/2004) o 22 noviembre 2016 (Rec. 2561/2009).

³⁹ STS 22 abril 2010 (Rec. 1726/2009).

significativa, por un lado, su cuantía individual, variable y no consolidable (en función de los requisitos exigidos para su devengo, influyendo la evolución cuantitativa de la propia pensión y sus vicisitudes vinculadas a las circunstancias del beneficiario, así como las rentas del pensionista) y, por otro, la ausencia de sometimiento a revalorización⁴⁰. Regidos, frente a anteriores épocas en que primó la solidaridad (excepción a los principios de contributividad y proporcionalidad), por el canon de suficiencia del art. 41 CE, patrón que define su esencia.

De este modo, y por contraposición al parecer anterior en el cual se insistía en que los complementos “no cumplen la función de compensar una situación de necesidad”⁴¹ y procedía aplicarlos a la pensión sin considerar al beneficiario⁴², se otorga razón a cuantos habían situado su objeto en que “los pensionistas alcancen el mínimo que se considera necesario para su supervivencia y la Ley establece cada año”⁴³, preconizando la finalidad de garantizar “al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes por debajo de los cuales se está en una situación legal de pobreza”⁴⁴.

Fluye así, de manera natural, cuanto antes se negó (“no tiene carácter asistencial aunque se vincule a la falta de otros ingresos y no se consolide”⁴⁵), por hasta cinco razones que enuncia: “a) el complemento a mínimos consiste en una cuantía que no responde al objetivo de la prestación mejorada de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad; b) su reconocimiento no atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos; c) la propia denominación evidencia que no tienen sustantividad propia; d) conforme al art. 86.2 b) LGSS [actual art. 109.3 b) 3º] tienen ‘naturaleza no contributiva’ y se financian con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social; y e) la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha, sino que han de acreditarse año a año”.

Sobre tal naturaleza y finalidad, la justificación última de la sentencia: “se hace difícil sostener que pueda cumplirse el objetivo indicado de paliar la situación de necesidad, si la cuantía que se fija como pensión mínima garantizada para cada año es minorada por

⁴⁰ GARCÍA VALVERDE, M. D.: “La cuantía de la pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios de las estructuras familiares”, cit., pp. 189 y 190. Presentando estas características bajo el sugerente análisis del rasgo de “adaptabilidad”, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Condiciones incorporadas al complemento por mínimos de las pensiones contributivas a partir de 2013”, cit., p. 4.

⁴¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 23 enero 2001 (Rec. 2347/2000).

⁴² SSTSJ Castilla y León/Valladolid 5 junio 2000 (Rec. 652/2000) e Islas Baleares 18 diciembre 2000 (Rec. 1353/1999).

⁴³ SSTSJ Cataluña 20 febrero 2000 (Sent. 1634/2000), 5 febrero 2002 (Rec. 2899/2001) y 1 octubre 2002 (Rec. 495/2002); Andalucía/Granada 9 julio 2002 (Rec. 2549/2001); Galicia 30 junio 2008 (Rec. 1340/2007) o Canarias/Las Palmas 39 junio 2016 (Rec. 271/2016).

⁴⁴ Además de los pronunciamientos arriba mencionados al calor de la proclamación de su naturaleza complementaria con autonomía propia, entre más, y por los detalles que recogen, SSTS 21 marzo 2006 (Rec. 5090/2004) y 13 diciembre 2011 (Rec. 702/2011) o, por su contundencia, STSJ Cataluña 23 noviembre 2012 (Rec. 59/2012). Entre los autores, la reflexión de TRILLO GARCÍA, A. R.: “Art. 59. Complementos para pensiones inferiores a la mínima”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Vol. I, SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.) y DEL VALLE JOZ, J. I. (coord.), Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2017, pp. 469 y 470.

⁴⁵ STS 22 mayo 2000 (Rec. 4188/2001).

aplicación del indicado porcentaje en relación que, de no complementarse, no alcanzaría por sí sola el umbral económico”⁴⁶.

Una breve reflexión al hilo de esta afirmación final y de una sentencia que hace justicia en el caso concreto (y quién sabe si no provocará una avalancha de reclamaciones por pensionistas de antes de 2008, pese al esfuerzo de aclaración y matización contenido en el Voto Particular), pese a ser más que discutible su técnica argumental: si en juego está la suficiencia de la pensión de viudedad, y amén de la urgente necesidad de su reforma⁴⁷, preciso será tomar en consideración cómo el principio de suficiencia conecta directamente con la desmercantilización de las necesidades sociales y, por tanto, cuanto mayor sea la tasa de sustitución superior será no sustracción al mercado; y a la inversa, una reducción en tal tasa supondrá su vuelta al mercado y lucro mercantil⁴⁸.

En el caso de la viudedad la limitación en la cuantía máxima de los complementos operada por Ley 27/2011, que salvo particularidades y excepciones se ciñe a la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e incapacidad permanente, bien podría llevar a que el montante total sea inferior a la pensión mínima legal o, acudiendo a la expresión de la jurisprudencia citada, que el beneficiario se mantenga por debajo del umbral de pobreza aun con la percepción del complemento⁴⁹.

Cuestión tanto más grave cuanto con ello, y según muestran las estadísticas, se castiga a los sectores más débiles, en particular los Sistemas Especiales más “asistencializados” (Agrario y de Empleadas de Hogar) y, desde una perspectiva de género, a las mujeres, no en vano las pensiones de viudedad son las que cuentan con un mayor porcentaje –en número y cuantía– de complementos de mínimos y es absolutamente abrumador el porcentaje de féminas (más de un 97 %) en sus perceptores.

⁴⁶ “Exigir la proporcionalidad a los complementos por mínimos es ir en contra de su propia esencia y fundamento”, ERRANDONEA ULAZIA, E.: “El límite de la cuantía de los complementos por mínimos: un recorte en las prestaciones sociales de cuantía reducida”, cit., p. 80.

⁴⁷ Por todos, RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La pensión de viudedad, la reforma pendiente” y KAHALE CARRILLO, D.: “La reforma de la pensión de viudedad”, en VV.AA., *III Congreso Nacional de la AEISS. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 482-544 y 545-556; FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: “Puntos controvertidos de la pensión de viudedad. Propuestas y alternativas a la gran cuestión. ¿Es realmente necesaria una reforma?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 396, 2016, pp. 43-49 o la tan breve como acertada perspectiva de MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2018, p. 194.

⁴⁸ LÓPEZ BALAGUER, M.: “Pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo y complemento a mínimos. SJS de Pamplona de 17 agosto de 2015”, *Nueva Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 186, 2016, p. 312.

⁴⁹ Por extenso, las reflexiones de VICENTE PALACIO, A.: “Los complementos de pensiones y la pensión mínima de Seguridad Social”, cit., pp. 106 y 107 o ERRANDONEA ULAZIA, E.: “El límite de la cuantía de los complementos por mínimos: un recorte en las prestaciones sociales de cuantía reducida”, cit., pp. 83-86.

Riesgo laboral durante la lactancia natural: evaluación de los riesgos y carga de la prueba.

STJUE (Sala quinta) de 19 de octubre de 2017. Asunto Elda Otero vs Servicio Galego de Saúde

Occupational hazard during breastfeeding: risk assessment and burden of proof.

Judgment of the ECJ (Fifth Chamber) of 19th October 2017. Case Elda Otero vs Servicio Galego de Saúde

PILAR CHARRO BAENA

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

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

PROFESOR VISITANTE DOCTOR
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen

El TJUE se ha pronunciado recientemente sobre la aplicación de la normativa europea antidiscriminación en el supuesto de que una trabajadora impugne una decisión empresarial sobre la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo durante la lactancia natural. Luxemburgo ha considerado que cuando se lleva a cabo una evaluación sin respetar las exigencias contenidas en la Directiva 92/85 se produce una discriminación directa por razón de sexo. Con este importante pronunciamiento, el TJUE afirma que cuando la evaluación de riesgos no se ha llevado a cabo correctamente procede la inversión de la carga de la prueba cuando la trabajadora impugna ante un órgano judicial la prestación por riesgo durante la lactancia.

Abstract

The ECJ has commented recently on the implementation of European anti-discrimination legislation assuming that a worker appeals a business decision about risk assessment in her position during breastfeeding. Luxembourg has considered that, when an assessment is carried out without observing the obligations set out in the Directive 92/85, it leads to gender discrimination. In that judgment, the ECJ states that, if risk assessment is not properly carried out, a reversal of the burden of proof occurs when the worker appeals the benefit for risks during breastfeeding before a judicial body.

Palabras clave

lactancia; seguridad y salud; riesgo durante la lactancia; igualdad de trato; carga de la prueba

Keywords

Breastfeeding; security and health; risks during breastfeeding; equal treatment; burden of proof

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

En la sentencia objeto de análisis, la Sra. Otero Ramos, enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña («CHU») –dependiente del Servicio Galego de Saúde–, dio a luz a una hija el 22 de diciembre de 2011. El 19 de marzo de 2012, le comunicó al empresario que la niña recibiría lactancia materna de forma exclusiva y que, por las funciones de su puesto, solicitaba la adaptación de sus condiciones

de trabajo y la aplicación de medidas preventivas. El ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), las radiaciones ionizantes, las infecciones nosocomiales y el estrés laboral fueron las razones alegadas. Sin embargo, el informe de la dirección del CHU de 10 de abril de 2012 concluyó que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia. Por lo que la trabajadora acudió a la Dirección Provincial del INSS de A Coruña para pedir la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural de su hija, a efectos de la concesión de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. Sobre la base de la documentación facilitada por el CHU (declaración de la jefa de recursos humanos del CHU y un informe del Doctor del Servicio de Medicina Preventiva), el INSS desestimó la solicitud mediante resolución de 10 de mayo de 2012.

- En la declaración de la jefa de recursos humanos del CHU se afirma que la Sra. Otero trabajaba como enfermera del servicio de urgencias; que sus condiciones de trabajo incluían la realización de turnos de mañana, tarde y noche; que el riesgo específico durante la lactancia natural estaba identificado en un informe de medicina preventiva adjunto a su declaración; y que el puesto de trabajo desempeñado era «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».
- El informe del Doctor del Servicio de Medicina Preventiva indicaba que la trabajadora había sido valorada; que también habían sido examinados los informes médicos aportados; y que era «apta» «para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo, no existiendo riesgo para la lactancia».

La trabajadora interpuso recurso contra la resolución del INSS ante el Juzgado de los Social nº 2 de A Coruña (aportó a su favor un informe de su superior jerárquico), que fue desestimado mediante sentencia de 24 de octubre de 2013. Interpuesto recurso de suplicación contra esta última, el TSJ de Galicia plantea al TSJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) «¿Resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 de la Directiva [2006/54], a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26, apartado 4, en relación con el 3, de la [Ley 31/95], dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva [92/85]?»

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 riesgos 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, apartado 2 en relación con el 4, de la [Ley 31/1995], que traspone el artículo 5, apartado 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, apartado 3 en relación con el 4, de la [Ley 31/1995], que traspone el artículo 5, apartado 3, de la Directiva [92/85]–?».

Al amparo de la competencia que el artículo 267 TFUE le atribuye, el TJUE reformula las cuestiones planteadas por el TSJ de Galicia en el sentido de que «mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide, esencialmente, que se dilucide si el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora 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, apartado 1, de la Directiva 92/85. En 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».

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Las cuestiones planteadas ante el TJUE sirven de base para establecer su doctrina con respecto a dos cuestiones de vital importancia en una situación de riesgo durante la lactancia natural: la forma en que deben evaluarse los riesgos laborales que puede sufrir una trabajadora durante este periodo; y la carga de la prueba en vía de recurso. Para ello, acudiendo al Derecho de la Unión Europea, se valora la aplicación el apartado 1º del artículo 19 de la Directiva 2006/54 ante una evaluación de riesgos que no se haya llevado a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1º de la Directiva 92/85; y, en ese caso, se explica cómo habría que proceder.

Con respecto a la primera cuestión, para que la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia se realice conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate y determine si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. La evaluación debe realizarse de conformidad con las Directrices recogidas en la comunicación de la Comisión de 5 de octubre de 2000, a las que remite el artículo 3, apartado 2º de la

Directiva, donde se indica que la evaluación de riesgos constituye un «examen sistemático de todos los aspectos de la actividad» que comprende, al 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) indicación de las categorías de trabajadoras que están expuestas a uno o a varios de estos riesgos (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia); y 3) evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos (apartado 48). En particular, con respecto a esta última fase, se explica que «la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos “representa la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente, incluida la que facilite la propia mujer embarazada o sus consejeros, a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores”». La evaluación de riesgos debe incluir los riesgos y peligros de carácter general y la de aquellos peligros específicos que puedan afectar a la situación individual de la trabajadora.

El TJUE considera que cuando una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente de un Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el referido artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, procede la aplicación del artículo 19, apartado 1º de la Directiva 2006/54 y, por consiguiente, se producirá la inversión de la carga de la prueba de la vulneración del principio de igualdad de trato en vía de recurso, siempre que se presenten hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta.

El razonamiento que se recoge en la sentencia es fácil de seguir. El apartado 1º del artículo 19 de la Directiva 2006/54 establece que: «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». El apartado 4º, letra a), del mismo precepto, permite trasladar la inversión de la carga de la prueba a las situaciones cubiertas por la Directiva 92/85, en la medida en que exista discriminación de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54. Y esta última, en su artículo 2, apartado 2, letra c), incluye dentro del concepto de discriminación: «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]». Toda vez que el permiso de maternidad protege a la trabajadora embarazada, a la que ha dado a luz y a la que se encuentra en período de lactancia (artículo 8 de la Directiva 92/85), sin que pueda justificarse un trato menos favorable a una trabajadora porque se encuentre en período de lactancia (sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 68), la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia (en los términos previstos en el artículo 4, apartado 1º de la Directiva 92/85), supondría un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y, en consecuencia, una discriminación directa por razón de sexo.

Con respecto a la segunda cuestión, se afirma que el artículo 19, apartado 1 de la Directiva 2006/54, debe interpretarse en el sentido de que, en situaciones como la presente, la trabajadora afectada debe acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 para poder presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, *Kelly*, C-104/10, EU:C:2011:506, apartado 29). En cuyo caso, la parte demandada tendría que probar que la evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y, por tanto, sin vulneración del principio de no discriminación.

El TJUE señala que estas reglas relativas a la carga de la prueba no se aplican cuando una trabajadora solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o, como en el litigio principal, una prestación económica; si no en una fase posterior, cuando se produce la impugnación de la decisión relativa a la evaluación de riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente. Y, sin prejuzgar los hechos y elementos de prueba, observa que en el escrito presentado por la trabajadora, firmado por la superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencia del CHU, se indican de forma motivada los riesgos de su puesto de trabajo (riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural), a diferencia de los documentos en los que se basa la evaluación del CHU y del INSS (como pone de manifiesto el Abogado General en los puntos 46 y 47 de sus conclusiones). Por lo que, «*a priori*, el escrito presentado por la Sra. Otero Ramos constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo ni incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual y que, por lo tanto, como se desprende del apartado 51 de la presente sentencia, esta evaluación no era conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85».

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La prestación por riesgo durante la lactancia no fue recogida en nuestro ordenamiento jurídico hasta su introducción por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con ello se trasponía muy tardíamente este relevante aspecto de la Directiva 92/85/CEE.

Como se sabe, la consideración del riesgo durante el embarazo como situación de necesidad se incorporó por primera vez en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL), que transpuso de forma parcial la Directiva 92/85¹. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 11 de la norma comunitaria, el período de lactancia no quedaba protegido por la suspensión del contrato de trabajo (artículo 26 LPRL). La versión originaria de la LPRL extendía las obligaciones básicas para proteger la maternidad (apartados 1 y 2 del artículo 26 LPRL) a la situación de embarazo o parto reciente y al período de lactancia (ex artículo 26.4 LPRL). Sin embargo, la suspensión del contrato de trabajo se limitaba a los supuestos de riesgo durante

¹ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “La prestación de riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999 (LA LEY 4218/1999)”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 105; y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Comentarios al Capítulo IV Ter LGSS. Riesgo durante el embarazo”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.), *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, p. 695.

el embarazo, sin incluir el riesgo durante la lactancia (artículo 26.3 LPRL)². La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), puso fin a esa situación y transpuso de forma completa la Directiva 92/85 mediante la introducción de una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo: el «riesgo durante la lactancia natural del menor de nueve meses» (artículo 45.1 d) ET 1995, en la actualidad, artículos 45.1.e) y 48.8 ET 2015, en relación con el artículo 26 LPRL y los artículos 188 y 189 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 o LGSS).

La situación de riesgo durante la lactancia aparece específicamente referida a la lactancia natural, quedando al margen de la tutela preventiva la lactancia artificial³. Así desprende del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), que se refiere exclusivamente a la primera. La finalidad es proteger al recién nacido de los riesgos biológicos derivados de la prestación del trabajo en determinadas condiciones, circunstancia que no se produciría en los supuestos de lactancia artificial.

Conforme a la normativa vigente, los riesgos laborales deben estar debidamente descritos, valorados y acreditados, analizándose su relación con la lactancia, su alcance en el puesto de trabajo y su incidencia en la madre lactante (artículos 26 y 16 LPRL)⁴. La relación de causalidad entre el riesgo para la salud y la situación de lactancia son un elemento clave para determinar si debe producirse la suspensión del contrato. Y por ello se incide en la necesidad de acreditar la influencia negativa de las condiciones laborales en el período de lactancia natural a través de un certificado emitido por los Servicios médicos del INSS o las Mutuas, con el informe médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora lactante o a su hijo/a (apartado 4º del artículo 26 LPRL). De este modo se pretende evitar que los factores de riesgo derivados de las condiciones laborales de la madre se transmitan al hijo a través de la leche materna⁵.

Una vez acreditada la situación de riesgo durante la lactancia natural, la LPRL exige la adopción de una serie de medidas de carácter temporal que operan de forma sucesiva⁶: 1) la adaptación del horario o de las condiciones de trabajo⁷; 2) el cambio de funciones o puesto de trabajo⁸; y 3) la dispensa de realizar todo trabajo, cuando no se hayan podido adoptar las

² AGUILERA IZQUIERDO, R., “Políticas sociolaborales y conciliación...*op. cit.*, p.369; y AGUILERA IZQUIERDO, R.; y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad...op.cit.*, p.158.

³ NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, p. 46; AGUILERA IZQUIERDO, R., “Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en AA. VV., *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Navarra, 2007, p. 370; y AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo, Civitas, Navarra, 2010, p. 159.*

⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 mayo 2011, FJ. 5º.

⁵ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, Mª. A., *Mujer y salud laboral, La Ley-actualidad*, Madrid, 1999, p.10.

⁶ Vid. SÁNCHEZ CASTILLO, M.L., *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 148.

⁷ Vid. GARCÍA TESTAL, E., y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 67.

⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *Westlaw*, 2003, BIB 2003/144, p. 2.

medidas anteriores o no se haya conseguido eliminar el riesgo⁹. El artículo 26.4 LPRL (en relación con el artículo 45.1 d) ET), permite la suspensión de la relación laboral por riesgo durante la lactancia natural hasta que el lactante cumpla nueve meses (sin perjuicio de las condiciones más favorables que puedan establecerse por convenio colectivo o por la voluntad de las partes)¹⁰.

La sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, que ahora se comenta, resulta de gran trascendencia en la medida en que, ante una posible evaluación deficiente del riesgo laboral durante la lactancia por no haberse tenido en cuenta las exigencias contenidas en el art. 4.1 de la Directiva 92/85 puede constituir una conducta discriminatoria contra la mujer, y permite la inversión de la carga de la prueba de la vulneración del principio de igualdad de trato cuando ésta haya aportado hechos o elementos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta.

Lo anterior exigirá a las empresas, a sus servicios de prevención, a tomar en consideración la situación específica de la trabajadora en período de lactancia, a la hora de evaluar los riesgos inherentes al puesto de trabajo, en el bien entendido de que una declaración empresarial en la que se contenga que el puesto de trabajo está exento de riesgo y que la trabajadora es apta para el puesto de trabajo, sin proporcionar explicación suficiente que permita alcanzar dicha conclusión puede constituir una discriminación por razón de sexo.

Así ocurrió en el asunto que nos ocupa. La empresa presentó un informe emitido por el doctor del Servicio de Medicina Preventiva en el que se indica que la trabajadora era apta para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo, sin que existiese riesgo para la lactancia, pero la falta de mayores explicaciones y, en particular, la ausencia de una evaluación de riesgos por parte de la empresa conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 y en el artículo 26.1 LPRL, unida a la inactividad de la entidad gestora (que no hizo las oportunas indagaciones), condujo a que, al amparo de un informe aportado por la trabajadora –firmado por la jefa del servicio de la Unidad de Urgencias– donde se detallaban una serie de riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural en el puesto de trabajo, se le concediese a la demandante la prestación derivada de riesgo durante la lactancia natural.

⁹ STSJ Castilla y León (Valladolid), 21 de noviembre 2016 (rec. 2001/2016).

¹⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural: disconformidad sobre la evaluación de los riesgos y carga de la prueba”, *Trabajo y Derecho*, n° 38, 2018, p. 13.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

Incapacidad laboral y seguridad social en una sociedad de trabajo cambiante*

Inability to work and social security in a changing working society

PAOLA BOZZAO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CATEDRÁTICA ACREDITADA)

UNIVERSIDAD "LA SAPIENZA" DE ROMA

Resumen

El presente trabajo analiza tendencias, límites y potencialidad del sistema de seguridad social en la gestión de las incapacidades laborales, con particular atención a las prestaciones económicas. El objetivo es subrayar las reformas recientes en este área, analizando su impacto sobre la regulación de la protección para los casos de incapacidad. Esta investigación es conducida a la luz de los cambios que - en la fase de transición al sistema productivo post-fordista - han redefinido el modelo de sociedad laboral, reenderezando los objetivos de política social de los legisladores (europeo y nacionales) y las estrategias de empleo, y no, desarrolladas.

Abstract

This study analyses the tendencies, limits and potential of the social security system in the management of inability to work, paying special attention to economic benefits. The aim is to highlight the recent reforms in this field by analysing their impact on the protection regulation in the event of inability. This research is carried out during the changes that have redefined –during the stage of transition to the post-Fordism– the model of working society, redirecting the aims of social policy of legislators (European and national) and the employment strategies, and not, developed.

Palabras clave

incapacidad laboral; seguridad social; inclusión activa; condicionalidad

Keywords

Inability to work; social security; active inclusion; conditionality

1. INCAPACIDAD LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

La protección de la incapacidad laboral se sitúa en el punto de encuentro entre distintos derechos sociales fundamentales, relacionados entre sí: el derecho a la seguridad social, ante todo; el derecho a la salud, y, además, el derecho al trabajo. La garantía de cada uno de estos derechos requiere una serie de medidas diferentes pero, como veremos, estrechamente conectadas.

Si se acerca este tema al ámbito específico del sistema de seguridad social, la primera dificultad que se encuentra, y que necesita una respuesta prioritaria, se es la identificación de la expresión “incapacidad laboral”; de hecho, a diferencia de lo que ocurre en España, esta expresión no encuentra ninguna referencia explícita y precisa en el marco regulador de otros sistemas nacionales de seguridad social.

* Este escrito constituye la síntesis –con notas esenciales– de la Ponencia de clausura del I Congreso Internacional Y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social sobre *Las Incapacidades Laborales y la Seguridad Social en una Sociedad en transformación*, Madrid, 19-20 de octubre 2017.

Volveré sobre este aspecto más adelante. Desde ahora quiero sólo subrayar que, cuando se habla de incapacidad laboral en el ámbito de la seguridad social, se hace referencia a la necesidad de hacer frente a la emergencia de un riesgo socialmente relevante, que genera una situación de incapacidad. Se trata de contingencias de distinta naturaleza: la enfermedad, la invalidez y el accidente, en primer lugar; pero también la maternidad, los permisos paternos y, de alguna manera, la vejez, si implica que alcanzada una edad cronológica no se esté apto para el trabajo.

Aquí nos hablamos de las primeras contingencias, que comportan la manifestación de un estado morboso o un accidente, profesional o no, que determina la incapacidad –temporal o permanente, parcial o total– a realizar una actividad profesional. Cuando, por desgracia, ocurren estas situaciones, la finalidad social perseguida es tendencialmente perseguible en aquélla de proveer una indemnización sustitutiva de la reducida capacidad de producir una renta, necesaria para la subsistencia del trabajador y de su familia. Digo “tendencialmente” porque, como vamos a ver dentro de poco, en el sistema jurídico italiano esta protección se ha enriquecido con nuevos objetivos, que se encuentran en el ámbito de la protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En el debate previdencial a múltiples niveles, el tema en examen no desempeña, en verdad, un papel principal: la atención de las instituciones europeas, tal como de la mayoría de los Gobiernos nacionales, ha sido orientada, en los últimos veinte años, hacia la profunda revisión de los sistemas jubilatorios y de los instrumentos de sostén a la renta, en caso de desempleo.

De todas formas, no han faltado países que han introducido reformas sistemáticas de la protección por incapacidad laboral; pero, por regla general, se ha procedido por simples modificación de una disciplina que, en su marco general, parece bastante sedimentada: en Italia, por ejemplo, la última ley “organizadora” en materia de invalidez se remonta a los años ochenta.

El hilo conductor común a estas medidas es aquel –ya dominante– de la limitación de los costes para la protección, (entre otras), de situaciones de incapacidad laboral. Las prestaciones económicas a vario título reconocidas en presencia de uno estado incapacitante revisten, en efecto, un peso significativo sobre el gasto global del Sistema de seguridad social. De aquí el recurso a soluciones, entre ellas a menudo integradas, que intervienen sobre la redefinición del concepto de incapacidad laboral; sobre el endurecimiento de los procesos estimativos del estado incapacitante; sobre el énfasis dado a la empleabilidad del trabajador con discapacidad, para favorecer su rápida reintegración laboral, con consiguiente contracción del gasto previdencial.

A esta exigencia de ahorro se suma la necesidad de contener la difusa exposición a fenómenos de abuso. A partir de los años setenta, en algunos países se ha asistido a la explosión de la utilización fraudulenta de las prestaciones de incapacidad¹: en el contexto de las reestructuraciones realizadas en aquellos años, dada la dificultad de numerosos trabajadores –especialmente los de edad avanzada– a recolocarse provechosamente en el

¹ REBHAIN R., *Wage Labour and Social Security*, in HEPPLER B., VENEZIANI B. (edited by), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing, 2009, pp. 192 y ss.

mercado laboral, los regímenes de incapacidad, tal como aquellos de jubilación anticipada, de hecho han reemplazado las prestaciones de desempleo. Estas estrategias han sido utilizadas sobre todo en Italia y en los Países Bajos; también se han difundido en el Reino Unido y en Austria.

El problema representado por los llamados “falsos discapacitados” ha constituido –y en muchas realidades nacionales aún hoy constituye– el aspecto peor de una degeneración estructural del sistema de seguridad social, que ha contaminado en profundidad el sistema protector de estas contingencias.

A la luz de este marco general, en este artículo voy a concentrarme en algunos aspectos que se plantean en el análisis comparativo de los regímenes de incapacidades laborales en Europa.

El objetivo es delinear tendencias, límites y potencialidad de la instrumentación previdencial en la gestión de las incapacidades laborales, con particular atención a las prestaciones económicas a tal fin predisuestas. Se trata, como veremos, de un sistema de normas extremadamente complejo, que refleja, inevitablemente, las peculiaridades “estructurales” propias de los diferentes sistemas de seguridad social nacionales.

De este orden protector analizaré los rasgos salientes, que pueden ayudar a comprender las líneas evolutivas que están delineando la reglamentación de los institutos en examen. Esta investigación será conducida a la luz de los cambios que –en la fase de transición al sistema productivo post-fordista– han redefinido el modelo de sociedad laboral, reenderezando los objetivos de política social de los legisladores (europeo y nacionales) y las estrategias de empleo, y no, desarrolladas.

Así que centraré previamente la atención sobre algunas de estas acciones, pasando luego a analizar como, en este nuevo contexto, el sistema de seguridad social pueda participar eficazmente, en la protección de las situaciones de incapacidad laboral.

2. EL CONTEXTO: UNA SOCIEDAD DE TRABAJO CAMBIANTE

Desde muchos años los organismos europeos subrayan la necesidad de modernizar las políticas de protección social de los Estados miembros, para hacer más sostenible, a largo plazo, los sistemas de seguridad social y reducir la posibilidad de que se produzcan las trampas de la inactividad, del paro y de la pobreza.

Desde la segunda mitad de los años '90 los Estados miembros han actualizado los regímenes de seguridad social, adoptando estrategias integradas sobre la inclusión social, las jubilaciones, la salud y la asistencia de larga duración. En el contexto del envejecimiento demográfico y de una globalización agresiva, las políticas sociales a nivel comunitario han resultado cada vez más integradas con la estrategia europea por la ocupación y basadas, en la perspectiva de la inclusión social, sobre el concepto de “inclusión activa”, prioritariamente realizado favoreciendo la participación al mercado del trabajo, especialmente de los c.d. grupos vulnerable: mayores, discapacitados, mujeres. La gravedad de la crisis económica y social y su reflejo sobre el aumento de la pobreza y las tasas de paro han conducido los

organismos europeos a “pisar el acelerador”, en los años más recientes, sobre el objetivo de inclusión social².

Para alcanzar niveles de ocupación más elevada es de fundamental importancia asistir a la persona en los períodos de transición, cuando se produce un cambio de su posición laboral, como, entre otros, la transición a condiciones de incapacidad laboral. Son muchos, por lo demás, los casos en que los problemas de salud pueden hacer difícil, o hasta imposible continuar una actividad laboral, tanto a título temporal, como de forma permanente. Como observado por los organismos comunitarios, “si la incapacidad es temporal, los sistemas de protección social deberían contribuir a un retorno rápido a la actividad anterior, mediante el ofrecimiento de servicios médicos de rehabilitación de calidad. La incapacidad permanente para trabajar en la actividad que se ejercía anteriormente no implica incapacidad para realizar cualquier otro trabajo. Los mercados laborales modernos ofrecen una amplia gama de empleos con exigencias muy diferentes en cuanto a capacidades físicas y mentales del trabajador. Por tanto, si un trabajador tiene que dejar su trabajo anterior por motivos de salud, se tendrán en cuenta medidas de rehabilitación profesional, además de las medidas médicas, para facilitar la rápida reintegración en el mercado laboral. Los sistemas de protección social constituyen un factor clave para determinar la reincorporación de las personas con problemas de salud al mercado laboral”³.

La lógica subyacente a la “gestión previdencial” de la contingencia incapacitante es evidente: los esfuerzos tienen que ser concentrados en las capacidades, y no en las discapacidades⁴.

2.1. Hacia la plena inclusión activa de los trabajadores discapacitados

Esta lógica se puede leer en las políticas europeas para los trabajadores discapacitados, categoría considerada “prioritaria por una mayor participación al mercado del trabajo”⁵. Se ha asistido, en particular, a la superación de un enfoque jurídico tradicional, basado en una especial atención a la protección social a los discapacitados con el supuesto de su insuperable condición de diversidad; para pasar al reconocimiento pleno de su dignidad, a la valorización de su participación a la vida social y económica del País. Por esta

² Vease la RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN DE 3 de octubre de 2008 sobre *La inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral*; y la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007*, COM (2007) 13 def.

³ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Modernización de la protección social para crear más y mejores empleos: un enfoque general que contribuya a hacer que trabajar sea rentable*, COM (2003) 842 def., § 3.4.

⁴ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, AL COMITÉ DE LAS REGIONES Y AL BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017*, COM (2016) 725 def., par. 2.2.

⁵ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007*, cit.

via se ha cumplido la transición de una “protección paternalística de los discapacitados a su derecho a la plena inclusión”⁶.

La normativa europea destaca una neta orientación de las estrategias europeas hacia la implementación de la activación de los discapacitados⁷. Desde la perspectiva antidiscriminatoria se desprende, realmente, una nueva visión de la discapacidad, que debe indenderse no como un mero impedimento al trabajo (que provoca la exclusión del sistema productivo y de la vida social); sino como un obstáculo que tiene que ser removido, o cuanto más atenuado, para permitir una apropiada y adecuada participación al mercado laboral y, a través de eso, a la vida social en su conjunto.

En este contexto, muchas reformas nacionales han sido orientadas a la predisposición de políticas activas orientadas a “motivar” los beneficiarios de aquellas prestaciones a volver al trabajo: el foco/ la atención, es decir, se desplaza, de la protección de la mera incapacidad de la persona a la valorización de sus restantes capacidades laborales.

2.2. El impacto del envejecimiento de la fuerza laboral

El mismo enfoque proactivo concierne a los trabajadores mayores. Este tema tiene que ser encuadrado en relación al progresivo envejecimiento de la población y, por lo tanto, de la fuerza laboral.

La prolongación de la vida laboral, consecuencia del aumento de la edad de jubilación, necesitaría en particular de un sistema integrado y coherente de medidas de *active ageing*, basado sobre la adopción de políticas del trabajo destinadas a favorecer la permanencia de los mayores en los lugares de trabajo, así como de acciones preventivas en respuesta al peligro del rápido deterioro del capital humano. Muchos documentos europeos enfatizan la interrelación entre mala salud y ocupación: y los problemas de salud afectan en particular los trabajadores de edad avanzada⁸.

El tema, por lo tanto, no es simplemente lo de la incapacidad/discapacidad; esto tiene que ser considerado a la luz de la cuestión, más amplia, de la inclusividad en el mercado del trabajo, teniendo en cuenta las Recomendaciones (no sólo) europeas en materia de envejecimiento activo.

⁶ IZZI D., *Sub art. 26*, en MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cargo de), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, Giuffrè, Milano, p. 499.

⁷ El derecho a un trabajo “inclusivo” está reconocido en el artículo 15, § 2, de la Carta Social Europea; vid. CUENCA GÓMEZ P., DE ASÍS ROIG R., *Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad*, en MONEREO ATEINZA C., MONEREO PÉREZ J.L. (dir. y coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017, spec. págs. 694-695. El derecho de la integración de las personas discapacitadas ha sido reafirmado en el artículo 26 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; y esta misma dirección aparece específicamente concretada en la política social europea (v., por último, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020); vid. MONEREO PÉREZ J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., *Artículo 26 – Integración de las personas discapacitadas*, en MONEREO ATEINZA C., MONEREO PÉREZ J.L. (dir. y coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, págs. 590 y ss.

⁸ MORENO ROMERO F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2016; y BOZZAO P., *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, spec. p. 45 ss.

En la política económico-social (no solamente) europea, el tema del envejecimiento de la población y, como consecuencia, de la fuerza laboral, ha asumido de unos treinta años una clara connotación: la prolongación de la vida laboral de los mayores, con el consiguiente retraso de la edad de jubilación. Por contra, menor atención ha sido prestada a las medidas dirigidas a facilitar la inserción, la reintegración o, aún menos, la permanencia, en el mundo del trabajo.

Está claro que las personas, una vez inactivas, especialmente si es durante largo tiempo, presentan muchas dificultades a regresar en el mundo del trabajo, sobre todo si son de edad avanzada. Además, los problemas de salud y las discapacidades constituyen las causas principales de las salidas anticipadas: y estas salidas, como ya he dicho, constituyen a su vez uno de los elementos de mayor sufrimiento del mercado del trabajo.

3. “NUEVOS” FACTORES DE RIESGO INVALIDANTE

El desarrollo tecnológico ha llevado consigo la introducción de nuevas instrumentaciones y recursos, que han producido un fuerte impacto en las modalidades de desarrollo de las actividades laborales: abriendo en algunos casos el camino hacia la emersión de nuevos riesgos por la salud y la seguridad de los trabajadores que, si no tempestivamente identificados y protegidos, pueden, especie a largo plazo, comportar la manifestación de graves patologías incapacitantes.

Particularmente problemático se ha revelado, por ejemplo, el empleo de teléfonos móviles durante el desarrollo de la actividad profesional, puesto que la exposición prolongada a las ondas electromagnéticas puede exponer los trabajadores a la mayor probabilidad de desarrollar patologías neoplásicas. En Italia, la más reciente jurisprudencia de mérito⁹ y legitimidad¹⁰ ha hallado un nexo causal entre el empleo de los teléfonos móviles y la manifestación del tumor, y ha condenado a la Entidad gestora (Inail) a indemnizar a los trabajadores enfermos después de haber utilizado el teléfono durante un largo plazo, 12-15 años, por variadas horas al día.

Además, en los últimos años se registra el aumento de enfermedades mentales y problemas psico-físicos, que también interesan los jóvenes¹¹ y, sobre todo, las mujeres, especie las madres solteras. Estas últimas aparecen particularmente expuestas a la depresión¹² y a la ansiedad; el profundo cambio del rol *multitasking* femenino –aumento de la cantidad de trabajo, mayores cargas de responsabilidad asociadas con roles profesionales apicales, conciliación, situaciones de familias monoparentales– ha marcado aún más, en los últimos años, el estrés físico y psíquico, considerado una de las principales causas de la depresión para la mayoría de las mujeres.

Los riesgos psicosociales en el trabajo y, en particular, el estrés relacionado con el trabajo constituyen los fenómenos más complejos, y en continuo aumento, en materia de

⁹ Corte App. Brescia 22 dicembre 2009; Trib. Ivrea 20 aprile 2017; Trib. Firenze 24 giugno 2017.

¹⁰ Cass. 12 ottobre 2012, n. 17438.

¹¹ Working Report dell'European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Tackling the increased take-up of incapacity benefit by young people in the European Union*, Prague, July 2009.

¹² Según la Organización Mundial de la Salud, en los próximos 30 años la depresión va a ser la enfermedad crónica más difundida.

salud y seguridad en el lugar de trabajo. Muy delicadas se revelan las recaídas del estrés en el ámbito de *protección social*¹³, especie si inducido por el trabajo.

Un problema particular se ha puesto en relación con los efectos incapacitantes del intento de suicidio; dudando si ellos puedan dar lugar al derecho a la jubilación o se deban reconducir al dolo del sujeto protegido. La solución que se prefiere es la primera: en tal hipótesis el dolo está excluido, en razón de la condición de máxima depresión psíquica que caracteriza al suicida.

Si el estado incapacitante se puede reconducir –como emerge cada vez con mayor frecuencia de las noticias de crónica– a situaciones de estrés psicofísico consiguiente de graves situaciones laborales (despido; cese de actividades; clima laboral hostil), el comportamiento autolesivo bien puede ser reconducido entre los “riesgos típicos” de la actividad laboral y, por lo tanto, ser objeto de análogo trato que los “otros” tipos de menomaciones. Y en efecto, aunque el suicidio sea un acto voluntario, el proceso que conduce a adoptar esta extrema decisión no puede ser evaluado independientemente de las circunstancias que lo determinan. A esta conclusión está llegando, en los últimos años, la jurisprudencia (Francia, Italia, España).

Delicado es, por último, establecer la relevancia de factores que pueden, por comportamientos voluntarios (culpa) del trabajador, determinar el génesis de una enfermedad, o el averiguarse de un accidente. Esto es el caso, por ejemplo, del alcoholismo, tal como de la obesidad, o de la drogadicción: situaciones que, a menudo, dependen estrechamente de una deficiencia física o psíquica del sujeto protegido. Esta conexión fue recientemente reconocida por el Tribunal Superior de Justicia, sede de Valladolid, que ha reconocido a un drogadicto el derecho a la prestación de incapacidad permanente absoluta.

4. LA CONTINGENCIA PROTEGIDA: ALGUNAS PRECISACIONES TERMINOLÓGICAS

Entrando, a este punto, en el examen de los sistemas de protección social nacionales en frente a la incapacidad laboral, es importante ante todo puntualizar que la contingencia protegida no es “el elemento desencadenante”, no es la patología sufrida por el trabajador, sino el efecto incapacitante consiguiente de aquella –más o menos grave– alteración del estado de salud. Esta alteración, en efecto, tiene que ser de intensidad tal que produce la pérdida total de la capacidad laboral o bien la pérdida de la capacidad del prestador de desarrollar una actividad laboral capaz de proveer una sustentación personal y familiar. En esta segunda hipótesis se presupone que quede una restante capacidad laboral, que permite al trabajador discapacitado de percibir una cierta renta –más o menos integrada según diferentes soluciones nacionales– de la prestación de seguridad social.

Una ulterior gradación, además, está conectada a la duración de tal pérdida que, en razón de la gravedad de la contingencia socialmente relevante, puede afligir la persona de manera temporal, o bien permanente. Además, en algunos Países, existe un régimen especial

¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007*, cit., par. 3.1.

para las incapacidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: en otros, en cambio, las incapacidades temporales se encuentran ligadas al sistema general de la enfermedad, mientras las incapacidades permanentes y la muerte están cubiertas por el régimen general de invalidez y muerte¹⁴.

En general, la protección de la incapacidad laboral se alcanzará utilizando una instrumentación extremadamente articulada, a garantía de contingencias para las que, pero, se plantean ya muchos problemas de encontrar una definición conceptual. Esto es debido a un pluralismo definitorio, que a menudo lleva a una utilización confusa de la terminología para identificar los conceptos conexos a la incapacidad laboral; y esto, inevitablemente, desorienta al intérprete. Nociones cuál incapacidad, invalidez, inhabilidad, discapacidad, son declinadas en efecto de modo heterogéneo en los diferentes regímenes nacionales; y, a menudo, también dentro del mismo régimen jurídico nacional.

El ejemplo indicado en el texto de la Ponencia de clausura - dónde comparo la terminología italiana (que hace referencia a las nociones de invalidez e inhabilidad) a aquella española (centrada hoy en el concepto de incapacidad, y donde la palabra “invalidez” me parece corresponder, en el sistema jurídico italiano, a la más grave situación de inhabilidad), es indicativo de esta dificultad.

5. ¿INCAPACES A HACER QUÉ? INCAPACIDAD LABORAL GENÉRICA, ESPECÍFICA, APTITUDINAL

En los últimos años muchos Países están intentando limitar el acceso a estas prestaciones; una modalidad para perseguir este objetivo, y reducir el número de los beneficiarios, es reducir la definición de la noción de “incapacidad.”

Y en realidad, la reducción de la capacidad de trabajo, que da derecho a la prestación social, puede asumir muchas configuraciones, teniendo que valorar, ante todo, la intensidad de la alteración de la salud que va a derivarse de ella; y, aun más, si la capacidad laboral tenga que referirse a un genérica, o bien a una específica y determinada actividad laboral. Está claro que la misma lesión puede producir efectos bien diferentes, relacionados al tipo de actividad profesional del discapacitado: pudiendo resultar impeditiva por el desarrollo de un determinado trabajo, y no por el regular cumplimiento de otros. Las soluciones adoptadas por los muchos Estados miembros aparecen, sobre el punto, compuestas.

Algunos Países han introducido reformas que han puesto particular énfasis, en primer lugar, sobre la “intensidad” del efecto incapacitante; el objetivo es la exacta identificación de la restante capacidad laboral, necesaria para acceder a las prestaciones sociales. De este modo se ha cumplido la tendencial extensión de las tipologías de trabajos que la persona puede realizar con su incapacidad, no más referida al trabajo específico anterior. Además, las reformas se centraron en la necesidad de gobernar de manera puntual y detallada el proceso estimativo de la incapacidad laboral, con el objetivo de retener al solicitante dentro del mercado del trabajo, también reforzando su activación aplicando específicos incentivos

¹⁴ V. el Rapporto Missoc, enero 2017.

económicos. Indicativas son las innovaciones introducidas en los Países Bajos, en Suecia, en el Reino Unido y en Alemania¹⁵.

En Italia la situación es muy compleja, con respecto a la protección de incapacidad derivada tanto de contingencia común, tanto de contingencia profesional (d.p.r. n. 1124/1965); y, en el segundo caso, sobre todo para los casos de inhabilidad permanente. Aquí recuerdo solamente que por lo que respecta a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales planteadas después del 25 de julio 2000, el legislador –en respuesta a las solicitudes del Tribunal constitucional– ha dictado una específica y autónoma disciplina para proteger el llamado danno biológico (noción, esta, tendencialmente omnicomprendiva de todos los daños no patrimoniales resultantes de la menomación padecida), que debe entenderse como la “lesión a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de valoración médico forense” (art. 13, l. n. 38/2000). En sustancia, la determinación del importe de la prestación económica está compuesta, hoy, por dos voces diferentes: una relativa al daño biológico, la otra a la reducción de la capacidad laboral. Se ha pasado, así, de una protección del hecho injurioso en sí mismo a una tutela de la persona del trabajador que ha sufrido un accidente; así que ahora hay un derecho a una tutela global, no más limitada a la garantía –tradicional– del mínimo vital en virtud de la reducida posibilidad de producir una renta en consecuencia de un accidente de trabajo.

6. LA CRECIENTE VALORIZACIÓN DE LA “ACTIVACIÓN”

En línea con cuánto se manifiesta en la evolución legislativa de los sistemas de seguridad social nacionales, también el disfrute de las prestaciones de incapacidad ha visto la creciente valorización de la activación del beneficiario, implementada por la gestión individualizada y tendencialmente contractual de las prestaciones¹⁶.

Esta es la línea de desarrollo del *welfare* activo, que llamamos “de las responsabilidades”, donde el beneficio no es concebido sólo como ayuda temporal o permanente para una necesidad social que deriva de un factor externo a la esfera individual del trabajador; el beneficio es sobre todo funcional a la readquisición de un estado profesional, también en caso de persistencia de una determinada situación de debilidad social.

Consecuencia de este modelo son todas las iniciativas destinadas a responsabilizar al trabajador en el disfrute de los beneficios sociales, con una gestión de tipo contractual por parte de la administración.

Muchos Países han introducido reformas que básicamente han modificado el marco normativo de las prestaciones sociales, cada vez más de acuerdo con la configuración de derechos llamados condicionados; el disfrute del derecho, es decir, depende del comportamiento del beneficiario, que tiene que ser conforme a lo que establece la Administración que paga la prestación: pena la aplicación de sanciones severas.

¹⁵ Vid. DEVETZI S., STENDAHL S. (Eds), *Too Sick to Work? Social Security Reforms in Europe for Persons with Reduced Earnings Capacity*, Wolters Kluwer, 2011.

¹⁶ EICHENHOFER E., *Diritti sociali e benefici condizionati. I diritti sociali fondamentali alla prova delle nuove forme di regolamentazione e gestione*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2013, pp. 525 y ss.

La agravación del mecanismo de condicionalidad implica que inevitablemente el trabajador tiene una parte de responsabilidad en el pago regular de los subsidios, tal como en la gestión de la fase de recualificación y reintegración en el mundo del trabajo.

Teniendo en cuenta estas directrices, las novedades en materia de prestaciones de incapacidad se han orientado, en particular, hacia una conexión cuanto mas sinérgica entre prestaciones y trabajo, ofreciendo posibilidad de recualificación y potenciando las adaptaciones del ambiente de trabajo. Han sido reforzados los incentivos para los empresarios, para animarlos a contratar a las personas con reducida capacidad laboral. Al mismo tiempo, han sido rediseñados los incentivos destinados a los beneficiarios, para reducir los obstáculos que se encuentran en caso de vuelta a la vida laboral.

Se señala también una creciente atención a la prevención de la incapacidad y de la rehabilitación laboral de las personas con problemas de salud, como una “alternativa” –más barata– a las prestaciones de incapacidad, que duran a menudo toda la vida (en esta dirección se han orientado las reformas introducidas en los Países Bajos, basadas en la fuerte responsabilización de los empresarios en la gestión de las prestaciones de enfermedad, transfiriendo los costes del regimen de seguros a los empresarios. Esto es un tipo de “privatización” parcial de una prestación pública, ya implantada en otros sistemas jurídicos: Alemania; España).

En verdad, las soluciones a la condición de incapacidad durante la actividad laboral tienen que ser buscadas, indudablemente, adoptando una perspectiva cada vez más abierta y recurriendo no sólo al pago de una suma de dinero, sino también a una pluralidad de medidas, como la flexibilidad de las tareas con respecto a las nuevas capacidades, la movilidad en los puestos de trabajo, la recualificación profesional y, además, la adaptación de los puestos de trabajo a las necesidades del trabajador con discapacidad.

La coordinación con la legislación laboral se revela, en materia, necesaria; pero es también muy difícil. Entran aquí en juego, en particular, las complejas problemáticas relacionadas con la protección del interés del trabajador a la conservación del puesto de trabajo en caso de sobrevenida incapacidad, física o psíquica; con el desempeño de sus funciones; y con la exacta individualización de los límites que encuentra el poder unilateral del empleador, en particular el del despido, en situaciones como estas.

A este respecto, un papel crucial tiene que ser reconocido a la disciplina antidiscriminatoria de derivación europea y, en particular, al art. 5 de la directiva 2000/78/Ce. Este artículo, gracias a su lectura extensiva proporcionada por la Corte de Justicia (v. el sent. HK Danmark del 11 de abril 2013), ha impuesto la obligación patronal de efectuar “cada razonable adaptación”, también de naturaleza organizativa, para recolocar provechosamente al trabajador discapacitado en el contexto empresarial; resultando así justificables las elecciones organizativas y gestionales decididas por el empresario.

7. CONCLUSIONES

Los sistemas nacionales de seguridad social se han construido sobre el sistema fordista de la gran empresa industrial. Este sistema ha sido superado por la globalización, por la sociedad de los servicios; muchos sistemas de protección social no fueron capaces de

contestar de modo adecuado “al fenómeno de la transición al post-industrialismo, que en el contexto de la integración europea, sólo ha determinado una disminución de la protección social”¹⁷.

La legislación del último veinteno ha introducido en especial en los sectores de pensiones y sanidad - medidas recesivas del gasto y de los derechos; de esto modo se ha producido una creciente decadencia de las tutelas sociales, en particular de aquéllas garantizadas por la seguridad social. Este hecho pone en peligro la plena exigibilidad de los derechos sociales, cada vez más condicionados por la disponibilidad financiera y, por tanto, subordinados al respecto del predominante principio del equilibrio presupuestario.

En este “welfare sin recursos”, expuesto a una estructural “crisis de eficacia”, se multiplican las desigualdades¹⁸. Las preguntas que se plantean tienen que ver con el sentido más profundo de la garantía de los derechos sociales en las Constituciones contemporáneas, frente a la tendencia de los legisladores a reducir la protección de los derechos, por meras razones de gasto público; y, además, con la existencia o no de un límite constitucional al poder legislativo de condicionar la protección de aquellos derechos a los recursos efectivamente disponibles¹⁹.

Estas preguntas también conciernen a las tutelas reconocidas en caso de incapacidad laboral. Las vías seguidas por los legisladores nacionales aparecen, también en esta materia, claramente orientadas hacia la prioritaria exigencia de reducir el gasto público.

Los instrumentos adoptados son múltiples: en primer lugar, el endurecimiento de los criterios de acceso; pero también la previsión de procesos estimativos del estado incapacitante cada vez más estrictos y rigurosos; al mismo tiempo, al beneficiario se le requiere una constante y asidua colaboración y disponibilidad de participación, para la recuperación de la restante capacidad laboral y su provechoso empleo en el mercado laboral, so pena de ser sometido a ásperas sanciones.

Estas medidas, en cambio, deben evaluarse con detenimiento.

Ante todo, en ausencia de medidas efectivas de integración en el mercado del trabajo para las personas con discapacidad, la agravación de los criterios de acceso a la protección, de carácter médico o económico y social, puede comportar un desplazamiento de los costes que comporta el tratamiento de la incapacidad a otros sectores de la seguridad social como el desempleo, la enfermedad, la jubilación anticipada y la asistencia social. Este enfoque integrado, “a 360 grados”, debe de estar siempre presente. Los sistemas de seguridad social, en su compleja articulación interior, presentan una configuración “a vasos comunicantes”: si las prestaciones asistenciales no son óptimas y la protección frente al desempleo es limitada en cuanto a importe y duración, es fácil que el número de solicitantes de las prestaciones de incapacidad sea bastante amplio; y a la inversa. Los datos empíricos sugieren, en efecto, que

¹⁷ PESSI R., *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2016, p. 608.

¹⁸ PESSI R., *Ripensando il welfare*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2013, 477.

¹⁹ LONGO E., *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2017, p. 206.

sin un diseño general, las restricciones de acceso a un tipo de prestaciones conducen a los beneficiarios a “dirigirse” hacia otros beneficios, más fácilmente accesibles.

Por otro lado, en lo que concierne al énfasis puesto en el “deber” al trabajo de los trabajadores con discapacidad, es evidente que la nueva articulación de los principios de condicionalidad y activación comporta una mayor responsabilización del trabajador en la dúplice perspectiva de la empleabilidad y de la regularidad en el trabajo; convirtiéndose la responsabilidad individual en un valor de sistema y, al mismo tiempo, en un instrumento de control indirecto y de incentivo a la legalidad del trabajo.

Pero, cuando hablamos del derecho fundamental a la salud de la persona ¿Cuál es el precio de la exasperada activación y de la –cada vez más– estricta condicionalidad? ¿Cuál es el potencial impacto en la salvaguardia de los derechos sociales, teniendo en cuenta que la consolidación del principio de condicionalidad no resulta siempre equilibrada con la fijación de soluciones para hacer efectivo el derecho al servicio de integración y de reintegración profesional en el mercado laboral?

Aunque esta línea de acción está muy clara y bien comprendida a nivel europeo, resulta todavía aplicada con poco rigor.

En primer lugar, a las empresas no les importa mucho la promoción de la salud y el bienestar de la vida laboral, y sólo pocas empresas han adoptado acciones concretas para devolver al trabajo a sus empleados después de un largo período de enfermedad; y se ha puesto poca atención a las necesidades de particulares grupos, como son los trabajadores poco cualificados y las mujeres.

Además, si la reintegración en el mercado laboral es el objetivo principal de los programas sociales, es necesario identificar exactamente las carencias individuales del beneficiario y las oportunidades económicas ofrecidas a la persona en el específico mercado del trabajo local: es evidente que para el buen fin de esta operación es necesaria una mutua comprensión entre la Administración y el beneficiario. La valorización de las capacidades individuales como vector importante de empleabilidad, requiere un indispensable factor organizativo y un sistema de control y valoración de su eficacia por parte de los actores públicos. De otra manera, se corre el riesgo de enfatizar el carácter punitivo del principio de activación, sin que haya suficientes garantías de eficiencia de los aparatos.

El corolario de un sistema de “activación a toda costa/ a cualquier precio” sería, por tanto, la “empleabilidad a cualquiera condición”: si se obliga al trabajador a aceptar todas las oportunidades de trabajo que resultan “adecuadas” a su condición, existe el concreto riesgo de asistir a la completa devaluación del tipo de trabajo que la persona con discapacidad tiene que aceptar para no perder la protección del sistema²⁰. Y ello a pesar de que, la creación de

²⁰ FERRERA M.D., Il principio di condizionalità e l'attivazione del lavoratore tra tutela dei diritti sociali e controllo della legalità, en Lavoro e Diritto, 2015, p. 653.

“puestos de trabajo de calidad”, constituye desde hace muchos años el centro de los objetivos perseguidos por las instituciones europeas²¹.

La exasperada demanda de activación del beneficiario, al que se le requieren continuos comportamientos y cargas administrativas –con frecuencia meramente formales– que acrediten su efectiva disponibilidad para mantenerse activo en el mercado laboral, so pena la aplicación de sanciones severas, mal concuerda con la carencia de oportunidades de trabajo que caracterizan, cada vez más, a los contextos laborales de referencia. Si es indudable que la actividad laboral de los discapacitados debe fomentarse y mejorarse, la falta de igualdad de oportunidades en el mercado laboral sigue constituyendo “el principal reto al que se enfrentan los discapacitados”²².

En una situación de crisis económica estructural, el riesgo de la menor empleabilidad acaba así siendo trasladado del Estado al individuo.

Esto es evidente sobre todo en los Países que han introducido exasperantes procedimientos para evaluar la capacidad laboral residual, cada vez más automáticos y estandarizados, que crearon reales barreras entre el solicitante y quién decide el reconocimiento de la prestación.

En medio de este sistema hay instrucciones, pruebas y directrices tan puntuales que las respuestas parecen ser el resultado de este detallado proceso: sin dar ninguna importancia a la peculiar situación subjetiva del solicitante la prestación²³.

De todo ello emerge una despersonalización del servicio prestado, que no permite satisfacer las necesidades inevitablemente vinculadas a las circunstancias de cada discapacitado en particular. Con el riesgo adicional de que este último encuentre obstáculos burocráticos –verdaderos fallos en el sistema–, que bien pueden existir en un sistema totalmente informatizado: las dramáticas consecuencias descritas en la reciente película de Ken Loach, *Yo, Daniel Blake* evidencian cómo, en la realidad, las reformas demasiado exasperadas producen resultados inversamente proporcionales a la amplitud de sus ambiciones²⁴.

²¹ V. Europa 2020, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, par. 2.

²² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, AL COMITÉ DE LAS REGIONES Y AL BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017*, cit., par. 2.2.

²³ S. STENDAHL, S. DEVETZI, *Incapacity Benefits – Comparing Legal Reforms and Legal Strategies*, in S. DEVETZI, S. STENDAHL (Eds), *Too Sick to Work?*, cit., p. 173.

²⁴ Con respecto a las reformas italianas realizadas por el “Jobs Act”, vease ESPOSITO M., *Servizi e politiche per il lavoro nell’attuazione del “Jobs Act”: riforme, vincoli e necessità*, cit., p. 19.; y ID., *Servicios y políticas de empleo en la aplicación del “Jobs Act” italiano: reformas, restricciones y necesidades*, in MONEREO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ BERNAT J.A., DEL MAR LÓPEZ INSUA B. (dir.coord.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, 2016, spec. p. 315.

La indemnización de los daños y perjuicios morales derivados de accidente de trabajo. A propósito de la más reciente jurisprudencia de la corte de casación francesa sobre el tema

Compensation for non-material damage arising from workplace accidents. About the most recent jurisprudence of the French Court of Cassation on the matter

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

PROFESOR DOCTOR CONTRATADO INDEFINIDO
E.U. DE RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS
CENTRO ADSCRITO, UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

La indemnización de los daños y perjuicios morales derivados de accidente de trabajo es un tópico abordado por la jurisprudencia francesa desde hace muchos años. La última palabra sobre el tema de la Corte francesa de Casación la contiene una reciente decisión suya de 14 diciembre 2017, calificada por la propia Corte de Casación como sentencia de alto valor doctrinal. En ella, se analiza un asunto de gran interés comparatista, como el de la prueba del nexo causal entre el accidente de trabajo ocurrido y los perjuicios morales causados por dicho accidente a un huérfano del trabajador accidentado.

Abstract

The compensation for non-material damage arising from workplace accidents is a topic that has been addressed by French jurisprudence for many years. The final word on this matter from the French Court of Cassation is contained in a recent decision pronounced by this Court on 14th December 2017, which was described by the Court of Cassation itself as a judgment with high doctrinal value. In such decision, a matter of considerable comparative importance is analysed, namely the proof of the causal relationship between the workplace accident and the non-material damage caused by such accident to an orphan of the worker who suffered it.

Palabras clave

derecho comparado; Francia; accidente de trabajo; daños y perjuicios morales; prueba

Keywords

Comparative law; France; workplace accident; non-material damage; proof

1. EL MARCO SUSTANTIVO DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO, EN EL DERECHO FRANCÉS

1. Como resulta más usual en Derecho comparado –con las notables excepciones, por ejemplo, de los Estados Unidos¹ y de Portugal²– el régimen jurídico sustantivo del accidente

¹ En este país, los accidentes de trabajo (o «*workmen's compensation*») son un asunto puramente laboral y de competencia, además, de cada uno de los Estados federados norteamericanos, pero no de la Federación. Al respecto, véase ARUFE VARELA, A., *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), págs. 129 y ss.

² Aquí también los accidentes de trabajo son un asunto laboral, regulado incluso (para acentuar su laboralidad) en el vigente Código portugués del Trabajo de 2009. Sobre esta peculiaridad, véase VIZCAÍNO RAMOS, I., «El interés comparatista del contencioso portugués de los accidentes de trabajo. Acerca de la jurisprudencia más (...)»

de trabajo aparece contenido en Francia en su legislación de seguridad social, el grueso de la cual se encuentra codificado en su vigente Código de la Seguridad Social (*Code de la Sécurité Sociale*) de 1985, que es actualmente –al igual que las más de cinco docenas de Códigos franceses en vigor– un Código electrónico de Derecho constante, gratuitamente accesible y manejable a través del portal del servicio público francés de difusión del Derecho a través de Internet³. En este Código, nuestro concreto tema aparece tratado en su Libro 4, rotulado «Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Disposiciones propias y disposiciones comunes con otros ramos) [*Accidents du travail et maladies professionnelles (Dispositions propres et dispositions communes avec d'autres branches)*]». Se trata de un Libro relativamente voluminoso, pues contiene sólo en su Parte legislativa más de un centenar de preceptos, numerados –con la peculiar numeración de la generalidad de Códigos franceses– del artículo L431-1 al artículo L482-5 (los preceptos de la Parte reglamentaria del propio Libro 4, a su vez, comprenden los artículos R412-1 a R482-3), estando presidida esta regulación por una definición del accidente de trabajo a calificar de clásica, según la cual «se considera como accidente de trabajo, cualquiera que sea la causa, el accidente sobrevenido por el hecho o con ocasión del trabajo a toda persona asalariada o que trabaja, por cualquier título o cualquier lugar que sea, para uno o varios empresarios o jefes de empresa [*est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise*]»⁴.

2. Como se desprende de esta definición, la responsabilidad del empresario francés por accidente de trabajo es, en principio, meramente objetiva⁵. Pero el Libro 4 del Código francés de Seguridad Social, como suele resultar usual en el plano del Derecho comparado, atribuye resultas jurídicas específicas al hecho de que pueda imputarse dolo o culpa al empresario en la causación del accidente, apareciendo regulado este tema en el Capítulo 2 del Título 5 de dicho Libro, bajo el rótulo «falta inexcusable o intencionada del empresario [*faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur*]», en el que se parte de la regla –relativa al supuesto de hecho de ocurrencia más frecuente, supuesto que la intencionalidad empresarial resulta más difícilmente concebible– de que «cuando el accidente sea debido a la falta inexcusable del empresario o de aquellos que le sustituyan en la dirección, la víctima o sus derechohabientes tienen derecho a una indemnización complementaria [*lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire*]»⁶. En realidad, esta indemnización comprende dos indemnizaciones distintas, cabiendo respecto de ambas –a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en España– que el empresario concierte un contrato privado de seguro para protegerse (o si se quiere, no arruinarse) frente al pago de las mismas (literalmente, «el empresario puede asegurarse contra las

reciente sobre el tema del Supremo Tribunal de Justicia portugués», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 11 (2017), págs. 229 y ss.

³ Esto es, www.legifrance.gouv.fr. Desde este concreto punto de vista, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 18 y ss.

⁴ Artículo L411-1.

⁵ Con interesante perspectiva histórica, muy reciente, véase HAUSER, J., «*Homage: Centenaire de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*», *Droit Social*, núm. 12 (2017), págs. 1069 y ss.

⁶ Cfr. artículo L452-1.

consecuencias financieras de su propia falta inexcusable o de la falta de aquellos que le sustituyan en la dirección de la empresa o del centro de trabajo [*l'employeur peut s'assurer contre les conséquences financières de sa propre faute inexcusable ou de la faute de ceux qu'il s'est substitués dans la direction de l'entreprise ou de l'établissement*]]⁷.

3. La primera de dichas indemnizaciones es el «recargo» de prestaciones, siendo la regla a este respecto la de que «la víctima o sus derechohabientes reciben un recargo de las indemnizaciones que se les deben en virtud del presente Libro [*la victime ou ses ayants droit reçoivent une majoration des indemnités qui leur sont dues en vertu du présent livre*]]⁸, cabiendo que el importe del mismo sea equivalente incluso al cien por cien de las prestaciones ordinarias, y teniendo en cuenta que «el recargo se paga por la caja [esto es, por la entidad gestora], que recupera del empresario el capital representativo del mismo, en las condiciones determinadas por Decreto [*la majoration est payée par la caisse, qui en récupère le capital représentatif auprès de l'employeur dans des conditions déterminées par décret*]]⁹. La segunda es una indemnización complementaria del «recargo» y no tasada, pues «la víctima tiene derecho de demandar al empresario la reparación del perjuicio causado por los sufrimientos físicos y morales por ella padecidos, sus perjuicios estéticos y de atractivo, así como el perjuicio resultante de la pérdida o de la disminución de sus posibilidades de promoción profesional [*la victime a le droit de demander à l'employeur ... la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle*]]¹⁰, teniendo en cuenta de nuevo que «la reparación de estos perjuicios se paga directamente a los beneficiarios por la caja, que recupera el importe de los mismos del empresario [*la réparation de ces préjudices est versée directement aux bénéficiaires par la caisse qui en récupère le montant auprès de l'employeur*]]¹¹. Sobre esta segunda indemnización, tendré que volver un poco más adelante, al hilo de la más reciente jurisprudencia francesa relativa a la misma.

2. EL MARCO PROCESAL DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO, EN EL DERECHO FRANCÉS

4. Desde un punto de vista procesal, el Derecho francés de Seguridad Social presenta una singularidad muy grande, puesto que no existe un único contencioso judicial de la seguridad social, sino hasta cuatro contenciosos judiciales distintos sobre ella¹², de los que sólo interesa considerar aquí el denominado –por el Código francés de Seguridad Social– «contencioso general de la seguridad social [*contentieux général de la sécurité sociale*]]». Según el artículo L142-1 del mismo, este contencioso «resuelve los conflictos a los que da lugar la aplicación de las legislaciones y reglamentaciones de seguridad social, y de la

⁷ Artículo L452-4, párrafo tercero. Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La asegurabilidad del recargo español de prestaciones de seguridad social. El marco teórico», y ARUFE VARELA, A., «La asegurabilidad del recargo español de prestaciones de seguridad social. Un ejemplo práctico», ambos en el volumen *La responsabilidad del empresario*, Laborum (Murcia, 2012), págs. 277 y ss., y 283 y ss., respectivamente.

⁸ Artículo L452-2, párrafo primero.

⁹ *Ibidem*, párrafo sexto.

¹⁰ Cfr. artículo L452-3, párrafo primero, inciso primero.

¹¹ *Ibidem*, párrafo tercero.

¹² Clásico sobre el tema y sus complejidades, al hilo de uno de esos concretos contenciosos, véase SAVATIER, J., «Contentieux de l'assurance chômage», *Droit Social*, núm. 12 (2000), págs. 1130 y ss.

mutualidad social agrícola, y que no pertenezcan, por su naturaleza, a otro contencioso [*règle les différends auxquels donnent lieu l'application des législations et réglementations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, et qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux*]¹³, se supone que, de seguridad social. Entre estos asuntos de su competencia, se cuentan desde luego los pleitos relativos a la aplicación del Libro 4 del propio Código francés de Seguridad Social, probándolo contundentemente y explícitamente el hecho de que la parte reglamentaria de este último se vea obligada a fijar la competencia territorial de los tribunales correspondientes, precisamente a propósito de los accidentes de trabajo, en los siguientes términos: «la jurisdicción competente es la de la demarcación en la que se encuentre [*la juridiction compétente est celle dans le ressort de laquelle se trouve*]¹⁴, bien «el lugar del accidente o la residencia del accidentado, a elección de este último, en caso de accidente de trabajo no mortal [*le lieu de l'accident ou la résidence de l'accidenté, au choix de celui-ci, en cas d'accident du travail non mortel*]¹⁵, bien «el último domicilio del accidentado en caso de accidente de trabajo mortal [*le dernier domicile de l'accidenté en cas d'accident du travail mortel*]¹⁶.

5. Según el propio Código francés de Seguridad Social, este «contencioso general» se diversifica en tres grados jurisdiccionales. En primer lugar, los tribunales de asuntos de seguridad social, teniendo en cuenta que «el tribunal de asuntos de seguridad social conoce en primera instancia de los litigios pertenecientes al contencioso general de la seguridad social [*le tribunal des affaires de sécurité sociale connaît en première instance des litiges relevant du contentieux général de la sécurité sociale*]¹⁷, y que –por disposición expresa del propio Código– «el procedimiento ante el tribunal de asuntos de seguridad social se rige por las disposiciones del Libro 1º del Código de Procedimiento Civil [*la procédure devant le tribunal des affaires de sécurité sociale est régie par les dispositions du livre 1er du code de procédure civile*]¹⁸. En segundo lugar, las Salas de lo Social de las Cortes de Apelación –en las que, por cierto, confluyen el contencioso laboral (o contencioso de la «jurisdicción de hombres prudentes [*juridiction prud'homale*]¹⁹ y este «contencioso general de la seguridad social», netamente separadas en primera instancia–, pues «la corte de apelación decide sobre las apelaciones interpuestas contra las decisiones dictadas por el tribunal de asuntos de seguridad social [*la cour d'appel statue sur les appels interjetés contre les décisions rendues par le tribunal des affaires de sécurité sociale*]²⁰. En tercer lugar, la Corte de Casación, frente a la que cabe recurrir las decisiones dictadas por las Salas de lo Social de las Cortes de Apelación, a través del correspondiente «recurso [*pourvoi*]²¹ de casación. Paradójicamente, ante esta altísima Corte, vuelven a separarse los contenciosos laboral y general de seguridad social, pues del

¹³ Párrafo segundo.

¹⁴ Cfr. artículo R142-12, párrafo segundo.

¹⁵ *Ibidem*, núm. 1º.

¹⁶ *Ibidem*, núm. 2º.

¹⁷ Cfr. artículo L142-2, párrafo primero.

¹⁸ Cfr. artículo R142-17.

¹⁹ Sobre esta última, véase FERREIRO BROZ, Mª.M., *Estudio comparatista del contencioso laboral de primera instancia francés y español*, Dykinson (Madrid, 2015), págs. 19 y ss.

²⁰ Cfr. artículo L142-2, párrafo segundo.

primero conoce su «Sala de lo Social [*Chambre Sociale*]», mientras que del segundo conoce su «Sala Civil 2 [*Chambre Civile 2*]»²¹.

6. Es cierto que la organización que acaba de describirse del contencioso general francés de la seguridad social, así como del contencioso laboral y del resto de contenciosos franceses especializados de seguridad social, pretende trastocarla la Ley núm. 2016-1547, de 18 noviembre 2016, «de modernización de la justicia del siglo XXI [*de modernisation de la justice du XXIe siècle*]». Como ya se ha puesto de relieve doctrinalmente entre nosotros, esta norma pretende operar una refundición de los contenciosos franceses de seguridad social, «atribuyéndoselos a la jurisdicción civil; y más en concreto, a “tribunales de gran instancia especialmente designados [*tribunaux de grand instance spécialement désignées*]”, en primera instancia, y a “cortes de apelación especialmente designadas [*cours d’appel spécialement désignées*]”, en segunda instancia»²². Ahora bien, según esta misma doctrina científica nuestra a la que sigo, «se trata de una reforma meramente proyectada o *in fieri*, pues a día de hoy todavía no se ha llevado a cabo, previendo la propia Ley núm 2016-1547 que la misma “entre en vigor en una fecha fijada por Decreto, y a más tardar el 1 enero 2019 [*entre en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le 1er janvier 2019*]”»²³. Esta misma doctrina científica concluye que «el reciente cambio habido no sólo en la Presidencia de Francia, sino también en la Asamblea Legislativa francesa, plantea dudas sobre si efectivamente llegará o no a materializarse»²⁴. En cualquier caso, la importante Sentencia de la Corte de Casación francesa de que paso a tratar seguidamente obedece a la estructuración tradicional del «contencioso general» francés de la seguridad social, que describí hace sólo un momento.

3. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL 2 DE LA CORTE FRANCESA DE CASACIÓN DE 14 DICIEMBRE 2017, PUBLICADA EN EL BOLETÍN

7. En Francia, el análisis del régimen jurídico de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la falta inexcusable del empresario en la causación de un accidente de trabajo constituye un tópico jurisprudencial constante, especialmente desde el año 1941²⁵. En el momento en que esto escribo, el último fruto de este añejo tronco jurisprudencial está representado por una Sentencia (*Arrêt*) de la Sala de lo Civil 2 de la Corte de Casación de 14 diciembre 2017²⁶, relativa a la indemnización del daño moral a un menor, como consecuencia del fallecimiento de su padre en un accidente de trabajo causado por falta inexcusable del empresario, resultando que el asunto accedió a dicha Sala de casación tras haberse agotado la primera instancia, ante «un tribunal de asuntos de seguridad social»²⁷, y la segunda, ante la Sala de lo Social de la Corte de Apelación de Metz²⁸, que confirmó la

²¹ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «¿Habría que suprimir la competencia de los tribunales laborales para conocer de los pleitos sobre determinación del grado de la incapacidad permanente?», en el volumen *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, Laborum (Murcia, 2017), pág. 762.

²² *Ibidem*, pág. 764.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Véase PRÉTOT, X., *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, 2ª ed., Dalloz (París, 1998), págs. 414 y ss.

²⁶ Núm. de recurso 16-26687.

²⁷ Cfr. *attendu* primero.

²⁸ *Ibidem*.

condena al empresario a indemnizar a dicho menor con la suma de «25 000 €»²⁹, en concepto de «perjuicio moral [*préjudice moral*]»³⁰. Se trata de una Sentencia más brevísimas, que meramente breve –como la generalidad de las que dicta la Corte de Casación francesa, lo que incluso justificó la condena en su día al Estado francés por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque a propósito de un asunto penal, explicando este hecho que a las decisiones de dicha Corte se anexas ahora, como ocurre en este concreto caso, los motivos del recurso³¹–, aunque presenta el valor añadido de haber sido «publicada en el Boletín [*publié au Bulletin*]», lo que ya no es tan frecuente en Francia –como se sabe, la generalidad de Sentencias dictadas por dicha Corte permanece «inédita [*inédit*]»–, habiendo merecido incluso la calificación oficial «B+P+I», reveladora de su supuesto alto valor doctrinal, según los estándares clasificatorios que aplica a su jurisprudencia la propia Corte de Casación³².

8. Sobre la base –ya confirmada en primera instancia– de que el accidente de trabajo mortal de autos había sido provocado por una falta inexcusable del empresario (literalmente, «*l'accident était dû à la faute inexcusable de l'employeur*»)»³³, lo discutido en el recurso fue el tema de la prueba exigible al beneficiario (en este caso, el hijo del fallecido, nacido tras haberse producido el accidente) para poder concluir que sus perjuicios morales derivaban del accidente ocurrido. Según la empresa y su aseguradora, resultaba inadmisibles el fallo de segunda instancia, que había considerado justificada su condena, razonando –respecto del menor– «que “sufre”, “evidentemente”, por “la ausencia definitiva de su padre, que nunca conocerá más que a través de relatos de terceros” [*qu'il "souffre", "à l'évidence", de "l'absence définitive de son père, qu'il ne connaîtra jamais qu'au travers des récits des tiers"*]»³⁴, lo que provocaba –siempre según los recurrentes– «que al resolver así, sin haber tenido en cuenta ni analizado ningún elemento que permitiese establecer la realidad objetiva del sufrimiento invocado, la Corte [de apelación] ha privado a su decisión de base legal, en relación con el artículo ... 1240 del Código Civil [*qu'en se déterminant ainsi, sans avoir retenu ni analysé aucun élément de nature à établir la réalité objective de la souffrance invoquée, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article ... 1240 du code civil*]»³⁵, sobre la responsabilidad civil extracontractual. Ahora bien, la Corte de Casación –desestimando íntegramente el recurso– confirmó que la prueba presuntiva del perjuicio moral debía considerarse admisible en este tipo de casos, pues «habiendo estimado que [el niño] ... sufría por la ausencia definitiva de su padre muerto en el accidente ... , la Corte de apelación ha caracterizado la existencia de un perjuicio moral, así como el nexo causal entre la muerte por accidente ... y este perjuicio [*qu'ayant estimé que ... souffrait de l'absence définitive de son père décédé dans l'accident ..., la cour d'appel a caractérisé l'existence d'un préjudice moral ainsi que le lien de causalité entre le décès accidentel ... et ce préjudice*]»³⁶.

9. Desde un punto de vista comparatista, parece claro que esta Sentencia francesa –si contrastada con el régimen indemnizatorio de los accidentes de trabajo, que tenemos en

²⁹ Cfr. *attendu* segundo.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), pág. 345.

³² Acerca de todos estos extremos, *ibidem*, págs. 345-346.

³³ Cfr. *attendu* primero.

³⁴ Cfr. *attendu* segundo, núm. 1º.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. *attendu* tercero.

España³⁷– posee un interés doctrinal importante; y ello, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, por causa de que la jurisprudencia de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo analiza usualmente el asunto de los daños morales causados por un accidente de trabajo, en que hubiese mediado culpa del empresario, en relación con los padecidos por el propio trabajador accidentado, pero no por un tercero distinto del mismo³⁸, como ocurre en la hipótesis de este caso francés. En segundo lugar, porque pensamos que difícilmente podría llegar a obtenerse en España (y además, con una prueba de carácter meramente presuntivo, como la que exige el caso francés comentado) una indemnización por daños morales de la cuantía de la obtenida por el huérfano pleiteante en dichos autos (recuérdese, 25.000 euros), obedeciendo quizá esta resulta, al menos en parte, al hecho de que en España se otorgan prestaciones de seguridad social para los huérfanos, complementarias de sus pensiones de orfandad (e inexistentes en Francia), como la «indemnización especial a tanto alzado» del artículo 227 de nuestra vigente Ley General de la Seguridad Social (de cuantía clamorosamente inferior a la francesa recién citada, y cuya naturaleza jurídica no resulta del todo equiparable a ella, pues se percibe con independencia de la culpa del empresario en la causación del accidente; en todo caso, aun admitiendo su carácter de “*pretium doloris*”, es claro que no quedaría más remedio que incardinarlas, aunque esto pudiese sorprender en Francia, entre las prestaciones contributivas de protección de nuestras unidades familiares, que es una protección bien menguada, en España)³⁹.

³⁷ Sobre el tema, por todos, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs. 95 y ss.

³⁸ Al respecto, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 febrero 2015 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2015/572), fallada en casación para la unificación de doctrina.

³⁹ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pág. 194.

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

-Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Bruselas, 21.12.2017 COM (2017) 797 final.

Pretende sustituir a la Directiva 91/533/CEE relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, cuya transposición en nuestro ordenamiento interno se llevó a cabo mediante el art. 8.5 ET y el RD 1659/1998, de 24 de julio, que desarrolla el art. 8.5 ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato.

Se destaca en la Propuesta que en 2016 el 25 % de los contratos correspondía a “formas no convencionales” de empleo (concepto que incluye el trabajo permanente a tiempo parcial y el trabajo temporal a tiempo completo o a tiempo parcial) en los últimos 10 años la mitad de los puestos de trabajo son no convencionales. Se indica también que los cambios en el mercado de trabajo producidos en los últimos 25 años, la flexibilización y la digitalización de las organizaciones productivas han provocado inestabilidad y falta de previsibilidad, especialmente para trabajos precarios que pueden exponer a los trabajadores con empleos no convencionales a prácticas poco claras o desleales y dificultar el cumplimiento de sus derechos.

La iniciativa de esta Propuesta se enmarca en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, en concreto en el Principio 5 “Empleo seguro y adaptable” y en el Principio 7 “Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”. En concreto, la Propuesta aborda dos retos interrelacionados: Por un lado, mejorar la eficacia de la Directiva 91/533/CEE frente a las deficiencias identificadas en sus ámbitos de aplicación personal y material. Por otro lado, hacer frente a las divergencias existentes entre el actual acervo social de la UE, en particular el pilar europeo de derechos sociales, y la reciente evolución del mercado de trabajo, ampliando las normas mínimas existentes a los nuevos tipos de relaciones laborales, mejorando la aplicación de la legislación de la Unión, ampliando la seguridad jurídica en todo el mercado interior y evitando la discriminación garantizando a todos los trabajadores un conjunto básico de derechos exigibles, independientemente del tipo de contrato o de relación laboral. La Resolución del Parlamento Europeo sobre las condiciones laborales y el empleo precario de julio de 2017 pide a la Comisión que revise la Directiva sobre la obligación de informar por escrito para tener en cuenta las nuevas formas de empleo.

El objetivo general de la Directiva propuesta es promover un empleo que ofrezca una seguridad y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral y se mejoran las condiciones de vida y de trabajo.

Los objetivos específicos a través de los cuales se abordará el objetivo general son los siguientes:

- 1) mejorar el acceso de los trabajadores a la información relativa a sus condiciones laborales;

- 2) mejorar las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, especialmente de los que desarrollan su actividad en el marco de empleos no convencionales;
- 3) mejorar el cumplimiento de las normas relativas a las condiciones de trabajo, mediante un control del cumplimiento reforzado; y
- 4) mejorar la transparencia en el mercado de trabajo, evitando, al mismo tiempo, la imposición de cargas excesivas a las empresas de todos los tamaños.

Más que abordar un determinado tipo de empleo, la Directiva propuesta garantizará un nivel de protección universal básico en las formas contractuales existentes y futuras. Según se expone en esta Propuesta, los beneficios que se pretenden con ella afectarán tanto a los trabajadores como a los empleadores y a la sociedad en general: Todos los trabajadores, incluidos aquellos que desempeñan su actividad en el marco de relaciones laborales eventuales y de corta duración, se beneficiarán de la claridad respecto de sus condiciones de trabajo, así como de las nuevas normas mínimas. En el caso de los empleadores, si bien es posible que pierdan cierta flexibilidad de forma tangencial, se prevé que se beneficien de una competencia más sostenible y con mayor seguridad jurídica, así como de una mano de obra más motivada y productiva, con una estabilidad y retención contractuales mayores. La sociedad en su conjunto se beneficiaría de la ampliación de la población sujeta a fiscalidad y cotizaciones a la seguridad social.

La Directiva propuesta complementa a las Directiva comunitarias sobre sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (96/71/CE); sobre trabajo a tiempo parcial (97/81/CE); sobre trabajo de duración determinada (1999/70/CE); sobre trabajo a través de empresas de trabajo temporal (2008/104/CE); sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo 2003/88/CE; y la Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014 sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas.

El ámbito de aplicación se delimita mediante una definición del concepto de “trabajador” basada en la jurisprudencia del TJUE, con la finalidad de reducir las posibilidades de los Estados miembros de excluir a trabajadores que desempeñen su actividad en el marco de relaciones laborales eventuales o de corta duración (se calcula que entre dos y tres millones de trabajadores están actualmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la obligación del empresario de informar por escrito al trabajador de sus condiciones de trabajo). Se permite, no obstante, a los Estados miembros no aplicar las disposiciones de la Directiva a las relaciones laborales de menos de ocho horas al mes (frente a la situación actual que permite la exclusión del ámbito de aplicación personal de la Directiva 91/533/CEE de la relación laboral de carácter ocasional y/o especial, cuya duración no rebase un mes, o la duración del trabajo semanal de esta no sea de más de ocho horas. El apartado 4 prevé que, en caso de que las horas de trabajo no se hayan determinado de antemano, por ejemplo, en un empleo según demanda, esta excepción no se aplique porque se desconoce la duración del trabajo.

En el apartado 5, se complementa la definición de empleador establecida en el artículo 2, aclarando que, a los efectos de la Directiva propuesta, la función de empleador podrá estar desempeñada por más de una entidad (por ejemplo, en el caso de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, pueden cumplir los requisitos de información en parte una empresa de trabajo temporal y en parte la empresa usuaria). Con objeto de evitar la imposición de cargas desproporcionadas a los hogares particulares, con respecto a las personas físicas que emplean a trabajadores domésticos, los Estados miembros pueden decidir no aplicar algunas de las previsiones establecidas: la no aplicación de los derechos relativos a pedir una nueva forma de trabajo y a la formación obligatoria gratuita y la aplicación de presunciones favorables en el caso de que falte información.

Respecto a la obligación de informar (art. 3), esta disposición actualiza los requisitos mínimos de información establecidos en el artículo 2 de la Directiva sobre la obligación de informar por escrito (91/533/CEE), mediante la introducción de nuevos elementos en relación con:

- la duración y las condiciones del período de prueba [artículo 3, apartado 2, letra f)];
- el derecho a formación [artículo 3, apartado 2, letra g)];
- las disposiciones relativas a las horas extraordinarias y su remuneración (conforme a la sentencia del TJUE en el asunto C-350/99 Lange) [artículo 3, apartado 2, letra k)];
- información clave relativa a la determinación de los calendarios de trabajo variables, a fin de tener en cuenta la creciente prevalencia de tipos de organización del trabajo como los contratos de trabajo ocasional o de cero horas, o el trabajo en la economía colaborativa [artículo 3, apartado 2, letra l)];
- información sobre el sistema o sistemas de seguridad social que reciben las cotizaciones [artículo 3, apartado 2, letra n)].

Además, se han modernizado los requisitos de información relacionados con el lugar de trabajo [artículo 3, apartado 2, letra b)] a fin de permitir formas como el trabajo a través de plataformas en línea, donde el empleador no determina el lugar de trabajo, y se ha incluido el procedimiento de terminación del empleo [artículo 3, apartado 2, letra i)].

El Artículo 4.1 de la Propuesta sustituye el actual plazo máximo de dos meses para el suministro de una declaración por escrito que prevé el artículo 3 de la Directiva 91/533/CEE por el primer día de la relación laboral, en línea con el principio 7 del pilar europeo de derechos sociales mencionado anteriormente.

Se actualiza el artículo 5 «Modificación de elementos del contrato o de la relación laboral» de la Directiva 91/533/CEE a fin de exigir que todas las modificaciones de las condiciones de trabajo a las que se hace referencia en el artículo 3, o a la información facilitada de conformidad con el artículo 6, de la Directiva propuesta deben enviarse como

muy tarde el día en que entren en vigor, y no en un plazo de hasta dos meses después, como es el caso en la Directiva actual.

Igualmente, en el art. 6, se actualiza el artículo 4 «Trabajador expatriado» de la Directiva 91/533/CEE, a fin de adaptarlo a las disposiciones pertinentes de la Directiva 96/71/CE sobre los trabajadores desplazados y de la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento relacionada. Con objeto de limitar las cargas para los empleadores, las obligaciones establecidas en este artículo solo son aplicables si la duración del período de trabajo en el extranjero es superior a cuatro semanas consecutivas, a menos que los Estados miembros dispongan otra cosa de forma específica. La información facilitada antes de la partida inicial puede cubrir varias tareas asignadas agrupadas y puede modificarse después en caso de cambio.

Se regulan en el Capítulo III un nuevo conjunto de requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo:

- Se establece un límite en relación con la duración de los períodos de prueba (art. 7), de modo que se fija una duración máxima de seis meses para todos los períodos de prueba, excepto si una duración superior está justificada por la naturaleza del empleo, como un puesto de gestión, o es en interés del trabajador, por ejemplo una ampliación a raíz de una enfermedad de larga duración [previsión ésta que afectará seguramente a la modalidad española de contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, en el que se fija obligatoriamente un período de prueba de un año de duración que no obedece a ninguna de las dos excepciones a las que se refiere este art. 7 de la Propuesta de Directiva]. Esta disposición refleja el principio 5, letra d), del pilar europeo de derechos sociales: «5 d): Los períodos de prueba deben tener una duración razonable».
- Se incluye una norma general que prohíbe al empleador impedir al trabajador aceptar otro empleo fuera del calendario de trabajo (las llamadas cláusulas de exclusividad o incompatibilidad), a menos que esté justificado por motivos legítimos, como la protección del secreto empresarial o la prevención de conflictos de interés (art. 8).
- Se establecen derechos a una mayor previsibilidad del tiempo de trabajo y a un plazo de preaviso razonable para los que tienen calendarios de trabajo variables (art. 9). Este artículo establece que, si un trabajador tiene un calendario de trabajo variable en el que es el empleador y no el trabajador el que determina el calendario de las tareas asignadas:
 - a) El empleador debe comunicar a estos trabajadores los períodos de días y horas en los que se les puede pedir trabajar.
 - b) No se puede obligar a los trabajadores a realizar una tarea si reciben un preaviso del empleador fuera del plazo considerado razonable, establecido de antemano en la declaración por escrito. Pueden aceptar el plazo de preaviso, pero no se les puede obligar, y no pueden ser objeto de perjuicio si rechazan

hacerlo. Lo que se considera un plazo de preaviso razonable puede variar entre los distintos sectores.

- Se reconoce al trabajador la posibilidad de solicitar una transición a una forma de empleo que ofrezca una previsibilidad y una seguridad mayores (art. 10) (por ejemplo, trabajadores que deseen cambiar a una relación laboral a tiempo completo, una relación laboral con un mayor número de horas retribuidas garantizadas o con un calendario más estable). Disposición que refleja el principio 5, letra a), del pilar europeo de derechos sociales: «Deberá fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido».
- El art. 11 garantiza que los empleadores deben facilitar a los trabajadores, de forma gratuita, toda la formación necesaria para realizar sus tareas que están obligados a suministrar en virtud de la legislación nacional o de la UE, o de convenios colectivos.
- El art. 12 permite modificar las normas mínimas establecidas en los artículos 7 a 11 (es decir, los derechos materiales, pero no el paquete informativo) mediante convenios colectivos, si bien, el grado general de protección de los trabajadores no debe ser inferior al proporcionado en los artículos 7 a 11 en conjunto.
- El artículo 13 (“Cumplimiento”) requiere que los Estados miembros garanticen que las modificaciones necesarias se aplican a los convenios colectivos o los acuerdos individuales, a los reglamentos internos de las empresas y a cualquier otro acuerdo, a fin de ajustarlos a las disposiciones de la Directiva propuesta.
- El art. 14 (“Presunción legal y mecanismo de liquidación anticipada”) prevé dos vías de reparación alternativas en caso de que no se facilite toda o parte de la información que figura en el artículo 3:
 - el uso de presunciones favorables proporcionales a la información que falte, que incluya, como mínimo, una presunción de contrato por tiempo indefinido en caso de que no se facilite información sobre la duración de la relación laboral, una presunción de puesto de trabajo a tiempo completo si no se facilita información sobre las horas retribuidas garantizadas, y una presunción de ausencia de período de prueba si no se facilita información sobre la existencia o la duración de un período de prueba; o bien
 - el acceso a un procedimiento administrativo en virtud del cual una autoridad competente (que podrá ser la Inspección del Trabajo o un organismo judicial) tenga autoridad para establecer los hechos del asunto, ordenar al empleador que elabore la información que falta e imponer una sanción en caso de que no lo haga.
- Por su parte, el art.15 establece el derecho a reparación y, en su caso, indemnización, por incumplimiento de los derechos establecidos en la Directiva propuesta (disposición que refleja el principio 7 del pilar europeo de derechos sociales). Además, el art. 16 establece que los Estados miembros deben

proporcionar a los trabajadores que se quejen del incumplimiento de las disposiciones adoptadas con arreglo a esta Directiva una protección judicial adecuada contra cualquier trato o consecuencia desfavorable por parte del empleador. En particular, el art. 17 establece protección contra el despido por ejercer o disfrutar los derechos establecidos en la Directiva, y hace recaer en el empleador la carga de la prueba para demostrar que el despido se ha debido a otras razones objetivas.

Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia {SWD(2018) 70 final} - {SWD(2018) 71 final} - {SWD(2018) 79 final} [COM (2018) 132, 13-3-18]

La iniciativa «Acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia» tiene por objeto apoyar a todos los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores no convencionales que, debido a su tipo de contrato o su situación en el mercado laboral, no están suficientemente protegidos por los regímenes de protección social en lo que respecta al desempleo, la enfermedad, la maternidad o la paternidad, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la discapacidad y la vejez.

Se enmarca en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, en particular, el principio n.º 12 del pilar establece que «con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada». El objetivo de esta iniciativa es poner en práctica este principio, así como contribuir a la aplicación de otros principios de este pilar, tales como los principios sobre «empleo seguro y adaptable», «prestaciones por desempleo», «acceso a la asistencia sanitaria» y «pensiones y prestaciones de vejez». La presente Recomendación se aplica a las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación en el mercado de trabajo o el tipo de relación laboral y que garantizan principalmente la protección contra la pérdida de ingresos procedentes del trabajo en caso de producirse un determinado riesgo.

En particular, esta iniciativa tiene como objetivo animar a los Estados miembros a:

- permitir que todas las personas que trabajan por cuenta ajena y por cuenta propia se afilien a los sistemas de protección social correspondientes (con lo que se suprimen las diferencias de cobertura formales),
- tomar medidas que permitan que todas las personas que trabajan por cuenta ajena y por cuenta propia acumulen y hagan valer derechos adecuados como miembros de un régimen (cobertura efectiva adecuada) y facilitar la transferibilidad de los derechos de protección social entre los diferentes regímenes,
- incrementar la transparencia en relación con los sistemas de protección social y sus derechos.

Explicación de las disposiciones específicas de la propuesta:

- Los apartados 1 a 6 indican el objeto de la Recomendación y sus objetivos. También definen el ámbito de aplicación personal (qué personas quedarán cubiertas) y el ámbito de aplicación material (qué ramas de la protección social se ven afectadas) de la Recomendación.
- El apartado 7 contiene las definiciones que deben aplicarse a efectos de la propuesta.
- Los apartados 8 y 9 recomiendan a los Estados miembros ampliar la cobertura formal a todos los trabajadores, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, así como a los trabajadores por cuenta propia.
- El apartado 10 recomienda a los Estados miembros que garanticen una cobertura efectiva, con independencia del tipo de relación laboral y de la situación en el mercado laboral, revisando las normas que rigen las cotizaciones y los derechos. El apartado 11 introduce el principio de la transferibilidad de los derechos, que debería contribuir a una cobertura eficaz.
- Los apartados 12 a 15 alientan a los Estados miembros a garantizar la adecuación de la protección social y a concebir mejor los sistemas en función de la situación de los beneficiarios.
- Los apartados 16 y 17 introducen el principio de transparencia, alentando a los Estados miembros a mejorar el acceso a la información sobre derechos y obligaciones en materia de protección social y a simplificar los requisitos administrativos.
- Los apartados 18 a 23 establecen el plazo máximo de que disponen los Estados miembros para aplicar los principios establecidos en la Recomendación y publicar datos periódicamente.

-Pilar europeo de derechos sociales.- Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Supervisión de la aplicación del pilar europeo de derechos sociales [COM (2018) 130, 13-3-18]

-Pilar europeo de derechos sociales.- Dictamen del Comité Europeo de las Regiones El pilar europeo de derechos sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa (2018/C 054/10) (DOUE C 54, 13-2-18)

-Acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad.- Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una red europea de servicios de empleo, al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo (COM(2014)0006 — C7-0015/2014 — 2014/0002(COD)) (DOUE C 35, 31-1-18)

-Trabajo no declarado.- Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2016, sobre la propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la creación de una plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de prevención y desincentivación del trabajo no declarado (COM(2014)0221 — C7-0144/2014 — 2014/0124(COD)) (DOUE C 35, 31-1-18)

-Seguridad y salud en el trabajo.- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Trabajo más seguro y saludable para todos – Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo [COM (2017) 12, 29-1-18]

-Permiso parental.- Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación 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 (2015/2097(INI)) (DOUE C 78, 28-2-18)

-Conciliación de la vida familiar y laboral.- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores» [COM(2017) 252 final] — «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo» [COM(2017) 253 final — 2017/0085 (COD)] (DOUE C 129, 11-4-18)

-Protección social.- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital» (Dictamen de iniciativa) (DOUE C 129, 11-4-18)

2. COTIZACIÓN

-Orden ESS/256/2018, de 12 de marzo, por la que se desarrolla 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. (BOE 17-3-18)

Mediante esta Orden se desarrolla el RD 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, en cuanto al contenido y el procedimiento de remisión del informe-propuesta no vinculante que las entidades gestoras o las mutuas remitirán a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en orden a la concesión o denegación del incentivo solicitado por las respectivas empresas protegidas, conforme a lo previsto en el art. 6.2 de dicho RD.

Asimismo, el artículo 7.3 del mencionado RD 231/2017 prevé que las resoluciones de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social puedan ser objeto de recurso de alzada, previo al recurso contencioso-administrativo, por lo que se incorpora al

procedimiento electrónico la tramitación de los posibles recursos de alzada contra las resoluciones indicadas, mediante la ampliación del fichero ya existente que figura en el anexo I.

Además, se aclaran y desarrollan algunos de los requisitos establecidos para el acceso al incentivo en el RD 231/2017.

En consecuencia, mediante esta Orden:

- Se crea y regula el fichero informático para la remisión de los informes-propuesta no vinculantes y de la información sobre los recursos de alzada por las entidades gestoras o mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, con el contenido que figura en el anexo I.
- Se regula dicha remisión.
- Se identifican los ejercicios naturales que componen el periodo de observación.
- Se determina la mutua responsable de la tramitación de la solicitud y el procedimiento para su presentación.
- Se establece el método de cálculo de los índices de siniestralidad.
- Se fija el concepto de pequeña empresa a efectos de la declaración de actividades preventivas.
- Se modifica el art. 8.3 de la Orden TAS/3623/2006, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, con el objeto de adecuar su regulación al marco normativo vigente.

-Resolución de 27 de marzo de 2018, conjunta de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se regula el procedimiento para la realización del pago de las cotizaciones a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social. (BOE 28-3-18)

El nuevo sistema de liquidación directa de cuotas a la Seguridad Social que se estableció a través de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingresos de cuotas de la Seguridad Social (desarrollado reglamentariamente mediante el RD 708/2015, de 24 de julio), sustituyendo al tradicional modelo de autoliquidación, constituye una modificación que afecta, tanto a los procesos asociados al cálculo y a la transmisión de la misma, como al tratamiento y control de la recaudación y al seguimiento de los cobros y de la deuda.

La incorporación de los departamentos ministeriales al sistema de liquidación directa implica la necesidad de efectuar cambios en los actuales procedimientos contables y de pago de las cotizaciones sociales de los empleados de la Administración General del Estado, tanto

en lo que se refiere a las cotizaciones a cargo del empleado como en las cotizaciones a cargo del empleador.

Es por ello que, mediante esta resolución, se establecen las especialidades para la realización de los pagos de las cotizaciones de la Seguridad Social en el marco del nuevo sistema de liquidación directa de las cuotas, mediante la expedición de las propuestas de pago a favor de agentes mediadores en el pago, en virtud de lo dispuesto en el punto 2 del apartado Séptimo de la Orden PRE/1576/2002, de 19 de junio, por la que se regula el procedimiento para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado.

Así, el procedimiento que se establece en esta resolución se aplicará al pago de las cuotas de la Seguridad Social, a cargo del empleado y a cargo del Estado, relativas al personal, funcionario o laboral, empleado en los departamentos ministeriales, tanto en sus servicios centrales como periféricos, con la obligación de cotizar al régimen de Seguridad Social.

Además esta resolución contiene la autorización de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera para realizar el pago en firme de la cuota patronal a través de las habilitaciones o pagadurías, en virtud de lo dispuesto en apartado Séptimo 2.e) de la citada Orden PRE/1576/2002, de 19 de junio.

Se regula asimismo el procedimiento para la realización del pago de dichas cotizaciones, estableciendo que en la elaboración de las correspondientes nóminas, el documento contable OK, o en su caso ADOK, que se expida no incluirá descuento por las cuotas a cargo del trabajador, de forma que el importe líquido de la nómina, librado a través de dichos documentos contables a la habilitación o pagaduría que corresponda, incluirá los importes de dichas cuotas. Posteriormente, 15 días antes de la finalización del mes siguiente al que corresponda la nómina, se expedirá el correspondiente documento contable OK, o en su caso ADOK, por la parte de la cuota patronal, a favor de la habilitación o pagaduría, para su contabilización y tramitación. Desde la cuenta de la habilitación o pagaduría a la que se hayan transferido los fondos, se ordenará el pago electrónico por el importe de la liquidación efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social en el documento electrónico de pago.

3. PRESTACIONES

-Asistencia sanitaria.- Resolución de 4 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre la Mutualidad General Judicial y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma y la integración de la información. (BOE 10-4-18)

-Prestaciones sociales públicas. Registro.- Resolución de 5 de abril de 2018, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se publica el catálogo de organismos, entidades y empresas incluidos en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas. (BOE 19-4-18)

4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

-Orden ESS/214/2018, de 1 de marzo, por la que se modifica la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social. (BOE 6-3-18)

Mediante la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, se regula el Sistema de remisión electrónica de datos (Sistema RED) en el ámbito de la Seguridad Social. Sin embargo, se considera necesario, transcurridos más de cuatro años desde su entrada en vigor, proceder a su reforma para la consecución de tres objetivos: en primer lugar, ampliar el ámbito de aplicación subjetivo del Sistema RED mediante su extensión a nuevos colectivos, fundamentalmente de trabajadores por cuenta propia o autónomos; en segundo lugar, facilitar la aplicación de sus medidas, perfilando más adecuadamente las actuaciones que pueden ser objeto de transmisión electrónica a través de ese Sistema, así como los intervinientes en el intercambio y comunicación de datos; y en tercer lugar, incluir una nueva comunicación de datos que permitirá agilizar el reconocimiento de diversas prestaciones de la Seguridad Social.

Con esta finalidad, a través de esta Orden se procede a modificar los artículos 1 y 2 de la Orden ESS/484/2013, dedicados, respectivamente, a su objeto y ámbito de aplicación objetivo y a su ámbito de aplicación subjetivo.

- En el artículo 1, además de dotar de mayor precisión a su regulación y actualizar las referencias normativas que se contienen en él, se recoge, como nueva actuación a transmitir mediante el Sistema RED, la comunicación por parte de las empresas de la fecha de inicio de la suspensión del contrato de trabajo o del correspondiente permiso, a efectos de tramitar las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como de las reducciones de jornada de trabajo de los progenitores, adoptantes o acogedores, a efectos de tramitar la prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, de las que sean beneficiarios los trabajadores por cuenta ajena o asimilados.
- En cuanto al artículo 2, el ámbito de aplicación subjetivo del Sistema RED se extiende de forma obligatoria a los trabajadores por cuenta propia integrados en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y de los Trabajadores del Mar, a excepción, en este último caso, de aquellos que figuren clasificados en los grupos segundo y tercero del citado régimen a efectos de cotización, ya que ésta difiere sustancialmente de la del resto de los trabajadores por cuenta propia.

La incorporación de los trabajadores autónomos al Sistema RED se podrá materializar tanto en los términos y condiciones generales de la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, como por el uso de los medios disponibles en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y con arreglo a las condiciones establecidas para acceder a sus servicios, tal como se prevé en el artículo 3.3 de esa misma orden.

La obligatoriedad del Sistema RED también se amplía a las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar al RGSS, por lo que respecta al colectivo de los representantes de comercio y al Sistema Especial de la Industria Resinera, hasta ahora excluidos de esa obligatoriedad, al no presentar ambos en la actualidad peculiaridades que justifiquen el mantenimiento de dicha exclusión.

- La disposición transitoria primera habilita un plazo de seis meses para que los trabajadores por cuenta propia afectados por la reforma del artículo 2 de la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, puedan hacer efectiva su incorporación obligatoria al Sistema RED.
- Finalmente, la Disposición transitoria segunda establece que los sujetos responsables comprendidos en el ámbito de aplicación subjetivo previsto en el artículo 3.2 de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, que en la fecha de entrada en vigor de esta orden aún no hubieran sido incluidos en el sistema de notificación electrónica conforme a lo indicado en los apartados 1 y 2 de la disp. adic. única de aquella orden, quedarán incorporados en ese sistema de forma obligatoria mediante su comparecencia en la SEDESS, en los términos previstos en el último párrafo del citado artículo 3.2 de la Orden ESS/485/2013, para lo cual dispondrán del plazo de dos meses a partir de aquel en que tenga lugar esa entrada en vigor.

-Resolución de 6 de marzo de 2018, del Fondo de Garantía Salarial, por la que se incluyen nuevos procedimientos, susceptibles de tramitación mediante registro electrónico en el anexo I de la Orden TIN/2942/2008, de 7 de octubre. (BOE 10-3-18)

La Orden TIN/2942/2008, de 7 de octubre, creó un registro electrónico en el Fondo de Garantía Salarial, para la recepción, tramitación y llevanza de los escritos, solicitudes y comunicaciones que se remitan y expidan por vía electrónica mediante firma electrónica. En el anexo I de esta Orden ministerial se recogen los procedimientos incluidos en su ámbito de aplicación, que, en la actualidad, se limita a la solicitud de prestaciones de garantía salarial. Sin embargo, el artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos; además, establece que, las personas jurídicas están obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, para cumplir con lo regulado en el artículo 14 de la Ley 39/2015, se deben ampliar los procedimientos del anexo I de la Orden TIN/2942/2008, en concreto los que permitan a los interesados la subsanación y mejora de la solicitud de iniciación, y la realización del trámite de alegaciones. La disp. final primera de esta Orden ministerial delega en el titular de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial la competencia para modificar e incluir nuevos modelos, procedimientos, trámites y comunicaciones a los que será de aplicación lo dispuesto en esta Orden.

Por todo ello, mediante esta Resolución se aprueban nuevos trámites que podrán realizarse en el registro electrónico del Fondo de Garantía Salarial. En concreto, los trámites que permitan a los interesados la subsanación y mejora de solicitudes de iniciación, la presentación de alegaciones y otros trámites relacionados con notificaciones del organismo.

En segundo lugar se incluyen en el anexo I de la Orden TIN/2942/2008, de 7 de octubre, nuevos procedimientos, susceptibles de tramitación mediante registro electrónico, con la denominación: «Contestar requerimientos u otras notificaciones del FOGASA, y presentar documentación relacionada con los mismos».

5. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

- Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, por el que se modifica el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, y el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (BOE 10-2-2018)

Mediante este RD se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el RD 304/2004, de 20 de febrero, para incluir el nuevo supuesto de liquidez en planes de pensiones y sistemas análogos y adaptar los procedimientos de movilización de derechos.

Dicha modificación tiene su causa en la Ley 26/2014, de 27 de noviembre que, entre otras cosas, introdujo en el artículo 8.8 del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (RDLeg. 1/2002) la posibilidad de disposición anticipada de los derechos consolidados del partícipe de un plan de pensiones correspondientes a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad, estableciendo también que en los procedimientos de movilización de derechos entre planes, la entidad gestora de origen debía informar a la entidad de destino de la cuantía de cada una de las aportaciones de las que derivan los derechos objeto de traspaso y de las fechas en que se hicieron efectivas. Posibilidad aplicable también, conforme a la Disp. Adic. 8ª de dicha Ley, a los sistemas de previsión complementaria análogos como planes de previsión asegurados, planes de previsión social empresarial y seguros concertados con mutualidades de previsión social.

En este mismo sentido, se modifica también el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por el RD 1588/1999, de 15 de octubre, en relación con los seguros concertados con mutualidades de previsión social y planes de previsión social empresarial.

Se ha optado por no establecer limitaciones ni condicionantes adicionales para la disponibilidad de los derechos consolidados, considerando que este supuesto de liquidez, en función de la antigüedad de las aportaciones, supone un incentivo para la contratación de estos productos que puede impulsar el desarrollo de los sistemas de previsión social complementaria. Adicionalmente, se incide especialmente en el contenido de la información a los partícipes y asegurados y en las movilizaciones de derechos.

Por otra parte, se modifica el artículo 84 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, que regula las comisiones de gestión y depósito a percibir por las entidades

gestoras y depositarias de fondos de pensiones (sustituyendo el importe máximo único por una tabla de comisiones máximas en función de las diferentes políticas de inversión de los fondos); también se reduce la comisión máxima de depósito para todos los fondos de pensiones.

Igualmente, se introducen en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones algunas modificaciones en materia de inversiones de los fondos de pensiones con el fin de adaptar algunas referencias normativas y la tipología de activos aptos a la normativa europea. También se han introducido modificaciones en relación con la concreción formal de los criterios de cálculo del valor liquidativo de las participaciones en las especificaciones de los planes y fondos de pensiones.

6. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

-Real Decreto 60/2018, de 9 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares (BOE 10-2-2018)

Este RD tiene por objeto adaptar la normativa específica de prevención de riesgos laborales del personal civil en establecimientos militares, regulada en el RD 1932/1998, de 11 de septiembre, a lo establecido en la normativa de prevención de riesgos laborales del personal de la Administración General del Estado, que se regula en el RD 67/2010, de 29 de enero.

En concreto la necesidad de dicha adaptación viene motivada por las modificaciones que el RD 1084/2014, de 19 de diciembre, introdujo en el citado RD 67/2010, en relación con los delegados de prevención y con los Comités de Seguridad y Salud. A su vez, dichas modificaciones trajeron causa, fundamentalmente, del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, adoptado el 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación.

La modificación del RD afecta a los artículos 4, 6 y 7:

- En el artículo 4 se incluye como novedad que los Delegados de Prevención deberán ostentar la condición de personal civil y deberán estar destinados en los propios centros, y también se modifica la designación de los mismos.
- En el artículo 6, se incluye el crédito horario de los Delegados de Prevención que no sean representantes de personal, y se considera como tiempo de trabajo efectivo nuevos supuestos, como las visitas de acompañamiento a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo.
- Por último, en el artículo 7 se incluye como novedad principal la posibilidad de crear dos tipos de Comités de Seguridad y Salud, como son: los comités unitarios para una única dependencia y los comités agrupados para el

conjunto de las dependencias existentes en una misma provincia que dispongan de 50 ó más empleados públicos en total.

- Así mismo se modifica la disposición final primera que faculta al Ministro de Defensa, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo del real decreto.

7. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

-Inspección de Trabajo y Seguridad Social.- Real Decreto 192/2018, de 6 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (BOE 7-4-18)

La Ley 23/2015, de 21 de julio, procedió a la creación del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pasando a constituirse la Inspección como un organismo autónomo, lo que permitirá la ejecución en régimen de descentralización funcional tanto de los programas de actuación en materias competencia de la Administración General del Estado como de los que corresponden a materias competencia de las Comunidades Autónomas. La citada ley establece que la organización y estructura del organismo se efectuará en sus Estatutos cuya aprobación corresponde al Gobierno por Real Decreto.

Mediante este Real Decreto, se procede, por tanto, a la aprobación de los Estatutos del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regulándose su estructura central y periférica, los órganos de dirección y participación institucional, y lo relativo al régimen económico, patrimonial y de contratación.

Dependiendo del Director General, dentro de la estructura central del Organismo, destaca la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude, cuya creación ya estaba prevista en la Ley 23/2015, de 21 de julio, como órgano especializado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para combatir las conductas relacionadas con el trabajo no declarado, el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Además, a la Subdirección General para la coordinación de la inspección del Sistema de Relaciones Laborales, le corresponde, en coordinación en los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, la elaboración y seguimiento de planes y programas de inspección de alcance general en todas las materias que integran el sistema de relaciones laborales. Dentro de este sistema se integra lo relativo a la prevención de riesgos laborales, de especial importancia para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dado que la protección de la seguridad y salud de los trabajadores constituye una de sus prioridades, junto con las actuaciones relativas al cumplimiento de la normativa laboral, individual y colectiva, y materias relacionadas con la tutela y promoción de la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo.

Por otra parte, como consecuencia de esta nueva organización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como organismo autónomo, se realizan los cambios imprescindibles en la estructura de la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social, a la que se adscribe el organismo autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante la modificación puntual del Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales,

desarrollado respecto del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por el Real Decreto 703/2017, de 7 de julio, que, asimismo, se modifica.

También a través de esta norma se deroga el Título III –Organización del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social– del RD 138/2000, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020. (BOE 19-4-18)

Conforme a la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 19 de septiembre de 2017, se lleva a cabo, en colaboración con las comunidades autónomas y los agentes sociales, el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020, con la doble finalidad de reforzar la Inspección y estructurar las actuaciones inspectoras de forma concreta y evaluable.

Además, el Plan contempla las prioridades del Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la presente legislatura, con actuaciones para la calidad del empleo, las dirigidas al refuerzo de la sostenibilidad y suficiencia del Sistema de la Seguridad Social, y la inserción e integración de los inmigrantes vinculada al empleo, y presta especial atención a los retos derivados de las nuevas formas de organización empresarial, y a la actuación de la Inspección en materia de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, todos los compromisos que se deriven de la aplicación del referido Plan quedan condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en el ejercicio en curso y en los ejercicios siguientes, conforme a los requisitos de consolidación fiscal. En caso de actuaciones para las que resulten competentes las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, lo recogido en el Plan tendrá carácter potestativo.

El Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se estructura en torno a cuatro ejes y a doce objetivos estratégicos. A su vez, los objetivos se desagregan en cien medidas concretas (líneas de actuación).

Se han diseñado cuatro ejes que afectan a:

Eje 1: Actualización de la Organización y Funcionamiento.

Eje 2: Calidad en el Servicio.

Eje 3: Eficacia en la Actuación.

Eje 4: Asistencia Técnica y Mediación.

Estos cuatro ejes se estructuran en doce objetivos estratégicos, que son:

- Objetivo 1. Adecuar la organización interna, y fomentar la proyección a la sociedad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Objetivo 2. Elaborar una nueva normativa de actuación y funcionamiento de la Inspección y de colaboración con las CC. AA. y otras instituciones relacionadas con la función inspectora.
- Objetivo 3. Incrementar y mejorar las competencias profesionales, y potenciar la Escuela de la Inspección como centro de formación y especialización.
- Objetivo 4. Mejorar el Sistema de Información y los medios materiales a disposición de la Inspección.
- Objetivo 5. Mejorar la actividad de planificación de la actividad inspectora, y determinar los criterios que deben informar la prestación del servicio público Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Objetivo 6. Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia laboral y de empleo.
- Objetivo 7. Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación.
- Objetivo 8. Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de salud y seguridad en el trabajo.
- Objetivo 9. Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de seguridad social, economía irregular y extranjería.
- Objetivo 10. Mejorar la lucha contra el fraude transnacional y reforzar la cooperación internacional en materia de inspección.
- Objetivo 11. Mejorar la protección de los trabajadores que son objeto de trata con fines de explotación laboral.
- Objetivo 12. Intensificar la función informativa y de asistencia técnica, y ordenar la función mediadora realizada por la Inspección.

8. EMPLEO

-Empleo.- Resolución de 28 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 27 de marzo de 2018 por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2018, 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 29-3-2018)

9. ECONOMÍA SOCIAL

-Economía social.- Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020. (20-3-18)

10. EMPLEO PÚBLICO

-Organizaciones sindicales. Acuerdo.- Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (BOE 26-3-18)

El 9 de marzo de 2018 el Gobierno y las organizaciones sindicales CCOO, UGT, y CSIF han suscrito el II Acuerdo para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, que se ha presentado en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas celebrada el 14 de marzo de 2018.

Se acuerdan, entre otros extremos, los siguientes:

- Un marco plurianual de incremento salarial fijo, más un porcentaje adicional de incremento ligado al crecimiento de la economía, que se plantea con un horizonte temporal a 3 años.
- Cada Administración Pública, previa negociación colectiva, podrá destinar porcentajes adicionales de su masa salarial para, entre otras medidas, la implantación de planes o proyectos de mejora de la productividad o la eficiencia, la revisión de complementos específicos entre puestos con funciones equiparables, la homologación de complementos de destino, o la aportación a fondos de pensiones.
- Oferta de empleo público para el año 2018: se marcan las tasas de reposición según la situación de las diferentes Administraciones Públicas.
- Las Administraciones Públicas y otras entidades del sector público podrán disponer de una tasa adicional para estabilización de empleo temporal.
- Medidas en materia de jornada de trabajo y de conciliación del personal al servicio de las Administraciones Públicas: a) jornada ordinaria de 37 horas y media de promedio semanal en cómputo anual. b) Posibilidad de bolsa de horas de libre disposición, recuperables, de hasta un 5% de la jornada anual. c) Posibilidad de jornada continua.
- Medidas en materia de incapacidad temporal: a) cada Administración Pública podrá establecer por negociación colectiva un complemento retributivo para su personal en situación de IT. b) Regulación de la forma de justificar las ausencias por IT. c) Obligación de diseñar un plan de control del absentismo.
- Impulso de la aprobación de planes de igualdad y el estudio de medidas de conciliación y de corresponsabilidad.
- Constitución de una Comisión de Seguimiento y Control de Absentismo.
- Prospección de necesidades formativas, en especial relacionadas con la negociación colectiva y el diálogo social.
- Análisis de medidas sobre jubilación parcial.
- Constitución de una Comisión de seguimiento, interpretación y evaluación del Acuerdo sobre condiciones retributivas.

Crónica de
Doctrina
Judicial y
Novedades
Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
*PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD)
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 Justicia de la Unión Europea de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16. Caso Hof van Cassatie (Tribunal de Casación, Bélgica) contra Ömer Altun y Otros (JUR 2018\32841)

Procedimiento prejudicial – Trabajadores migrantes – Seguridad social – Legislación aplicable – Reglamento (CEE) n.º 1408/71 – Artículo 14, punto 1, letra a) – Trabajadores desplazados – Reglamento (CEE) n.º 574/72 – Artículo 11, apartado 1, letra a) – Certificado E 101 – Fuerza probatoria – Certificado obtenido o invocado fraudulentamente.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 14, punto 1, letra a), 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, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y el artículo 11, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, deben interpretarse en el sentido de que, cuando la institución del Estado miembro al que han sido desplazados los trabajadores presenta ante la institución expedidora de los certificados E 101 una solicitud de revisión de oficio y de retirada de éstos a la luz de información obtenida en una investigación judicial que le ha permitido constatar que los mencionados certificados se han obtenido o invocado fraudulentamente y la institución expedidora no ha tenido en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición, el juez nacional puede, en un procedimiento incoado contra las personas sospechosas de haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de dichos certificados, no tenerlos en cuenta si, sobre la base de esa información, y siempre que se respeten las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo que deben concederse a estas personas, comprueba la existencia de tal fraude.

Sentencia del Tribunal Supremo 47/2018, de 24 de enero de 2018 (JUR 2018\49666)

Acumulación de acciones. No existe acumulación de acciones cuando se reclama la declaración de un grado de invalidez, al tiempo en que se pide su reconocimiento en el Régimen General para lo cual es necesario acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sentencia del Tribunal Supremo 2/2018, de 3 de enero de 2018 (RJ 2018\1)

Competencias de la TGSS. Calificación de la baja de trabajador derivada de ERE. Modificación de la causa de la baja, improcedencia. No es baja voluntaria.

Afirma el Tribunal Supremo: “No puede considerarse, en definitiva, que para la comprobación y, en su caso, alteración de la naturaleza de la baja del trabajador, calificada por el empresario como voluntaria, haya de acudirse necesaria o exclusivamente, por dicho trabajador, a la jurisdicción social, para que sea el Juez de lo Social el que determine si es conforme o no a Derecho, esa calificación dada por el empresario y asumida por la Administración, pues estamos ante un acto administrativo impugnado en esta jurisdicción contencioso-administrativa. El trabajador también puede dirigirse, por tanto, como ha hecho en este caso, a la Administración, ante la incorrección detectada en la calificación de su baja, para que la Tesorería General de la Seguridad Social realice los actos de comprobación precisos que permitan, en su caso, variar dicha calificación, según las competencias legal y reglamentariamente reconocidas a dicha Administración en los términos antes expuestos. Del mismo modo que el empresario podría también acudir ante esta misma jurisdicción contencioso-administrativa si la Administración hubiera alterado la calificación de la baja. En definitiva, ese acto administrativo negando o accediendo a dicha variación de la baja del trabajador puede ser impugnado, como cualquier acto administrativo relativo al alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, ante ésta jurisdicción contencioso-administrativa.

Conviene ilustrar, en fin, sobre la notoriedad del carácter involuntario de la baja, además de lo declarado por la STS de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8072), Sala Cuarta, antes citada y que dejamos para el final, que el informe de la Dirección General de Empleo, de 11 de febrero de 2014, transcrito en parte por la sentencia recurrida, ya señalaba que *«teniendo en cuenta que los trabajadores afectados de la empresa en cuestión causaron baja en la empresa por prejubilación, como consecuencia del expediente de regulación de empleo NUM000, desde nuestra óptica no se puede considerar que la extinción de sus contratos sea por la libre voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, sino que en todo caso, los trabajadores tuvieron que elegir entre una u otra medida, dado que el expediente de regulación de empleo fue presentado por la parte empresarial, fundamentado en las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas establecidas en el art. 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores (RCL 1995, 997) –ajenas a la voluntad de los trabajadores– donde ya se había establecido unos excedentes de plantilla. Así pues, a nuestro entender, ha de considerarse que los ceses de la empresa deben tener el carácter de involuntarios, y realizados de conformidad con lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y su normativa de desarrollo, con todas las consecuencias*

y efectos que tales extinciones producen en orden al reconocimiento de posibles prestaciones».

Del mismo modo que el Informe de la inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 23 de septiembre de 2014, concluye que *«las bajas mediante prejubilaciones a que se refieren los denunciados tienen causa en la situación descrita por Banca Cívica, S.A. en la Memoria del ERE NUM000, causas económicas, organizativas y productivas, conforme al art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y no al art. 49.1.a) de la norma citada (...) La STS 6920/2006, en unificación de doctrina, es muy clarificadora. La adscripción a las medias pactadas en un ERE es voluntaria, pero la causa de la extinción del contrato es el ERE, basado en causa económica, organizativa o productiva, y por tanto involuntaria, sea cual sea la formalización que haya realizado la empresa. (...) En consecuencia se estima que las bajas mediante Prejubilaciones habidas con ocasión del ERE NUM000 tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)».*

En fin, también transcribimos en parte la citada Sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo que ya señaló, en un supuesto similar, que *«el contrato no se ha extinguido “por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación”. (...) Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado».*

En consecuencia procede desestimar los motivos invocados y declarar que no ha lugar al recurso de casación”.

4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)

Sentencia del Tribunal Supremo 2063/2017, de 21 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5904)

SEGURIDAD SOCIAL: Afiliación: baja: calificación por el empresario como voluntaria: solicitud de modificación ante la Administración: cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato por ERE: causa no imputable a la libre voluntad del trabajador: modificación procedente: casación: desestimación. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: Ámbito objetivo: Seguridad Social: afiliación: baja: calificación por el empresario como voluntaria: solicitud de modificación ante la Administración para la realización de los actos de comprobación necesarios por la TGSS: acto administrativo impugnado: existencia.

5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

Sentencia del Tribunal Supremo 981/2017, de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6010)

Nueva calificación de Incapacidad Permanente (IP) por el TSJ sin alterar los hechos probados. CUESTIONES ABORDADAS.- 1) Es posible que la sentencia de suplicación, sin variar los hechos probados, altere la calificación de la IP porque es una cuestión jurídica. Aplica doctrina de SSTS 26 diciembre 2000 (rec. 2342/1999), 17 enero 2001 (rec. 563/2000), 6 marzo 2001 (rec. 2344/1999), 16 mayo 2001 (rec. 3676/2000), 25 junio 2001 (rec. 3791/2000), 19 julio 2001 (rec. 2882/2000) y 23 abril 2013 (rec. 729/2012). 2) No existe contradicción entre las sentencias opuestas calificando la IP de auxiliar de enfermería que precisa muletas. Aplica doctrina de SSTS 23 (2) de junio de 2005 (rec. 1711/2004 y 3304/2004; Pleno), 2 noviembre 2005 (rec. 3117/2004), 13 noviembre 2007 (rec. 81/2007), 17 febrero 2010, rec. 52/2009) y 17 febrero 2016 (rec. 2931/2014), entre otras. FALLO.- De acuerdo con Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a STSJ Madrid491/2015 de 26 de mayo.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2018, Asunto C-431/16. Caso Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y José Blanco Marqués (JUR 2018\75200)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social de los trabajadores migrantes – Reglamento (CEE) n.º 1408/71 – Artículos 12 y 46 bis a 46 quater – Prestaciones de la misma naturaleza – Concepto – Norma que prohíbe la acumulación – Concepto – Requisitos – Norma nacional que establece un complemento de la pensión de incapacidad permanente total para los trabajadores mayores de 55 años – Suspensión del complemento en caso de empleo o de percepción de una pensión de jubilación.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

1) Una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el complemento de pensión de invalidez permanente total queda suspendido durante el período en el que el beneficiario de la pensión percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza, constituye una cláusula de reducción en el sentido del artículo 12, apartado 2, 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, modificado por el Reglamento (CE) n.º 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008.

2) El artículo 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «legislación del primer Estado miembro» que figura en dicha disposición incluye la interpretación que un órgano jurisdiccional supremo ha realizado de una disposición legislativa nacional.

3) Debe considerarse que un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008.

4) El artículo 46 ter, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, no es de aplicación a una prestación calculada con arreglo al artículo 46, apartado 1, letra a), inciso i), de este Reglamento si esta prestación no está incluida en el anexo IV, parte D), del mismo Reglamento.

Sentencia del Tribunal Supremo 174/2018, de 21 de febrero de 2018 (JUR 2018\72670)

GRAN INVALIDEZ. Reconocida la prestación en el RETA. Compatibilidad con prestación de Gran Invalidez reconocida en el RGSS teniendo en cuenta cotizaciones diferentes. La cuestión que se plantea es si es compatible el reconocimiento de GI en dos regímenes de la Seguridad Social distintos, teniendo en cuenta cotizaciones distintas, art. 122 LGSS. Se declara el derecho a pensión por el RGSS y por el RETA en compatibilidad, si bien solo una de ellas será calificada como gran invalidez con el correspondiente complemento, pudiéndose optar por el del régimen que se estime oportuno.

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, Asunto C-103/16. Caso Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A. y Otros (TJCE 2018\6)

Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 92/85/CEE – 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 – Artículo 2, letra a) – Artículo 10, puntos 1 a 3 – Prohibición de despido de una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad – Ámbito de aplicación – Casos excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora afectada – Directiva 98/59/CE – Despidos colectivos – Artículo 1, apartado 1, letra a) – Motivos no inherentes a la persona de los trabajadores – Trabajadora embarazada despedida en el marco de un despido colectivo – Motivación del despido – Prioridad de permanencia de la trabajadora en la empresa – Prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la

Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

2) El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

3) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

4) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2018, Asunto C-651/16. Caso DW contra Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra (JUR 2018\72572)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Prestación de maternidad – Cálculo del importe sobre la base de los ingresos de la asegurada durante un período de referencia de doce meses – Persona que ha estado durante ese período prestando servicios en una institución de la Unión Europea – Normativa nacional que establece la fijación del importe controvertido en el 70 % de la base media de cotización – Restricción de la libre circulación de los trabajadores – Principio de cooperación leal.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que, a efectos de determinar la base media de cotización para el cálculo de la prestación de maternidad, asimila los meses del período de referencia durante los que la interesada ha prestado servicios en una institución de la Unión y no ha estado afiliada al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro a un período de desempleo y les aplica la base media de cotización en dicho Estado miembro, lo que tiene por efecto reducir sustancialmente el importe de la prestación de maternidad concedido a dicha persona en relación con el que esta habría podido obtener si hubiera ejercido una actividad profesional únicamente en ese mismo Estado miembro.

6.3. Jubilación

Sentencia del Tribunal Supremo 1014/2017, de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6124)

Pensión de Jubilación anticipada por discapacidad. Trabajador afectado de Agnesia por Talidomida. La patología congénita que padece el actor y sus limitaciones funcionales, no han experimentado cambio desde el nacimiento. Se estima el recurso, reconociéndolo la prestación solicitada.

“El actor postula el reconocimiento de una jubilación anticipada por discapacidad, siendo de aplicación al caso la siguiente normativa:

A.- Conforme al art. 161 de la LGSS que reproduce la sentencia (JUR 2015, 295809) recurrida: “Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del art. 124, reúnan las siguientes condiciones:

a) Haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias y, por su parte, el primero de los preceptos que entiende infringidos art.161 bis, “Jubilación anticipada” que:

1.-La edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto para seguir normando que “De igual modo, la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años”.

B.- Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento establece en su Art. 1, ámbito de aplicación, que “Lo dispuesto en este real decreto se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período 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 ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento”.

Para el presente supuesto de discapacidad, entiende la sentencia (JUR 2015, 295809) recurrida, que son tres los requisitos exigidos para el acceso a la Jubilación anticipada:

a) Tener al menos 56 años (Art. 3 RD citado); b) Encontrarse de alta o asimilada al alta; c) Tener un grado de discapacidad igual o mayor al 45 % acreditándose que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período 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 ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento.

4.- Partiendo de ello, es claro que ha de rechazarse la solución de instancia en cuanto que parte de que no se trata de una de las discapacidades reglamentariamente determinadas, y que no alcanza el grado de minusvalía del 45 %, puesto que en la fecha del hecho causante –entiende– es del 40 %, y que “solo a partir del 23 de mayo de 2013, que solicita revisión de grado, se le reconoce el 75 % conforme al RD 1971/1999 que altera el baremo”, así como que no es dable revisar una resolución veinte años después de su firmeza, y que en definitiva no ha completado todo el período mínimo de cotización con una discapacidad superior al 45 %.

Pues bien, en primer lugar cabe centrar la cuestión, para clarificar que nos encontramos ante una solicitud de prestación de jubilación anticipada por discapacidad, que por resolución del INSS de fecha 20.09.2013 (confirmada por la de 27.12.2013 desestimatoria de la reclamación previa), es denegada exclusivamente (h.p. segundo), “porque a la fecha del hecho causante 24.08.13 acredita haber trabajado con un grado de discapacidad del 45 % producida como consecuencia de una de las enfermedades reglamentariamente determinadas durante 94 días, en lugar de los 5.475 días exigidos legalmente para poder acceder a una jubilación anticipada por esta causa, según lo establecido en el art. 161 bis 1 de la LGSS y el art. 1 del RD 1851/2009 de 4 de diciembre “

No discute el INSS la concurrencia de los requisitos de edad, discapacidad ni de cotización exigibles. Y la discusión se sitúa exclusivamente en el hecho de que al actor por resolución de 6 de julio de 1992, de conformidad con lo establecido en el RD 1723/81 se le reconoció una minusvalía del 40 % (no del 45 %) y que fue por resolución de 23 de mayo de 2013 cuando se le reconoció el 75 % conforme al RD 1971/1999. A partir de este dato se desestima la pretensión al constar que solo acredita haber trabajado 94 días (que sitúa a partir de 2013) con el grado de discapacidad requerido del 45 %.

Al respecto, ha de señalarse que el grado de minusvalía del actor nunca ha sido revisado, pues ello sólo procede en los casos de agravación o mejoría y en los de error de diagnóstico. No cabe cuando, como es el caso, simplemente se trata de aplicar el nuevo Baremo establecido para la valoración de las minusvalías. Por lo tanto, en el caso, el grado de discapacidad del actor del 75 % (conforme al RD 1971/1999) solo actualiza conforme a la vigente normativa el grado de discapacidad reconocido en resolución de 6 de julio de 1992. Conclusión a la que se ha de llegar aplicando la doctrina de esta Sala IV/TS contenida, entre otras en la STS/IV de 14/11/2007 (RJ 2008, 1003) (rcud. 890/2007), –si bien relativas al plazo a partir del cual puede instarse la revisión–, que señala que : “*La cuestión relativa a cuando procede la revisión del grado de minusvalía ya reconocido y la de si la existencia de un nuevo Baremo para la valoración del grado de minusvalía es causa bastante para esa revisión ha sido ya resuelta por esta Sala en sentencias de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 2672) (Rec. 2597/03), 17 de enero de 2005 (RJ 2005, 1615) (Rec. 6540/03), 30 de septiembre de*

2005 (RJ 2005, 8094) (Rec. 335/04), 25 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6686) (Rec. 3167/05) y 15 de febrero de 2007 (RJ 2007, 4624) (Rec. 357/06)”.

En el presente caso, no nos encontramos ante una revisión, sino una actualización del baremo, por lo que el periodo total cotizado por el actor lo ha sido habiendo trabajado con un grado de discapacidad superior al 45 %, en concreto del 75 %, que ha de surtir a efectos de la pensión de jubilación anticipada por discapacidad, plenos efectos desde la fecha de la solicitud (es decir, a partir de la resolución de fecha 6/7/1992). No cabe olvidar que, conforme se constata en el hecho probado quinto, “El actor padece una patología congénita consistente en agenesia de ambos antebrazos y dedos 1º y 3º de la mano derecha y 1º, 3º y 4º de la mano izquierda. Las limitaciones funcionales no han experimentado cambio desde el nacimiento”.

Sentencia del Tribunal Supremo 67/2018, de 25 de enero de 2018 (RJ 2018\424)

Jubilación parcial de funcionaria que, al amparo de un acuerdo colectivo convierte su relación funcionarial en laboral. Determinación sobre si un motivo por el que no procedería conceder la prestación (existencia de fraude) que consta en el expediente administrativo y que no se alegó en la resolución administrativa puede incorporarse al proceso, y si la prueba propuesta para acreditar el fraude, con anterioridad al juicio y reiterada en éste, puede ser desconocida por el órgano judicial o desestimada tácitamente. Denegación de prueba y derecho a la tutela judicial efectiva.

Sentencia del Tribunal Supremo 82/2018, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018\557)

Pensión de jubilación. Trabajador migrante que acredita períodos de cotización en España y Bélgica. Fórmula de cálculo de la base reguladora de la prestación a cargo de la Seguridad Social española: se tienen en cuenta las últimas bases reales por las que cotizó en España y no las bases medias de cotización correspondientes al período previo al hecho causante en que trabajó en Bélgica. Rectifica doctrina STS 24-10-2017 (rec. 2006/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 77/2018 de 31 de enero de 2018 (RJ 2018\414)

JUBILACIÓN PARCIAL. Se reconoce la jubilación parcial en un porcentaje del 85 % y empresa y trabajador suscriben un contrato a tiempo parcial del 15 % de la jornada hasta que el trabajador cumpla 65 años, suscribiendo la empresa un contrato de relevo con otro trabajador, a tiempo completo, hasta el cumplimiento de 65 años por el jubilado parcial. Empresa y trabajador privadamente acordaron que el trabajador prestará servicios 40 horas semanales del 1 de diciembre de 2008 al 10 de mayo de 2009, fecha en la que se completará la totalidad de la jornada a tiempo parcial que pactó con la empresa, habiendo prestado servicios durante dicho periodo. No es contrario a la regulación legal. Reitera doctrina (sentencia de 19 de enero de 2015, recurso 627/2014 y de 29 de marzo de 2017, recurso 2142/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 173/2018 de 20 de febrero de 2018 (JUR 2018\58393)

Pensión de jubilación anticipada. Inscripción ininterrumpida como demandante de empleo a efectos de acreditar la situación de asimilada al alta. Desde la última ocupación cotizada se han producido diversas interrupciones en la inscripción que totalizan un total de 2

años y 9 meses, sin que concurra ninguna especial circunstancia personal o familiar que lo justifique. Se evidencia con ello la voluntad de apartarse del mundo laboral que impide aplicar la doctrina del “paréntesis”.

Sentencia del Tribunal Supremo 191/2018 de 21 de febrero de 2018 (JUR 2018\74184)

Pensión de jubilación. Trabajador que, tras prestar servicios encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, pasa al RETA, continuando realizando la misma actividad. Cuando pasa a este régimen está exonerado del pago de cuotas –excepto las correspondientes a IT– por haber cumplido 65 años y tener más de 35 cotizados. Accede a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social. Forma de cálculo de la base reguladora de la pensión en el periodo en el que el trabajador estuvo exonerado de cotizar: Se aplican las reglas del Régimen en el que se concedió la pensión, es decir, del Régimen General de la Seguridad Social, calculándose las bases atendiendo a las bases por las que hubiera cotizado en el año inmediatamente anterior.

Sentencia del Tribunal Supremo 212/2018 de 27 de febrero de 2018 (JUR 2018\72675)

Responsabilidad en el abono de la pensión de vejez SOVI. La empresa para la que prestaba servicios la trabajadora no ha cotizado por trabajos posteriores al 1 de julio de 1959 y anteriores a 1 de enero de 1967, acreditando 1735 días de cotización al SOVI.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

Sentencia del Tribunal Supremo 84/2018, de 24 de enero de 2018 (RJ 2018\130)

Pensión de viudedad de clases pasivas del Estado. Poligamia. Convenio Bilateral con Marruecos, distribución de la pensión entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el súbdito marroquí causante de la pensión. Voto particular.

En contra de la opinión mayoritaria, el voto particular a esta sentencia indica:

“1º La sentencia mayoritaria aplica el artículo 23 del Convenio entre España y Marruecos en materia de Seguridad Social (RCL 1982, 2695), que prevé el supuesto de matrimonio polígamo y acuerda que la única pensión de viudedad que se reconozca se dividirá por partes iguales entre las que resulten ser beneficiarias conforme a la legislación marroquí.

2º Tal norma convencional se refiere al derecho a las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, mientras que en el caso de autos se trata del reconocimiento de la pensión conforme al régimen especial de Clases Pasivas. Admito que es fácil llegar a una aplicación analógica de lo previsto en ese Convenio a supuestos como el de autos, máxime desde la aplicación del artículo 14 de la Constitución (RCL 1978, 2836) tal y como hace la sentencia mayoritaria.

3º Sin embargo la llamada que hace la Abogacía del Estado y la sentencia impugnada al orden público es relevante y debería llevar, más bien, una aplicación no expansiva, no

integradora, sino restrictiva de lo previsto en ese Convenio en relación al artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas (RCL 1987, 1305).

Sin entrar en las circunstancias que aconsejaron la suscripción del citado Convenio, su previsión implica reconocer una pensión que, por definición y naturaleza, sólo puede reconocerse en España en quien concurra un doble presupuesto: haber estado unido en matrimonio y un matrimonio conforme a la legislación española y, en todo caso, reconocible desde las señas de identidad de tal instituto conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

4º Desde esta perspectiva sostengo la aplicación restrictiva del citado Convenio pues lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español.

Podrá decirse que ese Convenio no ha sido denunciado, pero que eso no sea así no debe llevar - como hace la sentencia mayoritaria - a aumentar, expandir una previsión puntual sólo prevista para los nacionales marroquíes y para las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, es más, su artículo 2.1.A.2 expresamente excluye el régimen especial de clases pasivas.

5º Son numerosas las sentencias - de las que se hace eco la sentencia de la que ahora discrepo - que vienen declarando la improcedencia de reconocer a efectos del régimen general de extranjería o de nacionalidad a uniones polígamas. Tales pronunciamientos se asientan, como no puede ser de otra forma, en el adecuado entendimiento del concepto de orden público y es que a una figura que pugna con nuestra mentalidad - el matrimonio polígamo - sólo admite una interpretación restrictiva que evite además la fragmentación de un instituto como es el matrimonio.

6º Por último no debe perderse de vista que es muy distinta la situación social de España al tiempo de firmarse el Convenio al que se hace referencia con la situación actual. Hoy día son varios millones las personas que viven legalmente en España y que proceden de países de religión musulmana. Sin entrar ahora en disquisiciones que no son del caso, es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer.

Con pronunciamientos como el de la sentencia mayoritaria se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad, y que su aplicación sea en un aspecto muy limitado no quita para que, dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables”.

Sentencia del Tribunal Supremo 1010/2017, de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5960)

Pensión de viudedad. Disolución del vínculo matrimonial. Sentencia de divorcio dictada después del 1/1/2008. Interpretación de la DT 18ª de la LGSS.

Sentencia del Tribunal Supremo 1015/2017, de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\61269)

Pensión de viudedad con beneficiarios concurrentes, estando topada la del excónyuge. CRITERIOS.- 1) Diferencias entre la anterior regulación (tesis atributiva) y la vigente tras las Leyes 40/2007 y 26/2009 (tesis distributiva). Recuerda doctrina de SSTS 23 junio 2014 (rec. 1233/2013; Pleno) y 786/2017 de 11 octubre (rec. 3911/2015; Pleno). 2) Si la cuantía correspondiente al antiguo cónyuge supera el importe de la pensión compensatoria, el exceso revierte en favor de quien sea cónyuge (o asimilado) en el momento del fallecimiento. 3) Conclusión alcanzada superando una interpretación literal de la norma, que realmente no ha regulado el problema suscitado. Acudimiento a criterios sistemáticos, teleológicos y lógicos. FALLO.- Casa la STSJ Madrid 162/2016 de 26 febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 58/2018, de 25 de enero de 2018 (RJ 2018\515)

Pensión de viudedad. Pareja unida por rito gitano. Para generar la pensión es preciso cumplir el requisito de inscripción en el registro de parejas de hecho. La pertenencia al colectivo gitano no exime de cumplir los requisitos generales ad solemnitatem. Y no cabe alegar buena fe concurrente, por errónea creencia, cuando en todos los documentos oficiales (libro de familia; inscripciones de nacimiento) constan los miembros de la pareja como “solteros” y sus hijos como “extramatrimoniales” o “naturales”. Inaplicabilidad de la STEDH 08/12/09 [asunto Muñoz Díaz]. Voto particular.

Auto del Tribunal Constitucional número 167/2017 de 12 de diciembre de 2017 (RTC 2017\167 AUTO)

PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: Pensión de viudedad: beneficiarios: parejas de hecho: cuestión de inconstitucionalidad respecto del último inciso del primer párrafo del apartado tercero del artículo 174 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio en la redacción dada por el artículo 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación en relación con el artículo 10 CE: fijación como requisito para acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho un determinado límite de ingresos que es diferente en función de que existan o no hijos comunes de la pareja con derecho a pensión de orfandad: finalidad de dispensar mayor protección a aquellas situaciones de necesidad en las que existan cargas familiares para el superviviente de la pareja de hecho: diferencia de trato que responde a una justificación objetiva y razonable: cuestión notoriamente infundada: inadmisión.

Auto del Tribunal Constitucional número 4/2018, de 23 de enero de 2018 (RTC 2018\4AUTO)

PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: Pensión de viudedad: beneficiarios: personas divorciadas: cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 220.1, párrafo segundo, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre: reconocimiento del derecho en caso de separación o divorcio condicionado a la existencia de pensión compensatoria previa a cargo del causante: anudación del derecho al dato objetivo de la preexistencia de una

prestación económica de carácter periódico, que trae causa del desequilibrio patrimonial que el fin de la convivencia matrimonial comporta para uno de los contrayentes respecto del otro: disminución de ingresos que resulta equiparable a la minoración patrimonial que sufre el cónyuge superviviente en situaciones de convivencia matrimonial: inadmisión de la cuestión.

Sentencia del Tribunal Supremo 222/2018 de 27 de febrero de 2018 (JUR 2018\72718)

Pensión de orfandad reconocida a favor de tres huérfanos absolutos. Fecha de efectos. El INSS retrotrae los efectos a los tres meses anteriores a la solicitud formulada por el tutor. El tutor solicitó la pensión dentro de los tres meses siguientes a su aceptación del cargo. El causante falleció el 26 de abril de 2013 y los abuelos de los huérfanos fueron designados tutores y aceptaron el cargo el 25 de febrero de 2015. Hasta que aceptaron el cargo no existía sujeto con capacidad para solicitar la pensión de orfandad. El plazo de tres meses ha de computar desde que se pudo reclamar la pensión, es decir, desde que los tutores aceptaron el cargo por lo que sus efectos han de retrotraerse a la fecha del hecho causante.

Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primera: No hay norma alguna que establezca quien o quienes pueden solicitar la pensión de orfandad.

Segunda: El artículo 174.3 de la LGSS establece que “La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.

Por su parte el artículo 11 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, dispone: “Abono de la pensión de orfandad.- La pensión de orfandad se abonará:

a) En el caso de beneficiarios menores de dieciocho años, a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan las obligaciones de mantenerlos y educarlos”.

Las citadas normas se limitan a establecer a quien se va a abonar la pensión de orfandad pero no disponen que sean los que tienen a su cargo a los huérfanos los que han de solicitar la pensión de orfandad.

Tercera: La situación de los abuelos, antes de ser designados tutores es una situación de hecho que no se ajusta a ninguna de las situaciones reguladas en el Código Civil (LEG 1889, 27).

Así, la situación que más podría asemejarse a la contemplada en este supuesto es la prevista en el artículo 173 bis. 1º del Código Civil que contempla el acogimiento familiar simple señalando “que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable”. Sin embargo, en el asunto examinado no consta que se adoptara dicha modalidad ya que la misma requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 173.2 del Código Civil, que se formalice por escrito, con consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciban al menor y de este si tuviera doce años cumplidos, fijando a continuación los

extremos que debe contener el documento de formalización del acogimiento familiar. En el apartado 1 del precepto se señalan las obligaciones del acogedor.

Al tratarse de una situación de hecho no aparecen definidas las obligaciones que incumben al que tiene a su cargo al menor.

Cuarta: La única referencia explícita al guardador de hecho aparece en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016, 1354), de Jurisdicción voluntaria, posterior a los hechos acaecidos y, por tanto no aplicable. Dicho precepto dispone:

«1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2.- El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.»

Quinta: La Convención sobre los derechos del niño establece:

Artículo 2: «Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación»

Artículo 3: «Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior».

Sexta: La LO 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, establece:

Artículo 2. Interés superior del menor:

«1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concierne a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

«2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas...».

Séptima: El artículo 39 de la Constitución dispone en su apartado 1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y en el apartado 2 que los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, principios que han de servir de guía para la interpretación de las normas.

3.- Por todo lo razonado, no existiendo una norma que expresamente establezca que el que tenga a su cargo a los huérfanos ha de solicitar la pensión de orfandad, no cabe interpretar las normas de Seguridad Social anteriormente consignadas de forma que perjudiquen gravemente los intereses de los menores, por el contrario se han de interpretar desde la perspectiva de la protección del interés superior del menor y a la luz de los preceptos constitucionales, artículo 39, apartados 1 y 2, que disponen que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos. No cabe privar a los menores de una parte de su derecho a la pensión de orfandad cuando no aparece claramente establecido quien ha de solicitar dicha pensión, es decir, se les acarrea un perjuicio por la inacción de un obligado a solicitar la pensión que no aparece expresamente identificado en la normativa aplicable.

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado.

6.5. Prestaciones familiares

Sentencia del Tribunal Supremo 192/2018 de 21 de febrero de 2018 (JUR 2018\72857)

SUBSIDIO POR CUIDADO DE MENOR afectado por una enfermedad grave (Diabetes Mellitus Tipo I) y escolarizado desde antes de su detección. FALTA DE CONTRADICCIÓN: 1) En el presente caso la escolarización preexiste a la concesión y es invocada (dos años más tarde) como causa de la extinción. 2) En el caso referencial se analiza si concurren los presupuestos fácticos para lucrar la prestación. Aplicación de la doctrina contenida en SSTS 568/2016 de 28 junio (la escolarización es compatible con la prestación) y 93/2018 de 5 de febrero (necesidad de que las sentencias comparadas resuelvan sobre problemas análogos). DESESTIMACIÓN del recurso interpuesto por la Mutua frente a STSJ Comunidad Valenciana.

6.6. Desempleo

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5795)

Recurso de Casación (LEY 7/2015, DE 21 JULIO): Interés casacional objetivo: para la formación de jurisprudencia: Seguridad Social: acta de liquidación: actividades de colaboración que pueden desarrollar los perceptores de prestaciones de desempleo para las Administraciones Públicas: interpretación de la disp. final 2ª del RD-Ley 17/2014: determinación de si aquellas Administraciones Públicas que, teniendo trabajadores en régimen de colaboración social, han cumplido la normativa y doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión y por ende han procedido a su regularización antes de la entrada en vigor del RD-Ley, han de verse castigadas por dicho cumplimiento con el abono de las cantidades

exigidas por la inspección de la Seguridad Social, y si eso es así, determinar si tal diferencia de trato es compatible con los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe: admisión procedente.

Sentencia del Tribunal Supremo 1033/2017, de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6125)

Prestaciones por desempleo: a efectos de determinar su duración no se computa el período durante el cual un trabajador extranjero prestó servicios en situación irregular. Reitera doctrina.

Sentencia del Tribunal Supremo 24/2018, de 16 de enero de 2018 (RJ 2018\160)

Importe máximo de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial que pierden su único empleo. Aplicación del porcentaje de parcialidad: procedencia. Reitera doctrina.

Sentencia del Tribunal Supremo 74/2018, de 30 de enero de 2018 (JUR 2018\49551)

Base reguladora de la prestación por desempleo: Se calcula en atención a las cotizaciones a la Seguridad Social de los últimos 180 días cotizados antes de la situación por desempleo. Reclamación de diferencias en cuantía inferior a 3.000 euros. Afectación general. Se estima que concurre y se entra a conocer del fondo. Reitera doctrina STS/IV 16-enero-2018 (rcud.1552/2017) que cambia criterio respecto a la apreciación de afectación general.

Sentencia del Tribunal Supremo 136/2018, de 13 de febrero de 2018 (JUR 2018\72816)

RETA.- Prestaciones por cese de actividad. Para que el pago de cuotas adeudadas surta el efecto de considerar al afiliado al corriente en el pago de las cotizaciones se requiere contar en la fecha del hecho causante con la cotización necesaria. Reitera doctrina STS 27-10-2015 (Rcud. 2663/2014).

6.7. Prestaciones Sanitarias

Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2017, de 30 de noviembre de 2017 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2018)

Recurso de inconstitucionalidad 501-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos legales autonómicos que modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos (STC 134/2017). Voto particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2017, de 14 de diciembre de 2018 (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018)

Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2018, de 11 de enero (BOE núm. 34 de 07 de febrero de 2018)

Recurso de inconstitucionalidad 2002-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con distintos preceptos de la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Competencias sobre extranjería, legislación procesal, asistencia social y sanidad: nulidad de los preceptos legales autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017) y establecen la inembargabilidad de unas ayudas extraordinarias de apoyo social para contingencias. Votos particulares.

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

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 668/2017 de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5355)

Naturaleza privativa o ganancial de la indemnización en concepto de incapacidad permanente absoluta percibida por uno de los cónyuges antes del divorcio (póliza de seguro colectivo concertada por la empresa en la que trabajaba). Carácter privativo.

El razonamiento de esta sentencia era el siguiente:

«Debe distinguirse, al efecto de atribuir dicha suma indemnizatoria el concepto de bien de conquistas, entre capacidad laboral como derecho integrado en la personalidad del trabajador, y que se incluye en sus bienes inherentes a dicha personalidad, y las consecuencias o productos de su trabajo, es decir, el rendimiento económico del trabajo, que tanto la Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456) (ley 83-1), como el Código Civil (LEG 1889, 27) (art. 1347-1.º) incluyen entre los bienes de conquista o gananciales, y en tal concepto estas ganancias no son bienes inherentes a la persona y no transmisibles inter vivos, excluidos de la consideración de gananciales por el art. 1346, n.º 5.º del Código civil (LEG 1889, 27). Y tampoco son bienes inherentes a la personalidad las indemnizaciones que, como la discutida, proceden de la relación de trabajo y se generaron al amparo de la misma, de modo que no tendrían explicación si se prescindiera de tal relación laboral, y toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial basado en su derecho al trabajo, derecho personalísimo, pero que no se confunde con éste por ser una consecuencia económica y pecuniaria que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresado en el patrimonio conyugal, integrado al disolverse la sociedad de conquistas parte de estos bienes a liquidar y repartir entre ambos cónyuges o sus herederos. Al no tener la indemnización discutida su fundamentación en un resarcimiento de daños, sino en una póliza de seguro contra el riesgo de invalidez permanente absoluta para el trabajo, no puede acogerse al n.º 6.º del art. 1346 del Código Civil, referido como su texto indica “a los daños inferidos a la persona” de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, todo ello aun considerando que la normativa del Código civil (LEG 1889, 27) tiene en este punto aplicación supletoria a Navarra por virtud de lo dispuesto en la ley 91 de la Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456) de dicha región foral. De todo lo cual se deduce que no hubo infracción de la ley 83 del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456), ni de la ley 91 del mismo Cuerpo Legal, pues ni consta la pertenencia privativa de la indemnización litigiosa, y por tanto se presume de conquistas, ni hay inconveniente para acudir como criterio interpretativo a las normas del Código civil (LEG 1889, 27) siguiendo el mandato de la ley citada 91».

Esta sala, por el contrario, apartándose del criterio de este precedente, entiende que concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo.

Ello por las razones que se exponen a continuación.

1.ª) En ausencia de norma expresa sobre el carácter privativo o ganancial de determinado bien o derecho, la resolución de los conflictos que se susciten debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce, aplicando los criterios que la ley tiene en cuenta para supuestos semejantes.

2.ª) La invalidez permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

En la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. En particular, lo característico de la incapacidad permanente absoluta es que el trabajador está inhabilitado por completo para toda profesión u oficio, con independencia de que la situación sea revisable y de que el cobro de la pensión vitalicia sea compatible, hasta la edad de acceso a una pensión de jubilación, con actividades lucrativas compatibles con la incapacidad absoluta (arts. 136 , 137 , 139 y 141 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 2015, 1700) , objeto de modificaciones puntuales en varias ocasiones y de desarrollos reglamentarios y, en la actualidad, de lo dispuesto en los arts. 193, 194, 196.3, 198 y disposición transitoria vigésima sexta del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En consecuencia, por su propia naturaleza y función, la titularidad de esta pensión guarda una estrecha conexión con la personalidad [es inherente a la persona, art. 1346.5.º CC (LEG 1889, 27)] y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6. CC, con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común).

Atendiendo, por tanto, a los criterios presentes en los apartados 5.º y 6.º del art. 1346 CC, la titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa. En efecto, la pensión derivada de una incapacidad permanente dispensa protección a quien ve mermada su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad o de un accidente: se dirige a compensar un daño que afecta a la persona del trabajador, la ausencia de unas facultades que tenía y que ha perdido, lo que en el futuro le mermará las posibilidades de seguir obteniendo recursos económicos por la aplicación de esas facultades.

El reconocimiento del carácter privativo de la pensión tiene como consecuencia que, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge (ni, en su caso, con los herederos del cónyuge premuerto).

Cuestión distinta es que, en ausencia de norma específica que diga otra cosa, las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el art. 1349 CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa

durante la vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (arts. 210.2.g . y 212 del Código del Derecho foral de Aragón (LARG 2011, 118)).

3.ª) Junto a las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública, son posibles mejoras voluntarias implantadas por la iniciativa privada, dirigidas a incrementar las coberturas. Una de las fórmulas para instrumentar los compromisos asumidos por las empresas es la del seguro. Así sucede en el presente caso, en que Telefónica tenía concertada con Antares una póliza de seguro colectivo.

La indemnización pagada por la aseguradora que cubre la contingencia de incapacidad permanente se dirige, al igual que el reconocimiento de la pensión derivada de la incapacidad, a reparar el daño que deriva de la merma de la capacidad laboral y sus consecuencias económicas respecto de los eventuales ingresos derivados del trabajo. Con independencia de que el pago de las cuotas del seguro lo realizara la empresa para la que trabajaba el beneficiario, el hecho generador de la indemnización es la contingencia de un acontecimiento estrictamente personal, la pérdida de unas facultades personales que en cuanto tales no pertenecen a la sociedad. Que la sociedad se aproveche de los rendimientos procedentes del ejercicio de la capacidad de trabajo no convierte a la sociedad en titular de esa capacidad.

El contenido económico de la indemnización y que, una vez percibida, resulte transmisible, no hace perder a la indemnización su carácter privativo e inherente a la persona. Puesto que la indemnización está destinada a asegurar una utilidad personal al cónyuge beneficiario no sería razonable, dada su función, que al disolverse la sociedad correspondiera una parte al otro cónyuge (o incluso, en su caso, a los herederos del cónyuge).

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BLASCO LAHOZ, J.F. (Ed.): *Ley General de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, 12ª ed., 2018, 533 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *Introducción a la protección social*, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2018, 192 páginas.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.): *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín Librero-Editor, 6ª ed., 2018, 461 páginas.

TARANCÓN PÉREZ, E., ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2018, 320 páginas.

2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La protección sanitaria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Albacete, Bomarzo, 2017, 274 páginas.

- MARTÍN PALOMO, M. T.: *Cuidado, vulnerabilidad e interdependencias. Nuevos retos políticos*, Madrid, CEPC, 2017, 220 páginas.
- MARTINEZ GARCÍA, M.L.: *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 335 páginas.
- MARTÍNEZ MATEO, C.J.: *Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017, 462 páginas.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017, 174 páginas.
- MORENO GENÉ, J., ROMERO BUSTILLO, A.M.: *Los trabajadores maduros entre el trabajo y la jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch 2018, 489 páginas.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *Accidentes de trabajo. Análisis jurisprudencial y acción de responsabilidad por daños*, Granada, Dauro, 2017.
- SANZ DE GALDEANO: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Navarra, Aranzadi, 2018, 518 páginas.
- SANZ SÁEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y de futuro*, Albacete, Bomarzo, 2017, 190 páginas.
- VV.AA.: *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y VILA TIERNO, F. (Dirs.), Granada, Comares, 2017, 651 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

- CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.): *Manual de protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2017.

4. RECENSIONES

- AA.VV., *Dependencia (longtermcare) y empleo en el Estado del bienestar* (dir. Molero Marañón, M^a Luisa), edit. ARANZADI, Madrid, 2017, 503 págs., ISBN: 978-84-9177-448-8.

JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ

PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El establecimiento de un sistema integrado de atención a la dependencia, llevado a cabo por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha constituido la medida de mayor trascendencia en materia de protección social que se ha adoptado en nuestro país en los tiempos más recientes. No solo por la importancia vital del reto que dicho sistema debe

afrontar, cual es el de, como afirma la exposición de motivos de la Ley, “atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”, sino por la complejidad que el funcionamiento de tal sistema implica a nivel organizativo, financiero y de gestión. Por otro lado, siendo la dependencia un fenómeno en el que se ven involucrados numerosos aspectos (laborales, fiscales, patrimoniales, competenciales, entre otros), el enfoque para su tratamiento debe ser necesariamente transversal, combinándose diferentes perspectivas que han de ser consideradas a la hora de edificar un sistema amplio de protección de las personas en situación de dependencia.

Habiéndose cumplido en enero de 2017 diez años desde la entrada en vigor de la Ley 39/2006, resulta muy pertinente examinar cuál ha sido el desarrollo de la misma y cuáles son los problemas y dificultades existentes para el avance del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Tarea que se aborda con gran profundidad en la presente obra, fruto de un exhaustivo proyecto de investigación desarrollado por los autores (muchos de los cuales acreditan ya una larga dedicación al estudio de esta materia) que, desde un planteamiento multidisciplinar, no se limita a efectuar un riguroso análisis del actual estado de situación del SAAD, sino que se proyecta a la formulación de numerosas propuestas de perfeccionamiento del mismo.

La obra se estructura en dos bloques diferenciados, uno dedicado a los retos para la consolidación de un sistema eficaz de cuidados de larga duración (capítulos I a VIII) y otro a los aspectos relacionados con el retorno del empleo como incentivo decisivo a la inversión en el sistema de cuidados de larga duración (capítulos IX a XIII).

El capítulo I (M^a Luisa Molero Marañón) propone un replanteamiento del modelo español de atención a la dependencia en consideración al contexto europeo; partiendo de que en el modelo español el cuidado predominante es el familiar o informal prestado por la mujer o el servicio doméstico, aboga por que dicho papel sea reconocido como el eje principal del sistema, proponiéndose la priorización de las prestaciones económicas frente a la opción legal por la prestación de los servicios, así como que los servicios profesionales se pongan al servicio del cuidado principal que se desenvuelve en el hogar.

En el capítulo II (M^a José Serrano García) se aborda la compleja cuestión de la distribución constitucional de competencias en el ámbito de la dependencia, a cuyo efecto se analiza la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los ámbitos de actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como la más reciente recaída con motivo de la reforma de la legislación sobre régimen local, planteándose, a la luz de dicha doctrina, el posible desacuerdo técnico del legislador al alejar el SAAD del sistema de la Seguridad Social.

En el capítulo III (Manuela Durán Bernardino), sobre la evolución de la acción protectora de las prestaciones de servicios y el impacto al respecto de las reformas del año 2012 adoptadas en el marco de la reducción del déficit público, se analizan los resultados que se han obtenido con la implantación de tales medidas y se examinan las nuevas reglas de compatibilidad entre prestaciones, defendiéndose la no priorización de unas prestaciones

sobre otras sino una amplia garantía para que las personas dependientes y sus familiares puedan elegir entre el mayor abanico posible de opciones.

El capítulo IV (Mónica Llano Sánchez) se dedica al estudio de los cuidados informales tras diez años de aplicación de la Ley 39/2006, examinándose la afectación que el régimen de tales cuidados experimentó tras las reformas de 2012-2013 en cuanto a la mayor dificultad para la concesión de la prestación económica por cuidados familiares, la involución en la protección de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales y la limitada promoción de las acciones de apoyo a estos últimos. Asimismo, se plantea la necesidad de regular la figura del asistente personal y, entre otras propuestas, revisar las reformas relativas al servicio de ayuda a domicilio.

En el capítulo V (Susana Roldán Ayuso) se analizan los fundamentos y el funcionamiento del sistema de financiación de la dependencia en los distintos niveles de protección, señalándose la necesidad de un replanteamiento de dicha financiación. También se examina el endurecimiento producido en el régimen del copago, formulándose propuestas dirigidas a reformar el sistema vigente.

La cuestión de la garantía judicial en la protección de las personas dependientes es objeto del capítulo VI (Jorge Torrens Margalef), en el que se exponen las controversias que se plantean en el ámbito de la dependencia, se analiza la naturaleza de las prestaciones y las cuestiones sobre competencia jurisdiccional y la problemática que plantea la diferida atribución competencial al orden social para conocer de las cuestiones litigiosas relativas a la Ley 39/2006.

En el capítulo VII (Isidoro Martín Dégano) se examina el tratamiento de la situación de dependencia en el ámbito tributario, analizándose los beneficios fiscales en el IRPF (exenciones, hipoteca inversa, reducciones de la base imponible) así como la consideración de la dependencia en el IVA. Asimismo, se ponen de relieve las disfunciones a efectos fiscales derivadas del tratamiento dispar de la discapacidad y la dependencia y se formulan propuestas para corregirlas.

El capítulo VIII (Francisco Millán Salas) trata de los instrumentos de financiación privada para personas dependientes, en particular el contrato de alimentos y el contrato de renta vitalicia, y en él se analiza el concepto, caracteres, los elementos personales, reales y formales, las garantías del cumplimiento y las causas de extinción en ambos contratos, como medios de financiación privada de las necesidades vitales de personas dependientes (enfermas, discapacitadas o de avanzada edad) que no tienen familia o teniéndola se encuentran desamparadas, pero que cuentan con un patrimonio suficiente como para no poder beneficiarse de los servicios públicos asistenciales.

Entrando ya en el segundo bloque, el capítulo IX (Ricardo Escudero Rodríguez) cuestiona la injustificable desconexión, a nivel normativo, entre el trabajo de cuidados en el hogar familiar y la protección de la dependencia y, tras exponerse las variantes del empleo en el sector de la dependencia, se critica el desconocimiento por el legislador del trabajo de cuidados desarrollado por personas contratadas por la persona dependiente o sus familiares y se propone la inclusión del trabajo al servicio del hogar

familiar en la órbita de la protección de la dependencia y una reformulación del mismo que tenga en cuenta, específicamente, la realidad de la atención a las personas dependientes.

El capítulo X (Guillermo L. Barrios Baudor) se centra en las modalidades contractuales en el sector de la dependencia, examinándose las previsiones del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes en relación con el período de prueba, los criterios generales de contratación (estabilidad en el empleo, copia básica, personal discapacitado) y los tipos de contrato (indefinidos y temporales), identificándose los aspectos en los que la regulación convencional introduce especialidades en relación con la regulación legal común. Asimismo, se analiza la regulación convencional en materia de subrogación en caso de sucesión de contratados.

En el capítulo XI (Macarena Castro Conde) se contemplan, también sobre la base de la regulación del VI Convenio colectivo marco estatal, el régimen salarial y el de la ordenación del tiempo de trabajo en el sector de la atención a las personas dependientes. En relación con el primero se examina la estructura salarial y se pone de manifiesto la limitación salarial que se ha operado en los últimos años; en relación con el segundo se advierte la amplia flexibilidad reconocida a la empresa, la falta de regulación de las medidas de conciliación, al igual que en materia de descansos, que se ajustan a los mínimos legales.

El capítulo XII (M^a Begoña García Gil) analiza en primer lugar, desde la perspectiva de la clasificación profesional, las actividades profesionales involucradas en los distintos servicios comprendidos en el SAAD y, a continuación, los aspectos formativos relacionados con las distintas tareas que deben ser desarrolladas en el marco de la prestación de tales servicios.

Finalmente, el capítulo XIII (M^a José Dilla Catalá) se ocupa de los derechos y políticas de conciliación en relación con los cuidados de las personas dependientes, examinándose las previsiones legales, los pronunciamientos judiciales y la regulación convencional, poniéndose de manifiesto la escasa atención que la dependencia ha tenido en la configuración de los instrumentos de conciliación, y se describen las políticas europea y nacional en la materia, efectuándose propuestas de futuro.

Debe destacarse la importancia que en el tratamiento de las distintas cuestiones se atribuye a la perspectiva comparada, exponiéndose numerosos aspectos de la regulación existente en otros Estados europeos que pueden aportar elementos para la mejora de nuestro sistema.

Todo ello hace que se trate de una obra del mayor interés, que pone a disposición de cualquier persona, no solo de los profesionales del Derecho, una exposición completa de esta materia y la compleja problemática que la rodea.

Economía y
Sociología de
la Seguridad
Social y del
Estado Social

LABORUM

Desequilibrios en el mercado de trabajo e inflación durante la Gran Recesión (2007-2014) en España¹

Imbalance in the labour market and inflation during the Great Recession (2007-2014) in Spain

SANTOS M. RUESGA BENITO

CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (UAM)

FRIEDRICH SELL

PROFESOR EN LA UNIVERSITÄT DER BUNDESWEHR MÜNCHEN

LAURA PÉREZ ORTIZ

AYUDANTE DOCTOR EN LA UAM

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE, EN CHILE

Resumen

En un intento de analizar lo acontecido durante la Gran Recesión (GR) en el mercado de trabajo español, los autores han desarrollado una investigación utilizando un concepto teórico, “brecha de producción modificada” (BPM) (*modified output gap*). Este concepto, basado en las curvas de Beveridge y Phillips, ampliamente conocidas en el mundo económico, se desarrolló a finales del pasado siglo para indicar la relación entre la eficiencia del mercado de trabajo en su ajuste, buscando el equilibrio (reducir el desempleo) y la inflación, relacionado así dos elementos básicos para determinar el grado de equilibrio macroeconómico alcanzado por una determinada economía en un periodo de tiempo concreto.

En este artículo se muestran las principales conclusiones de dicha investigación, prescindiendo de los detalles econométricos de la misma. En ellas se puede observar la importancia de la denominada “brecha de producción modificada” y a partir de su análisis se obtienen conclusiones de interés sobre la implementación del plan de estímulos económicos llevados a cabo por el gobierno español en los primeros años de la GR, revelando la relación positiva explícita entre la tasa de vacantes y la tasa de inflación. Lo que indica que una pérdida en la eficiencia en el ajuste en el mercado de trabajo, que combinada con un aumento de la demanda en los mercados de bienes y servicios puede impulsar a la inflación, en las consecuencias macroeconómicas que ello conlleva (pérdida de competitividad externa, entre otros).

Abstract

In an effort to analyse the events during the Great Recession (GR) in the Spanish labour market, the authors have carried out a research by using a theoretical concept: the modified output gap. This concept, based on the Beveridge and Phillips curves, which are widely recognised in the economic field, was developed at the end of the last century in order to determine the relationship between the efficiency of the labour market adjustment, searching for a balance (to reduce unemployment), and inflation. This way, two basic elements are connected in order to determine the degree of macroeconomic stability achieved by a certain economy in a specific period of time.

This article contains the main conclusions of such research, not including its econometric data. These conclusions show the importance of the so-called modified output gap and from its analysis significant conclusions are obtained about the implementation of an economic incentive plan developed by Spanish government during the first years of the GR, revealing the positive explicit relationship between the vacancy rate and the rate of inflation. This shows that a loss of efficiency of labour market adjustment, along with the increased demand in goods and services markets, can result in a boost to inflation and this involves several macroeconomic consequences (losses in external competitiveness, among others).

¹ Este trabajo es una síntesis del artículo “Mismatch” in Labour Market and Inflation: An Integrative Model, presentado, y pendiente de publicación a la revista de la UNAM *Investigación Económica*.

1. INTRODUCCIÓN

La GR ha resultado en la emersión de una amplia divergencia en el comportamiento de las economías desarrolladas. Lo que ha puesto de manifiesto la necesidad de diferentes políticas económicas y reformas estructurales según países. Durante este periodo el mercado de trabajo ha sufrido un fuerte impacto negativo a resultas de las crisis. Ello ha llevado a los gestores de las políticas a poner en marcha varias propuestas económicas con el fin de recuperar el nivel de empleo registrado antes de la recesión e impulsar una mayor eficiencia en el ajuste entre oferta y demanda en dicho mercado. Resulta, por tanto, de sumo interés entender y asimilar el resultado de estas propuestas sobre el empleo utilizando las herramientas de análisis adecuadas.

En la investigación que aquí se sintetiza se han utilizado dos herramientas teóricas: la curva de Beveridge² (CP, Beveridge, 1944) y la Curva de Philips³ (CP, Philips, 1958), que con distinto éxito en el campo del análisis económico han generado abundante literatura teórica y empírica.

En primer lugar, el uso de ambas herramientas de forma conjunta nos permite determinar teóricamente cómo el choque negativo introducido por la Gran Recesión sobre la economía puede haber elevado el nivel de desempleo estructural en el mercado de trabajo.

En segundo lugar, hemos combinado ambas herramientas para lograr el concepto teórico de la brecha de producto modificada (Sell y Reinisch 2013). El marco analítico de la BPM nos permitirá comprender la posibilidad de que la política económica sea ineficaz cuando hay un choque negativo que afecta a la eficiencia del ajuste en el mercado de trabajo, en terminología inglesa, mismatch (véase Petrongolo y Pissarides 2001).

El presente estudio se centra en el caso español durante la recesión económica. Tanto el país como el periodo son apropiados para probar la relevancia empírica del concepto BPM. Unos cuantos estudios recientes han mostrado evidencias empíricas sobre la pérdida de eficiencia del ajuste del mercado de trabajo español después del inicio de la crisis económica (véase BCE 2012, Haincourt y Mogliani 2012, Hobijn y Sahin 2012, OCDE 2011 y 2013, EC 2013, Ruesga, da Silva y Pérez Trujillo, 2015). Todos ellos asocian esta situación al estallido de la burbuja inmobiliaria y al colapso del modelo de producción que caracterizó la expansión de la economía española antes del periodo de crisis. Como resultado de la recesión y el rápido aumento del desempleo al comienzo de la crisis, el gobierno socialista liderado por el Presidente José Luis Rodríguez Zapatero, decidió adoptar un plan de estímulo económico, conocido como Plan E, durante noviembre de 2008 y el primer semestre de 2010, con el fin de impulsar La economía y la contratación.

Sin embargo, el impacto global de este plan económico fue limitado. Por un lado, no pudo detener, a lo largo de su ejecución, el avance de la pérdida de empleos y el creciente

² La Curva de Beveridge es una herramienta teórica que es útil para analizar el mercado de trabajo en presencia de fricciones que afectan su equilibrio. Es una función que pone en relación el número de trabajadores que buscan empleo (desempleo) con el número de vacantes abiertas (puestos de trabajo o empleos disponibles) en las empresas que buscan trabajadores (Petrongolo y Pissarides 2001).

³ La curva de Philips relaciona la evolución del desempleo con la tasa de variación de los precios de la economía (inflación).

desempleo, especialmente en las industrias más afectadas por la crisis. Por otro lado, las industrias, donde la demanda de mano de obra aumentó durante el período de vigencia de este plan económico, se relacionaron principalmente con el sector de servicios –educación, salud, administración pública y suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado–. También se tradujo en un aumento simultáneo de las horas de trabajo por empleado, debido a la falta de trabajadores adecuados disponibles en el mercado para ocupar las nuevas vacantes registradas en estas industrias. Esta situación favoreció un aumento de los salarios en estos sectores, afectando a medio plazo a los costos de producción, poniendo así en riesgo el mantenimiento del nivel de inflación en toda la economía.

En conjunto, el Plan E se convirtió en un ejemplo de una política económica deficientemente diseñada que impulsó la demanda en el mercado de bienes y servicios, sin corregir el desequilibrio entre oferta y demanda en el mercado de trabajo, poniendo en riesgo el equilibrio macroeconómico. En este contexto destaca la importancia de entender las implicaciones teóricas de la BPM.

2. LA “BRECHA DE PRODUCCIÓN MODIFICADA”

A manera de introducción, conviene considerar que la CB y la CP son dos herramientas teóricas comúnmente utilizadas por los economistas durante el siglo pasado para comprender los desequilibrios del mercado de trabajo. Combinamos estos dos conceptos teóricos para obtener la relación a la que nos referimos como el BPM (Sell y Reinisch 2013). La lógica de esta relación puede explicarse de la siguiente manera: Cuando el mercado de trabajo está en expansión, el número de vacantes de empleo crece y el desempleo disminuye, siguiendo la lógica de la CB. Pero, cuando el desempleo disminuye y las condiciones de la demanda agregada son favorables (crece), el nivel de precios tiende a aumentar, siguiendo la lógica establecida por la CP. Como resultado de ambos procesos, se observa una relación positiva entre las vacantes de empleo y la inflación dentro del equilibrio macroeconómico general, definido en el enfoque propuesto por el BPM (Sell 2010).

Por lo tanto, es importante distinguir entre los movimientos a lo largo de la curva que describe la BPM a lo largo del tiempo y los cambios que afectan a su estabilidad. La idea de un cambio en la estabilidad de la función es bastante simple. El deterioro de la eficiencia en el ajuste o aumento del desajuste tiene consecuencias a corto y medio plazo para la estabilidad de la BPM. El efecto inmediato de una menor eficiencia del ajuste sobre la demanda de mano de obra conlleva un aumento del desempleo que a su vez deprime la demanda agregada, lo que conduce a una disminución de los precios a corto y medio plazo

A largo plazo, sin embargo, como indican Kaufman y Hotchkiss, “la llamada tasa natural de desempleo ... es dada por la intersección entre la CB y la línea de 45 grados, donde el número de solicitantes de empleo / vacantes es igual a el número de puestos de trabajo vacantes y el mercado de trabajo está en su equilibrio a largo plazo” (2006, p.217). Por lo tanto, cualquier cambio en el CB moverá el CP a largo plazo. El cambio que se produce en el mercado de trabajo afectará la tasa de inflación a largo plazo, generando un cambio positivo de la CP a corto y medio plazo, ya que los agentes anticipan el futuro aumento del nivel de precios.

De este modo, se puede entender el doble impacto de la política de estímulo –tanto fiscal como monetaria– sobre el equilibrio del BPM es el siguiente. Por un lado, asumimos que el gobierno decide actuar sobre la economía en un momento desfavorable para estimular el crecimiento y, por tanto, el empleo. Los efectos no deseados de la primera ronda de esta política serían un aumento en la demanda de empleo –número de vacantes– y en los niveles de precios. El aumento de la oferta no compensa el impulso de la demanda agregada generada por el plan de estímulo, creando expectativas de inflación más alta, lo que hace que la CP cambie positivamente en el corto plazo.

Como resultado de la dinámica que se ha producido en la CP, la BPM también cambiará. Cualquier número de vacantes se acompañará ahora de tasas de inflación más altas.

La combinación teórica de la CB y la CP en el contexto analítico de la BPM nos brinda una mejor comprensión de otras ineficiencias en la política macroeconómica cuando hay un choque negativo que afecta la eficiencia del ajuste en el mercado de trabajo. Cualquier choque positivo en la economía, como el resultado de un extenso programa gubernamental de gasto para aumentar la demanda agregada, será mucho menos eficaz, en presencia de baja eficiencia en el mercado laboral, de tal modo que el incremento de la demanda agregada puede contribuir a aumentar el nivel de inflación. ¿Por qué? Las empresas no pueden contratar (trabajo calificado y menos calificado, ya que no hay heterogeneidad en términos de habilidad de los trabajadores y ningún proceso de negociación explícita en el modelo BPM) suficientes trabajadores para aumentar su nivel de producción, de acuerdo con el nuevo nivel de demanda. Como consecuencia, tendrán que utilizar su dotación de factores laborales existentes más intensivamente, lo que a la larga incrementará los costos de producción. En cierto nivel significativo de competencia monopolística, las empresas pasarán estos costos de producción más altos a la demanda final.

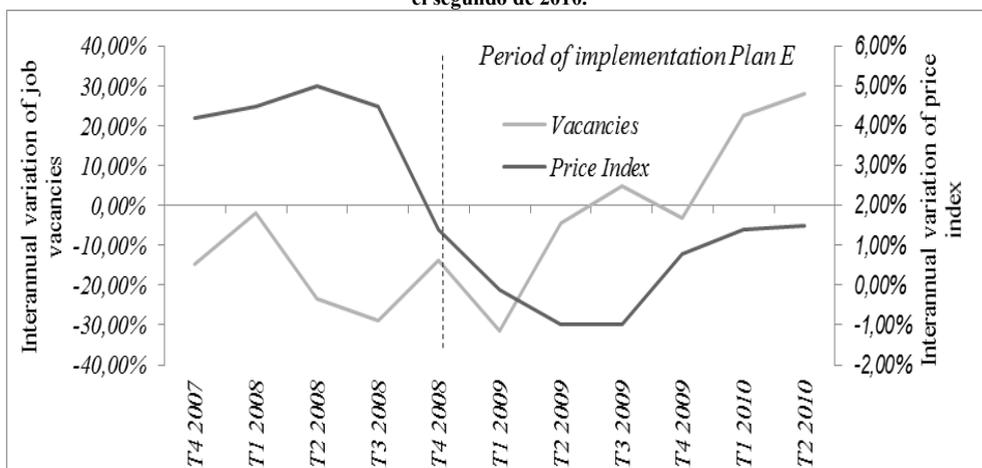
3. UN ANALISIS DEL EFECTO DE LAS MEDIDAS DE EXPANSIÓN FISCAL EN ESPAÑA EN 2009-10⁴

En España, con el estallido de la burbuja inmobiliaria y el colapso del modelo económico prevaleciente durante el período de crecimiento de la economía entre 1995 y finales de 2007, se produjeron cambios importantes que afectaron negativamente al mercado de trabajo.

En el período comprendido entre el cuarto trimestre de 2007 y el segundo de 2010 (último trimestre analizado), el desempleo experimentó un aumento mucho más elevado en términos relativos, alrededor de 1,4 veces durante este período, llegando a 4.645,5 miles de desempleados al final. En comparación con el descenso observado para el número de vacantes, que sólo cayó al 4,5 por ciento. El diferente ritmo de variación de la vacante y la tasa de desempleo puede indicar una existencia de fricciones que afectaron el desajuste durante la crisis.

⁴ Los datos de esta sección relativos al nivel de empleo y desempleo se obtienen de la Encuesta de Población Activa (EPA), mientras que los datos de vacantes provienen de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (Encuesta Trimestral de Coste Laboral –LCI–), elaborado por el Ministerio de Trabajo.

Figura 1. Crecimiento interanual de vacantes de empleo y del índice de precios ente el 4º trimestre de 2007 y el segundo de 2010.



Fuente: Elaboración propia con datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística.

Un análisis de la evolución de la estructura de empleo podría ayudar a entender lo que ocurrió en el mercado de trabajo durante este período. En este sentido, la expansión de las actividades de intensidad tecnológica baja y media-baja y de las industrias del conocimiento durante el crecimiento económico (y en las secuelas de la recesión en estos sectores) explican el deterioro del mercado de trabajo. Entre 2001 y 2007, el empleo creció alrededor de 4,6 millones, donde el sector de la construcción solo creó el 20 por ciento del total de empleos. La actividad económica en esta fase se caracterizó por industrias intensivas en mano de obra que daban ocupación a trabajadores con un nivel de calificación bajo o medio-bajo (Ruesga et al., 2015).

Sin embargo, cuando la recesión comenzó, estas industrias contribuyeron con la mayor parte de disminución del empleo total; por ejemplo, en el sector de la construcción el 52,5 por ciento del total de puestos de trabajo fueron eliminados entre el primer trimestre de 2008 y el segundo de 2010. A medida que avanzaba la recesión; los trabajadores ocupados en industrias menos competitivas fueron los más afectados por el proceso de destrucción de puestos de trabajo debido a su baja empleabilidad (Bell y Blanchflower 2011, OCDE 2011).

Con el fin de mitigar el impacto negativo de la recesión en el mercado de trabajo al inicio de la crisis, el gobierno español, liderado por el socialista Rodríguez Zapatero, decidió aplicar un plan de estímulo económico conocido como Plan de Estímulo de la Economía y Empleo (Plan E) (ver Real Decreto-Ley 9/2008), en línea con las orientaciones de política económica que en ese momento emanaban de los órganos directivos de la UE. Este plan se puso en marcha desde noviembre de 2008 hasta la segunda mitad de 2010 y tuvo un importe aproximado de 11.000 millones de euros, abarcando la puesta en marcha de 80 medidas económicas, financieras y fiscales para impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo.

El Plan E favoreció inicialmente la creación de empleo –de manera similar a los planes económicos de estímulo realizados al comienzo de la recesión por otros países de la

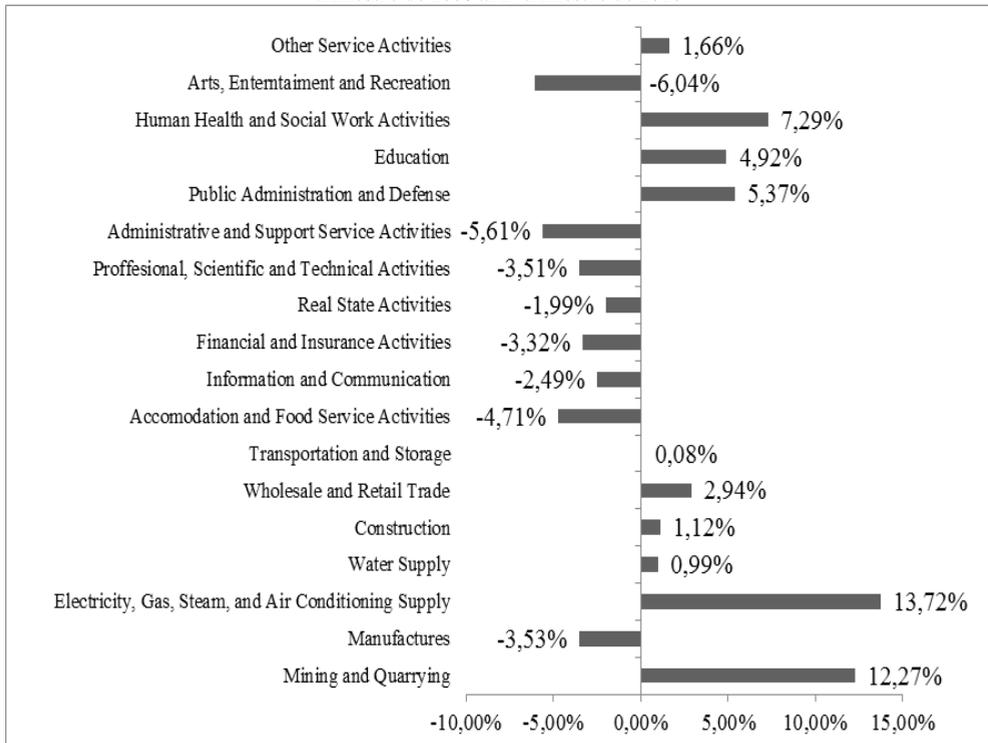
OCDE (Capaldo e Izurieta 2013)– y el aumento de vacantes disponibles en el mercado de trabajo en un 10,6 por ciento entre el cuarto trimestre de 2008 y el segundo de 2010. También este plan redujo la tasa de crecimiento del desempleo; que, no obstante, aumentó en un 44,8 por ciento en dicho período. En este sentido, las industrias que más contribuyeron a la destrucción del empleo al comienzo de la recesión continuaron con el proceso de ajuste; De nuevo el sector de la construcción captaba en la mayor parte, con un 37.1 por ciento del total de empleo destruido.

Además, el crecimiento de las vacantes experimentadas durante el plan de estímulo económico se concentró en el sector servicios. En este sector, el aumento de las vacantes fue del 24,6 por ciento. Este proceso impulsó el empleo en sectores como la educación, servicios de salud, administración pública y suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado. Estos sectores compensaron la caída general del empleo durante este período con la creación de más de 144.300 nuevos puestos de trabajo, mientras que simultáneamente aumentó el número de horas trabajadas (véase el cuadro 1). En este sentido, ambos valores indican que la demanda laboral creció en estos sectores durante el plan de estímulo.

La mayor demanda en los sectores que requieren mano de obra calificada o un nivel específico de formación contrasta con el aumento simultáneo del desempleo. Esta demanda fue satisfecha por una afluencia proveniente de los sectores laborales intensivos que ocupan a los trabajadores con calificaciones de baja y media-baja calificación. En este sentido, la dificultad para los trabajadores con un bajo nivel de empleabilidad para encontrar un nuevo empleo, en los sectores que exigían nuevos empleados, podría haber afectado el desajuste en el mercado laboral y el nivel de desempleo estructural (Bouvet 2012).

Según Woo (2012), “si hay un grave problema de desempleo estructural, entonces los sectores que tienen problemas para encontrar trabajadores deberían estar subiendo los salarios”. Luego, observando la evolución de los costes salariales totales y del tiempo extra de trabajo (véanse los gráficos A.1 y A.2 del anexo I), en el período de ejecución del plan de estímulo, se destaca el aumento de los costes laborales en los sectores Identificados al impulsar la demanda de mano de obra durante este período.

Este aumento, experimentado en los costos laborales en las industrias que ocupaban el 21,9 por ciento del empleo total en el segundo trimestre de 2010, podría haber tenido un impacto negativo en el equilibrio macroeconómico, principalmente por el alza del nivel de precios. A este respecto, “si el desempleo es ‘estructural’, la política gubernamental que busca aumentar la demanda –por ejemplo, las bajas tasas de interés o el estímulo fiscal (como el Plan E)– tendrá poco o ningún efecto sobre la tasa nacional de desempleo y podría incluso Empeorar las cosas al encender la inflación” (Woo 2012 y Sell y Reinisch 2013).

Figura 2. Variación (en %) de los salarios en diferentes industrias durante el periodo comprendido entre el 4º trimestre de 2008 al 2º trimestre de 2010

Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Nacional de Estadística (INE).

Desde el inicio del plan de estímulo, es importante tener en cuenta el proceso de crecimiento experimentado por las vacantes de empleo. Este crecimiento también se acompaña de una evolución positiva de la tasa de inflación, que parece estar rezagada entre dos y tres trimestres en relación con la evolución de las vacantes, iniciando la fase de crecimiento de la inflación desde el tercer trimestre de 2009.

Tabla 1. Variación del tiempo de trabajo por trabajador ocupado a tiempo completo y del empleo en (%) durante el periodo 4t-2008 a 2t-2010

Sector de actividad	Variación horas de trabajo (%) en el periodo	Variación del empleo (en %) en el periodo
Minería y canteras	1.25	-4.24
Manufacturas	1.37	-14.51
Electricidad, gas, vapor y aire acondicionado	1.88	5.36
Suministro de agua	1.75	-11.11
Construcción	2.07	-22.20
Comercio al por mayor y al por menor	0.92	-9.15
Transporte y almacenamiento	0.93	-7.16
Alojamiento y hostelería	1.22	0.50
Informática y comunicaciones	-0.26	-10.42
Actividades financieras y seguros	2.12	-0.49
Servicios inmobiliarios	0.45	-25.22
Actividades profesionales, científicas y técnicas	0.40	-1.71
Actividades administrativas y servicios de apoyo	0.13	-3.51
Administración pública y defensa	0.65	5.62
Educación	1.53	3.68
Sanidad y trabajo social	1.93	1.53
Otras actividades de servicios	-1.24	-2.85

Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Nacional de estadística.

Esta evolución procíclica y retardada del nivel de precios en relación con la evolución de la vacancia se debe al tiempo que han tomado los agentes económicos para actualizar sus expectativas e incorporarlas en el proceso de negociación de las condiciones laborales - realizado principalmente a través de la negociación colectiva. En este sentido, el aumento simultáneo del nivel de vacantes en diferentes industrias, lo que indica un empeoramiento del proceso de desajuste en el mercado de trabajo, hace que las empresas necesiten utilizar intensivamente su personal para satisfacer el aumento de la demanda de bienes y servicios en el mercado. Esto implica un aumento en el número de horas de trabajo para el personal de la empresa, ya que no es posible encontrar trabajadores con las mismas capacidades en el mercado. Esto aumenta el poder de negociación de los trabajadores, lo que, en aquel momento, desencadenó una dinámica de exigencias de mayores salarios, a través de negociación colectiva, si el aumento de la producción continúa a medio plazo (Layard et al., 1994). Por lo tanto, cabría esperar que este proceso habría de producir un impacto negativo en los costos de producción y en última instancia, en el nivel de inflación.

Como alternativa al plan de estímulo económico “fracasado” desarrollado por el gobierno socialista en España, se han llevado a cabo numerosos planes de reforma cuyo contenido, de forma reiterada, ha pretendido flexibilizar el funcionamiento del mercado de trabajo. Estos planes son similares a los implementados en otros países afectados por la crisis de 2008, principalmente en la Eurozona, la más significativa de las cuales fue la reforma laboral introducida en 2012. La principal consecuencia de esta reforma ha sido una tendencia inmediata y acusada a la disminución de los costes laborales. El objetivo se centraba en que la economía española pudiera ganar competitividad, incluso en el corto plazo, en relación con sus competidores en los mercados internacionales y así mejorar el nivel de las

exportaciones y el, hipotéticamente, de empleo, frenando, al menos, su tendencia bajista (OCDE 2012, Lacuesta y Puente 2013). Pero la efectividad de este tipo de reformas –orientadas básicamente a reducir los costes laborales– es limitada en el mediano y largo plazo en cuanto a la creación de empleo. En un contexto económico en el que todos los socios comerciales realizan reformas similares (como las que se aplican en otros países de la UE a los que la economía española exporta más del 60 % del total de ventas de las mercancías y servicios españoles al exterior), se socava la capacidad de gasto y consumo. Por lo que este tipo de políticas, al final arrastran consigo, si se generalizan, una reducción en la demanda externa que afecta a los beneficios inicialmente obtenidos por los referidos aumentos de competitividad, afectando el crecimiento de la economía y el desempleo. Por lo tanto, es crucial llevar a cabo planes de estímulo monetario y fiscal (sobre todo fiscales en los países con superávit a nivel comercial), ya que estos planes garantizan una demanda sostenida y permiten restablecer el nivel de crecimiento económico y empleo previo a la crisis en los países más afectados por ésta (Capaldo e Izua 2013).

Por lo tanto, sin pretender aquí hacer una crítica sistemática a la eficacia de los programas de estímulo económico para resolver una crisis económica, se trata de mostrar los problemas adicionales que deben evaluarse, como el empeoramiento de la eficacia en el ajuste entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo, para garantizar que las políticas se aplican y desarrollan adecuadamente y con eficacia respecto a los objetivos macroeconómicos perseguidos.

4. RESULTADOS

Poner los dos conceptos, la CB y la CP, genera una relación explícita entre la tasa de inflación y la tasa de vacantes, que hemos etiquetado como BPM. Dado nuestro razonamiento teórico sobre esta relación, la correlación empírica entre estas dos variables macroeconómicas debe ser positiva. Concisamente, la idea es que: la relación de vacantes observada puede ser entendida como una señal de un desajuste significativo o como un grado de escasez de habilidades en el mercado de trabajo. Si hay una falta de trabajadores calificados en el mercado junto con un aumento de la proporción de vacantes, los salarios aumentarán debido a un mayor poder de negociación de los trabajadores calificados para negociar sus condiciones laborales. Los empleadores tendrán en cuenta este efecto de los precios de los factores y volverán a calcular los precios de los bienes, lo que, *ceteris paribus*, dará lugar a una mayor tasa de inflación observada.

En esta investigación hemos analizado el caso español, tomando en consideración el período entre el inicio de la recesión económica y el fin del plan de estímulo para la economía, introducido por el gobierno socialista para impulsar el crecimiento económico. Este país y el período son ideales para analizar la consistencia empírica de la BPM. Las evidencias obtenidas indican que el mercado de trabajo español se ha enfrentado a un empeoramiento del proceso de desajuste que limitó la adaptación del mercado de trabajo a la creciente demanda en el mercado de bienes y servicios, siendo este último impulsado por el plan de estímulo económico.

El colapso del modelo económico español antes de la crisis económica, regido por el sector de la construcción, afectó a las industrias que fueron pioneras en el crecimiento económico y del empleo durante 1995-2007. Estas industrias ocupaban trabajadores con un

nivel de educación bajo a medio-bajo, lo que afectó negativamente su posibilidad de encontrar un nuevo empleo durante la recesión.

En conclusión, este análisis hace hincapié en la necesidad de combinar simultáneamente las políticas de estímulo económico público y las reformas estructurales, con el fin de ampliar la demanda agregada y adaptar la economía a un nuevo modelo económico. Según el presidente del Banco de la Reserva Federal de Filadelfia, Charles Plosser (O'Grady 2011), “no se puede cambiar el carpintero en una enfermera con facilidad, y no se puede cambiar el corredor de hipotecas en un experto en computadoras en una fabricación Planta muy fácilmente. Eventualmente, esas cosas funcionarán.

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

AUGUSTO VENTURI: de los Seguros Sociales a la Seguridad Social

AUGUSTO VENTURI: Social Insurance to Social Security

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

“Es una verdad probada por la experiencia histórica que en este mundo sólo se consigue lo posible si una y otra vez se lucha por lo imposible”

MAX WEBER¹

1. INTRODUCCIÓN

Venturi pertenece a esa generación de juristas fundacionales de los modernos sistemas de Seguridad Social construidos a partir de la Segunda postguerra mundial. Su principal obra refleja a la perfección ese propósito y encuadramiento histórico-jurídico y social: “I fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale”², la cual tendría –desde la fecha de su publicación– un gran impacto no sólo en Italia, sino también en otros países europeos, incluida España más allá de su traducción tardía al castellano³. Con este libro Venturi se sitúa en la estela de autores –verdadera pléyade de personas comprometidas tras la segunda postguerra mundial con la instauración de la política y el Derecho de la Seguridad Social–, como Pierre Laroque, Paul Durand⁴, Luis Jordana de Pozas⁵, Carlos Martí Bufill⁶, Eugenio Pérez Botija⁷ (los autores españoles tras los pasos de las eminentes figuras que le precedieron

¹ WEBER, M.: “La política como profesión”, en WEBER, M.: *Política y ciencia y otros ensayos de sociología*, trad. C. Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del poder y del Derecho: La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (pp. IX-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2013, pág. 38. También, *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Introducción de Raymond Aron, Madrid, Alianza Editorial, 1967, pág. 179.

² Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1954.

³ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, trad. Gregorio Tudela Cambroner, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

⁴ Sobre él MONEREO PÉREZ, J.L.: “Paul Durand (1908-1960): La Seguridad Social como socialización de las necesidades y factor de transformación social”, en *RDSS Laborum*, núm. 11 (2017), págs. 293 y sigs.

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Luis Jordana de Pozas (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España”, en *RDSS Laborum*, núm. 7 (2016), págs. 227 y sigs.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carlos Martí Bufill (1915-2001): Los fundamentos éticos y científicos de la Seguridad Social en España”, en *RDSS Laborum*, núm. 12 (2017), págs. 289 y sigs.

⁷ VV.AA.: *Eugenio Pérez Botija*, DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017; MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C.: “Eugenio Pérez Botija (1910-1966): La Seguridad Social como Servicio Público en el marco de la política social”, en *RDSS Laborum*, núm. 8 (2016), págs. 267 y sigs.

como José Maluquer y Salvador⁸, Álvaro López Nuñez⁹, Carlos González Posada¹⁰, Severino Aznar y Embid¹¹, entre otros); y todos ellos en la estela de los Informes de William Beveridge¹². Los problemas que se afrontan en la postguerra eran gráfica y expresivamente descritos por William Beveridge¹³ cuando enunciaba los que denominó “tres puntales de la seguridad”, a saber: “Tres son las condiciones esenciales para que exista la seguridad en el mundo después de la guerra. La primera condición es que se implante la justicia en lugar de la fuerza como árbitro entre las naciones. La segunda condición es que tiene que existir una oportunidad razonable de realizar un trabajo productivo para cada individuo en lugar de la desocupación. La tercera condición es que tiene que existir la seguridad de que se tendrán ingresos suficientes para estar a cubierto de la indigencia [y la necesidad] cuando por cualquier razón no se pueda trabajar. Cada una de esas tres condiciones –paz, una tarea mientras se pueda trabajar, ingresos suficientes cuando no se pueda trabajar– es esencial. ¿Cómo pueden conseguirse?”¹⁴. A este interrogante tiene que responder dinámicamente la política del Derecho de la Seguridad Social.

Augusto Venturi, nacido en Pisa el 4 de septiembre de 1905, Doctor en Derecho, fue profesor universitario y abogado de prestigio. Detentó la condición de profesor en la Universidad de Turín, en 1937-1940, como docente de Derecho Corporativo y Derecho del Trabajo. Es de significar que también fue Diputado en la Cámara de los Diputados de Italia.

2. SU APORTACIÓN: LA PRETENSIÓN DE UNA CONSTRUCCIÓN “CIENTÍFICA” DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para Venturi la Seguridad Social es entendida como una “*idée-force*” (“idea fuerza”)¹⁵ vinculada al concepto de “justicia social”; una “idea-fuerza” correctiva de las desigualdades sociales que refleja el estado de civilización en permanente evolución (no se olvide que el principio de progresividad ha inspirado, al menos hasta el momento, el desarrollo histórico de la Seguridad Social)¹⁶. Como era común en la época abierta tras la

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007; *Ibid.*, “José Maluquer y Salvador”, en *RDSS Laborum*, núm. 1 (2014), págs. 335 y sigs.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Álvaro López Nuñez”, en *RDSS Laborum*, núm. 3 (2015), págs. 253 y sigs.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España”, en *RDSS Laborum*, núm. 13 (2017), págs. 313 y sigs.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Severino Aznar y Embid (1870-1959): Política y Seguridad Social desde el Catolicismo Social”, en *RDSS Laborum*, núm. 5 (2015), págs. 261 y sigs.

¹² Véase BEVERIDGE, W.: *Seguro Social y servicios afines*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

¹³ Una exposición de síntesis y contextualizada de su pensamiento, en HARRIS, J.: *William Beveridge: A Biography* [1ª ed. 1977], ed. revisada, Clarendon Press, Oxford (Reino Unido), 1997; VV.AA.: “El Informe Beveridge: sus orígenes y consecuencias”, en *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 45 (1-2), 1992; MONEREO PÉREZ, J.L.: “William Henry Beveridge (189-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social”, en *RDSS Laborum*, núm. 4 (2015), págs. 277 y sigs., y la bibliografía en ellos citada.

¹⁴ BEVERIDGE, W.: *Las bases de la Seguridad Social* (1943), versión española de Teodoro Ortiz, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1946, pág. 244.

¹⁵ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), trad. Gregorio Tudela Cambroner, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, pág. 274.

¹⁶ Paradigmáticamente, el art. 12 (“Derecho a la Seguridad Social”) de la Carta Social Europea Revisada de 1996, en el que se establece que “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: [...] 3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social”. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12) en la Carta Social Europea”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de*

(...)

segunda postguerra mundial, la Seguridad Social era considerada como un derecho humano fundamental consagrado en el programa político y jurídico de la Carta Atlántica de 14 de agosto de 1941 e incorporado después como tal en las grandes Declaraciones, Pactos y Convenios Internacionales sobre los derechos humanos. Este reconocimiento reforzó el avance en la instauración de las nuevas políticas de Seguridad Social y las consiguientes reformas legislativas en esta materia en una línea de superación de los límites detectados en las técnicas propias de los seguros sociales tradicionales¹⁷.

Venturi realzó la importancia del reconocimiento de los grandes principios de la Seguridad Social y su materialización en los modernos sistemas de Seguridad Social. Él –en la estela dominante en su época– había configurado la Seguridad Social en un sentido muy amplio entendiéndola como el conjunto de instituciones a través de las cuales el Estado garantiza la liberación de las situaciones de necesidad, garantizando a todos los ciudadanos los medios mínimos considerados indispensables para la subsistencia. Pero esta noción fue criticada por su excesiva amplitud. Si bien dicha configuración sí refleja las concepciones político-sociales que están en la base del fenómeno y de la misma institución, no es idónea para individualizar su noción técnico-jurídica. De ser así, la Seguridad Social asumiría un contenido demasiado amplio para tener un significado preciso en el ámbito de lo jurídico¹⁸.

Pero esa consideración en el plano de la “política” de Seguridad Social es importante porque enfatiza que la Seguridad Social –al asegurar las condiciones de una existencia digna de la persona– constituye una base fundamental para la efectividad –el pleno ejercicio– de todos los derechos fundamentales de la persona. Y es que para Venturi la Seguridad Social articula una protección que se realiza a través del principio de solidaridad de toda la colectividad organizada¹⁹ conforme a las previsiones constitucionales y al estándar mundial conformado por los grandes textos y normas internacionales en la materia. Para ello era absolutamente necesaria la intervención del Estado, creando sistemas obligatorios²⁰ contra determinados riesgos sociales y situaciones de necesidad, cuya evolución determinó, primero, la cristalización de la previsión social, y después en un sistema evolucionado y transfigurado de la protección social selectiva a través de los sistemas modernos de Seguridad Social. Éstos atienden, en la larga duración, tanto a la noción de riesgo social como a las situaciones de necesidad social y políticamente relevantes para la colectividad más allá del riesgo originador de las mismas. Se trata de una expresión del principio o idea fuerza de la solidaridad social. Pero la solidaridad expresada en términos de Seguridad

Derechos Humanos y la Carta Social Europea, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 629 y sigs.

¹⁷ PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social* (1965), trad. y Estudio preliminar (pp. 7-30), a cargo de José Vida Soria, Ed. Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1965, págs. 44 y sigs. (“La nueva concepción de la Seguridad Social”).

¹⁸ Paradigmáticamente, PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social* (1965), cit., págs. 60 y sigs., según el cual. “Si se acogiera tan amplia concepción de la Seguridad Social, a ella deberían necesariamente reconducirse todas las varias y múltiples actuaciones del Estado dirigidas a superar las situaciones de necesidad” (Ibid., 61-62).

¹⁹ Para el significado político-jurídico de la solidaridad en el contexto del reformismo europeo y español, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España*, Granada, Ed. Comares, 2007, págs. 143 y sigs.

²⁰ Para Venturi la Seguridad Social es esencialmente obligatoria. VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), trad. Gregorio Tudela Cambronero, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, pág. 260, y ampliamente capítulo VII, págs. 261 y sigs.

Social, con su lógica redistributiva, exigía una conciliación de intereses y lógicas de poder (estabilidad, orden, paz social, reconocimiento de la existencia de una sociedad fragmentada en grupos con distintos recursos, una reasignación de los recursos disponibles, un derecho a la Seguridad Social como derecho social de “desmercantilización” pública, etcétera) que siempre han estado presentes en los procesos de reforma social. Esta concepción de la Seguridad Social como solidaridad estatalmente organizada y cristalización o materialización del principio de justicia social supera en sí misma la concepción tradicional del liberalismo individualista del “Estado mínimo” de seguridad, pues la Seguridad Social contribuye a realizar los principios de solidaridad e igualdad y actúa como precondition necesaria para el disfrute efectivo de los derechos de libertad.

Según Venturi en materia de protección frente a los riesgos sociales se ha producido una transición evolutiva del sistema de seguro social a un sistema distinto y más amplio, el de Seguridad Social²¹. Ésta hace referencia a un ordenamiento jurídico inspirado en principios innovadores, destinado a operar en el mismo campo en el que actuaban los sistemas de asistencia pública y de seguro social (Ibid., 261). Venturi recuerda la función civilizatoria de la instauración de los modernos sistemas de Seguridad Social: Roosevelt y Churchill elaboraron la “Declaración de principios comunes para el futuro orden mundial”, que es conocida con el nombre de Carta Atlántica, de 14 de agosto de 1941, en cuyo punto quinto se auspicia “la mayor colaboración con el campo económico entre todas las nacionales con el fin de garantizar a todos sus mejores condiciones de trabajo, progreso económico y *seguridad social*”. De ahí a su configuración como un derecho humano fundamental en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, en cuyo art. 22 se afirma que “todo individuo, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social. Y ello en virtud del esfuerzo nacional y de la cooperación internacional, teniendo en cuenta la organización y los recursos de cada Estado. La materialización de esta derecho se opera ante todo con el Convenio OIT, núm. 102, de 28 de junio de 1952, relativo a la norma mínima de la Seguridad Social (Ibid., 267-271).

Pero para Venturi la Seguridad Social es ante todo esa “*idée-force*” que refleja la aspiración hacia una vida más segura y digna. Una liberación de la necesidad garantizada por el Estado. Pero también la Seguridad Social designa un determinado ordenamiento; se refiere al instrumento a través del cual los propios ordenamientos se proponen alcanzar sus fines sociales; y precisamente, a la finalidad que intenta conseguir este tipo de ordenamiento. Venturi subraya que esta significación trasciende la mera cuestión terminológica: se mantiene para indicar un cambio de orientación, en virtud del cual un plan de acción social se escribe en función de su finalidad y no en función de un determinado instrumento²². En una dimensión más macroeconómica y social, la Seguridad Social enlaza –sin confundirse con ella– con la noción de reforma o del bienestar económico. Nuestro autor hace notar que realizar “una reforma de la organización social, cualquiera que sea la ideología que la modela, o dar vida a uno de los diversos esquemas del *welfare state* sin un sistema de Seguridad Social resulta hoy impensable; pero, en todo caso, este último no constituirá más que un elemento de un programa más amplio. La reforma social no puede tener por fin más que la elevación del nivel de vida de las clases menos afortunadas realizando el “principio de

²¹ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), trad. Gregorio Tudela Cambroner, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, pág. 260, y ampliamente capítulo VII, págs. 261 y sigs.

²² VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), cit., págs. 274 y sigs.

justicia social”. Para Venturi: el fin general de la Seguridad Social es proteger públicamente al individuo de las vicisitudes de la vida, es decir, de las consecuencias dañosas derivadas de acontecimientos cuyo acaecimiento resulte incierto, así como el momento en el que o durante el cual podrían verificarse. Frente a tales acontecimientos la sociedad, prestando una protección dirigida a prevenirlos o a reparar sus consecuencias a través de una adecuada organización, ofrece “seguridad” al individuo, esto es, la liberación de las preocupaciones, inquietudes, ansiedad, alarma e incerteza. Aunque ese esfuerzo resulta ser siempre limitado porque no puede garantizarse la seguridad absoluta al individuo a través de ningún esfuerzo ni individual ni colectivo, ni improvisado ni previsto²³.

Entiende Venturi que la concepción moderna de la Seguridad Social asume la idea solidarista, conforme a la cual “la sociedad tiene el deber y el derecho de intervenir en favor del individuo en el caso de acontecimientos de carácter general y típico, que se producen como consecuencia de la desfavorable alteración en el equilibrio entre necesidades y medios para satisfacerlas”. Por tanto, la “seguridad” que la sociedad tiende a garantizar al individuo consistirá, por un lado, en medidas idóneas para conservar cierta estabilidad de renta y, por otro, en medidas que aseguren la satisfacción de necesidades que surgen como consecuencia de la verificación de determinados acontecimientos, incluso cuando el nivel de renta no lo permitiese o lo permitiera tan sólo a través de un gran sacrificio. Estima Venturi que la Seguridad Social comprende esencialmente una actividad legislativa a través de la que se reconoce a los individuos miembros del conjunto social el derecho a las prestaciones cuya responsabilidad asume la colectividad; una legislación de la que surgen derechos subjetivos públicos individuales a prestaciones públicas concretas. En este sentido, se predispone un ordenamiento jurídicamente definido, normativamente acotado, dotado de coherencia intrínseca y de cierta homogeneidad (Ibid., 278-280).

Por otra parte, según Venturi la Seguridad Social presenta una *impronta ética*. En efecto, el carácter fundamental de la Seguridad Social –aquel que constituye su principio generador y así hace que ésta, incluso cuando se sirve de elementos técnicos o jurídicos preexistentes, los transforme y renueve– es en su original impronta ética. Desde la misma expresión que lo designa, el nuevo sistema normativo e institucional se manifiesta dominado por el fin que se encuentra llamado a realizar, más que por la naturaleza de los medios utilizados, como sucede con el seguro social y en la asistencia. Y este fin es original e innovador en la medida en que sustituye al concepto de la mano pública piadosa que socorre al indigente (beneficencia pública) y al de una política social dirigida a una determinada clase (seguros sociales de los trabajadores), por el principio de la obligación universal de garantizar a todo ser humano la protección contra las consecuencias dañosas o perjudiciales que derivan de eventos de la vida individual, familiar o colectiva. En esto Venturi entronca explícitamente con la doctrina social de Iglesia (Ibid., 285 y 287, con citas de las “Semanas Sociales de los católicos italianos”). Pero también –y todavía más significativamente– con las elaboraciones normativas emanadas de la OIT, cuando afirma que la Seguridad Social moderna “fija la responsabilidad para la conservación del capital humano mediante prestaciones preventivas y reparadoras y la garantía de un mínimo vital en los casos de cesación o reducción de las rentas percibidas –así como para la reconstrucción del propio capital humano– a través de subsidios familiares, prestaciones por matrimonio y por

²³ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), cit., págs. 276-277.

maternidad –venciendo la dificultad de la procreación”²⁴. Implica una “responsabilidad social”, sin límites de clase o de naturaleza de los riesgos, la cual presupone nuevas relaciones entre el Estado intervencionista en esfera social y los ciudadanos (Ibid., 285-286). Subyace a todo ello la finalidad de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como fundamento ético de la Seguridad Social y la concepción de la Seguridad Social como manifestación de la justicia social²⁵.

La diferencia de la Seguridad Social con la técnica del seguro social es cualitativa: “Mientras que en el seguro social la competencia que asume el Estado es sustancialmente la de usar su potestad de imperio para hacer obligatoria la creación de organismos que tienen vida autónoma y se financian por quienes pertenecen a los mismos grupos sociales que son beneficiarios (los trabajadores e, indirectamente, sus empleadores), no siendo el Estado partícipe de la gestión y de las cargas salvo en casos especiales y en medida accesoría, la Seguridad Social impone al Estado asumir otra posición institucional (y singularmente activa), porque el entero ordenamiento de la Seguridad Social se identifica con el propio Estado, no ya sólo como legislador, sino como *responsable directo de la que se torna una nueva función suya* (Ibid., 286).

3. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS FUNDAMENTOS

Venturi se interroga sobre cuáles son los *nuevos principios que determinan los caracteres propios del ordenamiento jurídico* de que se trata. Para él, los nuevos principios que caracterizan a la Seguridad Social son principalmente los siguientes²⁶:

1º. En relación al *objeto*, rige el principio de globalidad, en tanto que el objeto de la Seguridad Social tiende a incluir la eliminación, total o parcial, de los daños derivados de la desfavorable alteración del equilibrio entre necesidades y rentas de cada individuo, independientemente de la diversa naturaleza de los acontecimientos que lo causan. Para Venturi “el principio de globalidad es consecuencia lógica del propio concepto de seguridad social, que postula la liberación de todo individuo –y, por tanto, de toda familia– de las preocupaciones generadas por las vicisitudes de la vida, “desde la cuna a la tumba” (expresión formulada en el Informe Beveridge²⁷) (Ibid., 290 ss.).

2º. Respecto al *campo de aplicación subjetivo* de la Seguridad Social, rige el principio de universalidad, en la medida en que tiende a identificarse con el conjunto de la población, reconociendo igual derecho a la protección a todo individuo que resida en la nación, sin limitaciones o discriminaciones de clase. El principio de universalidad le atribuye

²⁴ Cfr. B.I.T.: “Les tendances de la Sécurité Sociale dans l’ après-guerre”, en *Rev. Int. Trav.*, 1949, pág. 87.

²⁵ Ampliamente, sobre ese fundamento ético, sus implicaciones y la conexión entre Seguridad Social y teoría de la justicia social, BUENA CEBALLOS, Ó.: *El derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores*, Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 3 y sigs., y 98 y sigs., y bibliografía allí citada; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 515-541.

²⁶ Cfr. VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, cit., págs. 287-288.

²⁷ BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge* (1942), trad. C. López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, págs. 6 y sigs.

la amplitud del campo de aplicación que, abandonando cualquier criterio limitativo, comprende a todo ser humano. Con ello se supera nuevamente las limitaciones intrínsecas de la técnica del seguro social, pues, en efecto, la extensión del campo de aplicación de la Seguridad Social al conjunto de la población constituye un carácter diferencial sustancial en comparación con el paradigma del seguro social (Ibid., 338 ss.).

3°. En relación con las *prestaciones dispensadas*, rige el *principio de igualdad*, en la medida en que la Seguridad Social tiende a asegurar a todos los miembros de la población beneficios iguales, es decir, el derecho a iguales medidas de prevención si es posible y deseable, el derecho a las mismas medidas de reintegración siempre y cuando ésta sea realizable, y el derecho, en los casos de cesación de renta, cualquiera que sea el alcance, naturaleza y origen de esta última, a una renta de sustitución establecida para todos en un tipo uniforme, equivalente al “mínimo nacional” (Informe Beveridge) que las exigencias de la vida requieran y las condiciones de la economía permitan. Entiende Venturi la Seguridad Social, para alcanzar su objetivo, ha de llevar a cabo una acción que reúna la prevención, la recuperación y el resarcimiento. A este triple orden de actuaciones han de corresponder prestaciones adecuadas. Las prestaciones dirigidas a una acción preventiva se sustentan esencialmente en la asistencia sanitaria. La Seguridad Social, para poder garantizar la consecución de este fin en condiciones de igualdad para todos los miembros de la población, tiende, más que a pagar las denominadas prestaciones indirectas, esto es, el reembolso de los gastos soportados individualmente, a adoptar el método de las prestaciones directas (Ibid., 350 ss.).

4°. En lo relativo a los *medios financieros* necesarios para la Seguridad Social, rige el *principio de solidaridad general*, en virtud del cual se tiende a que los medios destinados a la protección que cubre al conjunto de la población se aporten por todos los miembros de la sociedad, en base a su capacidad contributiva e independientemente de intereses concretos en el campo de las prestaciones, así como de particulares responsabilidades en el campo de las contingencias por las que aquéllas resulten exigibles. Considera Venturi que el principio de solidaridad general, en el que se inspira la provisión de los medios financieros para la seguridad social, constituye una exigencia lógica y, a la vez, moral. Efectivamente, si, conforme al principio de universalidad, la protección de la Seguridad Social se extiende a toda la población, y, de acuerdo con el principio de globalidad, tiende a cubrir todos los riesgos típicamente ligados a la existencia humana, con independencia de su origen profesional o común, los medios necesarios para proporcionar dicha protección, manifestación de un deber social –que incumbe organizar y gestionar al Estado–, deben procurarse por todos los miembros de la sociedad (Ibid., 388 ss.). Para Venturi la Seguridad Social realiza, así, la solidaridad institucionalizada, es expresión de la idea de solidaridad en el ámbito de la protección social.

5°. En lo concerniente al *régimen de financiación* del ordenamiento de la Seguridad Social, el *principio de solidaridad entre generaciones*, en virtud del cual se tiende a que cada generación activa proporcione protección, tanto a la generación que aún no se encuentra en edad de participar en la vida económica, como a la que ya ha concluido dicha participación, de modo que ya no tiene razón de ser la capitalización y la formación de reservas técnicas. El principio de solidaridad entre generaciones caracteriza el régimen financiero de la Seguridad Social, de igual modo que el principio de solidaridad entre todos los miembros de la colectividad caracteriza su financiación. Podría decirse que el primero opera en la dimensión

temporal, mientras que el segundo opera en la espacial. La globalidad del objeto, la universalidad del ámbito de aplicación, la igualdad de las prestaciones implican que cualquier ordenamiento de la Seguridad Social deba abandonar no sólo los métodos usados por el seguro social para procurarse medios financieros, sino también el régimen con el que se atiende a que los medios financieros equilibren en el tiempo las obligaciones (Ibid., 402 ss.). Venturi apostó –como otros teóricos de la época– por el sistema financiero de reparto frente al sistema de capitalización.

Al tiempo la proyección universalista de la Seguridad Social conduciría presumiblemente en el futuro del método contributivo a la expansión del método impositivo²⁸. Es la línea del Derecho Social publicista (en sentido vertical, por contraposición al horizontal creado por la autodeterminación jurídica de los grupos sociales)²⁹, que conduce, según piensa Venturi, a un perfeccionamiento de la Seguridad Social como “*servicio público*” creado por el Estado, que genera en el ciudadano determinados derechos públicos subjetivos accionables por la recepción de determinadas prestaciones al verificarse contingencias previstas, en virtud de normas legales y reglamentarias. Esos derechos no se atribuyen tan sólo a quien pertenezca a un círculo delimitado de personas, sino a cualquiera que forme parte de la población residente dentro del Estado.

6º. En lo que respecta a los *órganos u organismos públicos* de la Seguridad Social, rige el *principio de unidad*, consecuencia natural de la globalidad del objeto de la Seguridad Social, de la universalidad de su campo de aplicación y de la solidaridad que lo convierte en obligación del conjunto de la colectividad organizada, por lo que se tiende a reconocer la necesidad de que su gestión constituya responsabilidad directa y exclusiva del Estado. El principio de unidad afirma la exigencia de que la gestión de la Seguridad Social, en lugar de dividirse en entes distintos, se asuma por un único organismo apto para obligar y representar al conjunto de la colectividad nacional. Dicho principio deriva como consecuencia natural de la globalidad del objeto de la propia Seguridad Social, de la universalidad de su ámbito de aplicación y de la solidaridad entre todos los ciudadanos y entre las siguientes generaciones, que garantizan los medios de vida. La realización de la unidad puede considerarse el elemento esencial surgido como consecuencia de la evolución de la política social de todos los países a partir de la postguerra mundial. Evidentemente, las consecuencias de la unificación jurídica, administrativa y financiera se muestran ventajosas también en el terreno práctico de la eficacia y de la economía, sin que ello vaya en detrimento del carácter ético social de la actividad de la Seguridad Social. Piensa Venturi que a la unidad de gestión de la Seguridad Social que se realiza por obra del Estado contribuye una adecuada descentralización administrativa, tanto funcional como técnica. Los límites dentro de los cuales ha de mantenerse dicha descentralización, para evitar el peligro de que visiones unilaterales de los problemas de la protección social puedan prevalecer a nivel administrativo

²⁸ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, cit., Cap. VIII, epígrafe 4.

²⁹ Para la fundamentación subyacente a dicha distinción, véase GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, traducción, edición y estudio preliminar, “Pluralismo jurídico y Derecho Social: la sociología de Gurvitch” (pp. XV-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001, espec., Tercer Sección (“La ‘soberanía’ y las relaciones de los diferentes ordenamientos jurídicos con los del Estado”), págs. 196 y sigs.; *Ibid.*, *La idea del Derecho Social*, traducción, edición y estudio preliminar (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005, capítulo III (“Las especies del derecho social; los problemas que esta noción está llamada a resolver”), págs. 53 y sigs.

por encima de la visión unitaria del interés general, constituyen una cuestión que ha de resolverse por cada Estado atendiendo a su amplitud, densidad de población, desarrollo de los medios de comunicación, extensión y modalidad del programa de Seguridad Social adoptado, condiciones de desarrollo cultural y económico, así como a las tradiciones y mentalidades del pueblo (Ibid., 412 ss.).

Pero estos principios sería simples principios ético jurídicos, sino fueran incorporados al Derecho positivo para hacerlos realidad normativa. En efecto, entiende que los principios generales que se derivan del concepto de Seguridad Social y que, en consecuencia, adolecen necesariamente de cierta abstracción, *adquieren importancia concreta y operativa en el momento en que se traducen en elementos estructurales y en normas de Derecho positivo*, imprimiendo así sus específicos caracteres al ordenamiento jurídico, técnico y administrativo de la Seguridad Social³⁰. A partir de esta premisa de *positividad* o positivización de los principios informadores de la Seguridad Social, Venturi realiza un metódico análisis de la poliédrica construcción legislativa del ordenamiento de la Seguridad Social. Desde su premisas “cientifistas” y fundacionales de la Seguridad Social, considera que el resultado del análisis será “un modelo de ordenamiento de la Seguridad Social y de su forma de actuar, que, aunque no podrá resultar absolutamente completo y definitivo en sus particularidades, necesariamente será coherente y podrá compararse de forma útil con las realizaciones concretas ya surgidas en el mundo, como nos enseña la experiencia comparada; permitirá estudiar las relaciones esenciales del ordenamiento de la Seguridad Social con el ordenamiento jurídico general; permitirá analizar el complejo problema de las consecuencias de la Seguridad Social sobre la vida económica, el orden políticas y las mentalidades (Ibid., 289 ss.).

En cualquier caso, aunque se puede contrastar el modelo construido racionalmente a través de los datos de la experiencia, en el fondo los planes nacionales no se corresponden totalmente con el modelo (que no deja de ser un tipo-ideal maxweberiano), pero se trata de una consecuencia inevitable derivada del hecho de que la seguridad social tiende a superar y sustituir la asistencia pública y el seguro social a través de un proceso evolutivo que, en cada Estado se estimula, refrena y dirige de forma diferente, en función de las tradiciones, del lugar y del juego de fuerzas políticas (Ibid., 420 ss.).

Es de realzar que Venturi adopta un enfoque interdisciplinar que le conduce a distintas formas de observación de esa “idea-fuerza” y ese fenómeno civilizatorio que es la Seguridad Social: la Seguridad Social en el orden jurídico, indagando sobre su naturaleza jurídica y su ubicación en el sistema jurídico general; la Seguridad Social en el orden económico analizando las consecuencias económica de un ordenamiento de Seguridad Social, sus efectos redistributivos de renta (acción redistributiva), el bienestar económico, etcétera (Ibid., 533 ss., y 594 ss.); y asimismo la Seguridad Social en el orden moral, abundando en los derechos y deberes de la persona (y al servicio del desarrollo de su personalidad), la Seguridad Social *como condición necesaria del progreso social* (Ibid., 765 ss.). Para ello hay que tener en cuenta que la Seguridad Social es “sólo una parte de una política general de progreso social”³¹.

³⁰ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, cit., pág. 289.

³¹ BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge (1942)*, trad. C. López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pág. 6.

1º. Respecto a la consideración de la Seguridad Social en el orden jurídico, entiende Venturi que la Seguridad Social no sólo representa un ideal más o menos definido, cuyo estudio técnico pueda corresponder a la sociología y a la política, sino que constituye un *ordenamiento concreto, capaz de sustanciarse en normas positivas y relaciones jurídicas dotadas de carácter unitario y coherente y actualmente sometido en un mayor número de Estados a examen empírico*. Si es así que se plantea el problema de establecer, en base a la naturaleza de este ordenamiento tal y como se deriva de la investigación científica sobre los caracteres que le son propios, la posición que ésta asume en el sistema jurídico preexistente. Piensa Venturi que el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, como todos los que constituyen un instrumento para la intervención reguladora del Estado –cada vez más extendida en el mundo moderno– se encuentra íntimamente unido al Derecho positivo, del que es exclusiva creación. Y el Derecho positivo, en la legislación social, asistencial y económica, en lugar de limitarse a garantizar y contener relaciones jurídicas entre particulares dominadas por la voluntad privada, introduce normas de actuación para realizar fines que el Estado se propone para el bienestar físico o económico y para el progreso moral e intelectual de la población (Ibid., 533 ss.).

Es un Derecho muy apegado a la realidad existente, pero también un Derecho en constante evolución, y, por tanto, siempre necesitado y sometido a sucesivas reformas *de lege ferenda* para asumir su función típica. Existiendo siempre una controversia *de iure condendo* respecto al Derecho que debería ser formulado o creado en cada momento en el plano de la política legislativa.

Además, dado que la Seguridad Social se resuelve en la satisfacción de prestaciones básicas (que se resuelven en la transferencia o disposición de recursos económicos) a los individuos en determinadas situaciones jurídicamente relevantes, es sector del orden jurídico está fuertemente condicionado por poder de disposición de los medios financieros oportunos.

Al tiempo estamos –según viene a decir Venturi– ante un Derecho nuevo, que se halla dotado de propia individualidad y autonomía científica, al que resulta imposible o arbitrario extender mecánicamente los métodos de investigación jurídica, los principios generales indiferenciados, los esquemas propios de las demás ramas del Derecho. Para él, la doctrina jurídica tiene como tarea específica el tratamiento sistemático de cada uno de los ordenamientos jurídicos a través de los que se realiza la moderna actividad social del Estado, y, en tal tarea, es preciso que se mantenga alejada de todo prejuicio negativo hacia el reconocimiento de las interrelaciones entre el derecho viejo y el nuevo, así como de cualquier pretensión de acomodar forzosamente los institutos y categorías nuevas a los rígidos esquemas de los antiguos. Pero todo paso dado hacia una sistematización orgánica y unitaria de la materia resultará precioso porque, si bien es cierto que cada rama de la legislación social, asistencial, o económica, es sustancialmente un *hecho político jurídico*, también es cierto que la voluntad política no se traduce en acción más que transformándose en Derecho positivo y que, esta transformación alcanza resultados tanto más útiles cuanto más madura es la elaboración jurídica de la materia analizada (Ibid., 535-536). En este sentido Venturi asume una posición propia del normativismo realista respecto al Derecho de la Seguridad Social que –en el fondo como todo sistema de Derecho– se encuentra vinculado y condicionado a las decisiones políticas de fondo a él subyacentes. Ya decía Ihering que el fin es la base explicativa del Derecho: el Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin; la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo. Y “esta lucha durará

tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea³². El Derecho –y en particular aquí el Derecho de la Seguridad Social– encierra en sí una antítesis entre el fin y el medio, por lo que el conflicto entre fines sociales y medios políticos y económicos para alcanzarlos está servido y es persistente en toda etapa histórica.

Para Venturi la Seguridad Social adquiere el carácter de un *servicio público* cuya financiación se asegura por el Estado a través del uso normal del instrumento del impuesto. Ahora bien, observa, no puede agotarse el análisis de la naturaleza jurídica de la propia Seguridad Social. Esta última, en efecto, aunque presente caracteres comunes a los restantes servicios públicos, posee *elementos peculiares propios* que hacen referencia tanto a su función como a su estructura peculiar³³ y que son importantes también desde el punto de vista estrictamente jurídico. En su opinión la Seguridad Social no es cualquier actividad pública dirigida a fines sociales, al bienestar público: es un ordenamiento jurídico cuyo fin no es el de cubrir todas las causas de necesidad, sino exclusivamente las necesidades “eventuales”, lo que es tanto como decir necesidades determinadas por la verificación de un riesgo. Por tanto, según Venturi, la Seguridad Social es seguridad de “riesgos”, es decir, la Seguridad Social tiene la función típica de cubrir las consecuencias de la verificación de riesgos actualizados. Pero si esta afirmación es exacta, a la Seguridad Social ha de reconocérsele, al igual que al seguro contractual y social, una *función indemnizatoria* (Ibid., 597-602). Y señala que frente a esta conclusión apuntan los autores de la teoría que contraponen la necesidad al riesgo, como fundamento de la Seguridad Social. Afirman que ésta no cumple una función indemnizatoria, de alivio de un daño, sino, por el contrario, una función de socorro de la necesidad (Santoro-Passarelli; Pierre Laroque). Para Venturi, con Levi, esta afirmación no está fundada, pues no existe una contraposición entre “riesgo” y “necesidad” cuando está última sea reconocida como “eventual” (condicional). Concluye indicando que la Seguridad Social realiza, en la realidad jurídica, un traslado de los riesgos del individuo a la colectividad públicamente organizada. Y esto le lleva a afirmar, problemáticamente, que el Estado, creando un ordenamiento de Seguridad Social, cumple una función de naturaleza aseguradora, pero, más particularmente, de mutualidad aseguradora teniendo en cuenta que el concepto de mutualidad no es propio exclusivamente del Derecho privado. Es así que, piensa Venturi, a través de la Seguridad Social, “la mutualidad aseguradora se extiende hasta crear una *Gefahrengemeinschaft* entre todos los miembros de la máxima comunidad jurídica territorial que reparten entre ellos su propia carga: la función del ente mutualístico se asume directamente, que proporciona las prestaciones y recibe las cotizaciones”. Con ello, el Estado aparece “como una gran asociación mutualista” (Ibid., 602-607).

Pero resulta harto discutible –visto desde la perspectiva actual de un sistema de garantías multinivel del derecho a la Seguridad Social³⁴– su afirmación en el sentido de que

³² IHERING, R. v.: *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (pp. VII-XXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008, pág. 31.

³³ Estos se consideran analíticamente en los capítulos VI y VIII de VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, cit.

³⁴ Puede consultarse al respecto MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12) en la Carta Social Europea”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*. (...)

“no parece sostenible la existencia de un derecho subjetivo, de carácter general, a la Seguridad Social: el objeto del presunto derecho –Seguridad Social– no tiene contornos intrínsecamente determinados y precisos, de modo que no cabe una protección jurídicamente definida: el modo de protección resulta indeterminado; el sujeto o los sujetos activos de la propia protección no se encuentran señalados. En consecuencia, cuando las normas constitucionales proclaman un derecho de los ciudadanos a la Seguridad Social no dan vida a una relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos... En consecuencia, no puede hablarse de un derecho fundamental a una genérica Seguridad Social, sino de derechos a concretas prestaciones individuales, condicionados a la verificación de concretas contingencias; derechos cuya fuente ha de buscarse en normas de la legislación expresa y en los correspondientes reglamentos administrativos” (Ibid., 616).

En la perspectiva del encuadramiento en el ordenamiento jurídico general, considera Venturi que la Seguridad Social no pertenece al Derecho del Trabajo, respecto del cual se encuentra excluida “a priori” a la vista de la universalidad de su campo de aplicación y de la consiguiente inexistencia de referencias a la relación de trabajo (Ibid., 617 y 619, ampliamente, núm. 248, coincidiendo en esto con Rouast y Paul Durand). Con todo, sin desconocer los vínculos históricos y funcionales existentes entre ambos sectores diferenciados del ordenamiento jurídico general. Por otra parte, el Derecho de la Seguridad Social pertenece, sin duda, a la esfera del Derecho público (Ibid., 618, coincidiendo en esto con Pierre Laroque). Pero ciertamente hay que ir más allá afirmando que el Derecho de la Seguridad Social es una típica expresión y manifestación de la forma de Estado Social de Derecho, en cuyo marco encuentra su especificidad superadora de distinciones formalistas entre las esferas de “lo público” y de “lo privado”.

2º. La Seguridad Social adquiere una particular relevancia en el ámbito del sistema económico. Venturi realiza un profundo análisis de los efectos directos de la recaudación de los medios que lleva a cabo la Seguridad Social, y asimismo de los efectos directos de la distribución de los recursos por parte de la Seguridad Social, también en relación con las economías privadas y la hacienda pública. Importa subrayar cómo Venturi asume los postulados de William H. Beveridge (coincidiendo con autores como Paul Durand o Carlos Martí Bufill, y la misma OIT), indicando que un aspecto de la política económica que se ha entendido especialmente como presupuesto indispensable para la actuación de un programa de Seguridad Social es el constituido por las medidas adecuadas de mantenimiento de una situación de pleno empleo. Esta convicción sobre la indispensable conexión entre la realización de un ordenamiento de Seguridad Social y la realización de un estado constante de pleno empleo se ha ampliado posteriormente y está autorizadamente compartida, añadiendo, al respecto, que esta tesis se basa en una verdad evidente, es decir, que es mejor prevenir las contingencias dañosas o perjuicios que reparar sus consecuencias lesivas (Ibid., 760).

3º). En lo que concierne a la dimensión de la Seguridad Social en el orden ético o moral, distingue entre los aspectos éticos positivos de la Seguridad Social de su fundamentación en el plano propiamente moral. Para Venturi los aspectos éticamente positivos se resumen principalmente en una manifestación social del principio de justicia y, más precisamente, en una progresiva consolidación de la justicia distributiva, junto y por

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 629 y sigs.

encima de la justicia conmutativa (que es la propia de los esquemas contractualistas del seguro conforme a los presupuestos que estrictamente dominan en el Derecho privado), que se lleva a cabo a través de la aportación convergente de la función aseguradora pública de la Seguridad Social, que opera en la cobertura de los riesgos típicos de la vida humana, y de su naturaleza mutualista, que opera a través de la distribución de las cargas según la capacidad para sostenerlas.

El carácter positivo de la valoración moral de estos aspectos de la Seguridad Social parece tan obvio, por otra parte, aunque tiene que llevarse a cabo una crítica de la crítica sobre la vertiente estrictamente moral. En este sentido, según Venturi no existe una contradicción o contraposición entre protección social y esfera de libertad individual; la libertad es conciliable con la seguridad al mismo tiempo. Efectivamente, un ordenamiento de Seguridad Social convenientemente analizado y fielmente actuado puede garantizar seguridad y libertad. De manera que se puede concluir que desde el punto de vista práctico no está justificado contraponer la protección social y la libertad como dos valores entre los que se imponga una elección por ser recíprocamente incompatibles y destinados a disgregar la vida social. Por el contrario, ambas pueden simultanearse recíprocamente y subsistir armónicamente en una organización social racional.

Igualmente, la Seguridad Social no es incompatible con la responsabilidad e iniciativa individuales. Ahora bien, al liberalismo social de Venturi (en la dirección postulada por William Beveridge³⁵) subyace una cierta reserva sobre el alcance de la protección dispensadas cuando afirma que “el elemento indispensable para que la Seguridad Social sea motivo de progreso, en lugar de serlo de estancamiento, es que la protección que ofrece alcance, pero no supere, el nivel por encima del cual repercutiría negativamente sobre el estímulo de la iniciativa individual, el espíritu de ahorro, el sentido de responsabilidad personal del individuo, reduciendo el esfuerzo que cada uno debe seguir llevando a cabo para garantizarse a sí mismo y a su familia algo más del mínimo que la ley asegura a todos” (Ibid., 765 ss., en particular 788).

En todo caso, para él la Seguridad Social es enmarca en el proceso de civilización. Evidentemente, observa, la Seguridad Social no es la única respuesta a los complejos interrogantes que gravitan sobre la vida de las sociedades modernas (de nuevo con William Beveridge). Pero sí que puede considerarse como condición necesaria –aunque no suficiente– para que puedan hacerse frente a los posteriores problemas dimanantes del *progreso social*. La Seguridad Social es, pues, la condición necesaria del progreso y de la justicia social. Y es que para él en todo “Estado civilizado” el problema de dotarse de un ordenamiento de Seguridad Social puede resolverse con pleno éxito, siempre que se respeten dos condiciones principales: que la ejecución se adecúe a exigencias técnicas y no sobrepase los determinados por los recursos económicos disponibles, por un lado, y por otro, que el pueblo, en su conjunto, posea un suficiente sentido de sociabilidad y de responsabilidad (Ibid., 788-790).

En realidad Venturi asumen el objetivo de humanización de la política de Seguridad Social. Ello supone dar cuenta de la dimensión finalista de la institución. El hombre debe ser

³⁵ BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios sociales afines. Informe de Lord Beveridge* (1942), trad. C. López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, págs. 6 y sigs.

sustraído al libre juego de las fuerzas del mercado respecto de las situaciones de necesidad que amenazan su existencia humana. La política de Seguridad Social debe ser un esfuerzo de creación continua para la mejora de las condiciones de vida y la distribución de la parte del progreso social según el estado de civilización (función de cobertura y función redistributiva). Éste parece ser el sentido de la política de Seguridad Social tal como se configura en los textos internacionales y en las constituciones nacionales insertas en la tradición del constitucionalismo democrático-social. La Seguridad Social se inserta en ese proceso de larga duración (“historicidad”) que conocemos ya como “proceso de civilización”³⁶, que moldea nuestras vidas en el marco de la organización social mostrando también las ambivalencias de la dinámica de la civilización en la modernidad (también en la modernidad tardía o, si se prefiere, “postmodernidad”).

Desde este punto de vista, es necesario identificar los fines de la Seguridad Social desde la perspectiva específica que le es propia en un Estado Social de Derecho, esto es, la liberación de los individuos de las situaciones de necesidad y, a través de ella, la garantía de su integración plena en la sociedad democrática. Y esto conviene no olvidarlo ante las trayectorias divergentes actuales que cuestionan el Estado del Bienestar solidario (comprometido con la garantía de ingreso para una existencia digna, con la igualdad de oportunidades y la garantía del pleno empleo de calidad) y apuestan por su sustitución por un Estado del Bienestar de carácter residual y de mínimos, orientado preferentemente al servicio de las exigencias del mercado y de la competitividad de la economía (“Estado de mercado” o “Estado postsocial”). Pero la implantación de estos modelos está abierta al tiempo histórico – y por consiguiente a distintos y cambiantes escenarios– y se halla condicionada a las opciones inherentes a las políticas públicas de fondo que en los sistemas democráticos se someten al control y a la sana crítica de los miembros de la comunidad política de referencia.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE AUGUSTO VENTURI

VENTURI, A.: *Il Diritto fascista del lavoro*, Torino, Editorial Giappichelli, 1938, págs. XIV + 460.

VENTURI, A.: “Il problema dei lavoratori minorati”, en *Archivio di Psicologia*, vol. XIV (1936).

VENTURI, A.: *I fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1954.

RAINONE Y VENTURI: *Massimario di giurisprudenza della previdenza sociale 1941-1955*, Padova, 1959.

³⁶ ELIAS, N.: *El proceso de civilización*, Madrid, Ed. Fondo de Cultura Económica de España, 2011.

REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

INFORMACIÓN GENERAL

Revista: *Revista de Derecho de la Seguridad Social (REVSEGSOC)*
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2386-7191
ISSNe: 2387-0370
Inicio de Publicación: 2014
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en <http://revista.laborum.es>.

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

Secciones abiertas a la publicación

ED (Estudios Doctrinales);

EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);

EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);

ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);

REC (Recensiones)

Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo:** Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:

- Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.
- Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar**

Muy importante: No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábica (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

- Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, etc.).
- Estudios de Doctrina Judicial: máximo 20 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, etc.).
- Recensiones: máximo 3 páginas.

- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior: 2,50 cm	Izquierda: 3,00 cm	Encabezado: 1,25 cm
Inferior: 2,50 cm	Derecha: 3,00 cm	Pie de página: 1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pié 10

Las referencias legislativa o judiciales deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (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 recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital <https://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.* <https://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.* <https://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.