

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3^{er} Trimestre 2018

nº 16

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ La Protección Social de los artistas (A propósito de la Propuesta de elaboración de un Estatuto del Artista y del Profesional de la Cultura)

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ✦ La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico

José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

- ✦ La protección social de los trabajadores autónomos: Estado de la cuestión y propuestas

Faustino Cavas Martínez y Francisco Javier Fernández Orrico

- ✦ Derecho a la salud de los internos en instituciones penitenciarias en la “Crisis de la Hepatitis C”

Juan José Fernández Domínguez, Juan José García Viéitez y Guillermo Domínguez Fernández

- ✦ Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social

María Dolores García Valverde

- ✦ La garantía prestacional por contingencias profesionales en el sistema especial de empleados de hogar: Interrogantes de ordenación y aplicación

Francisca Moreno Romero

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Cuestión de Justicia –reparadora–: Un paso más hacia la reparación íntegra del daño causado en accidente de trabajo. (SSTS de 7 de marzo de 2018)

Olimpia Molina Hermosilla

- ✦ La influencia de la violencia de género para el acceso a la pensión de viudedad a la luz de los pronunciamientos judiciales

Susana Rodríguez Escanciano y Francisco Xabiere Gómez García

- ✦ Compatibilidad entre el complemento español de pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de otro estado miembro o de Suiza

Raquel Yolanda Quintanilla Navarro

- ✦ Los efectos de la prestación de servicios por el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta. La actualización de la base reguladora (STS 25 abril 2018 –Rcud 2322/2016–)

Ana María Orellana Cano

- ✦ ¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal? (Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)

Concepción Sanz Sáez

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ El contenido de Seguridad Social del contrato de coalición de 2018, entre la derecha y la izquierda alemanas

Alberto Arufe Varela

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

Belén Del Mar López Insua

Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ ANTONIO PERPIÑÁ RODRÍGUEZ (1910-1984): El tratamiento transdisciplinar de la Seguridad Social (Sociología, filosofía y política del Derecho de la Seguridad Social)

José Luis Monereo Pérez

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3^{er} Trimestre 2018

Nº 16

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

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

Guillermo Barrios Baudor, *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 l. 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, *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 Goldín, *Abogado. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Buenos Aires. Argentina*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
José Antonio Panizo Robles, *Administrador Civil del Estado*
Rosa Quesada Segura, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Margarita Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fernando Salinas Molina, *Magistrado del Tribunal Supremo*
Carmen Sánchez Trigueros, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Carolina San Martín Mazzuconi, *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/revistasocial/>

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	11
LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS ARTISTAS (A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO DEL ARTISTA Y DEL PROFESIONAL DE LA CULTURA).....	13
<i>JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ</i> <i>GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA</i>	
1. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y SENTIDO DE LA PROPUESTA.....	13
2. EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL A DISPENSAR	19
ESTUDIOS DOCTRINALES	23
LA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA EN CUESTIÓN Y EL DERECHO AL AUTOGOBIERNO AUTÓNOMICO.....	25
<i>JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ</i> <i>POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO</i>	
1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA UNIDAD DEL ESTADO Y EL EJERCICIO DEL DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE LAS CCAA.....	26
2. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU CARÁCTER JURÍDICO DE PROTECCIÓN UNIVERSALISTA	31
3. EL RETROCESO EN MATERIA SANITARIA AVALADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA “DES-UNIVERSALIZACIÓN” DEL DERECHO A LA SALUD	36
4. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES.....	40
LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTAS.....	51
<i>FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ</i> <i>FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO</i>	
1. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DÉBILES O DIRECTAMENTE “POBRES”	51
2. UN RÉGIMEN PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS	53
3. ESPECIALIDADES EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES.....	77
4. VALORACIÓN FINAL Y PROPUESTAS	79
DERECHO A LA SALUD DE LOS INTERNOS EN INSTITUCIONES PENITENCIARIAS EN LA “CRISIS DE LA HEPATITIS C”.....	83
<i>JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ</i> <i>JUAN JOSÉ GARCÍA VIÉITEZ</i> <i>GUILLERMO DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	83
2. EL DEBATE POLÍTICO-INSTITUCIONAL.....	85
3. EL ASPECTO SALIENTE DEL CONFLICTO JURÍDICO Y UN APUNTE SIGNIFICATIVO SOBRE SU TRASFONDO	95

4. ALGUNAS OTRAS CUESTIONES PENDIENTES EN LA ATENCIÓN SANITARIA A LOS INTERNOS.....	99
5. CONCLUSIONES	108

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. NECESIDAD DE UNA RESPUESTA JURÍDICA A UNA REALIDAD SOCIAL.....109

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.....	109
2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O GESTACIÓN SUBROGADA.....	112
3. PROHIBICIÓN Y PROBLEMÁTICA EXISTENTE. DISPARIDAD NORMATIVA	114
4. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL Y CONSECUENCIAS	119
5. CONCLUSIONES	129

LA GARANTÍA PRESTACIONAL POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR: INTERROGANTES DE ORDENACIÓN Y APLICACIÓN133

FRANCISCA MORENO ROMERO

1. LOS CIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES HACEN IMPOSIBLE SU REFORMA.....	134
2. LOS DESAJUSTES EN EL MARCO REGULADOR DE LA REPOSABILIDAD EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR	139

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL157

CUESTIÓN DE JUSTICIA –REPARADORA–: UN PASO MÁS HACIA LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO CAUSADO EN ACCIDENTE DE TRABAJO. (SSTS DE 7 DE MARZO DE 2018)159

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	159
2. RELATO DE HECHOS PROBADOS.....	160
3. DEBATE EN SEDE JURISDICCIONAL SOBRE LA FINALIDAD INDEMNIZATORIA DEL DAÑO CAUSADO: REPARACIÓN VERSUS PREVENCIÓN...	163
4. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	167

LA INFLUENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD A LA LUZ DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES.....169

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

FRANCISCO XABIERE GÓMEZ GARCÍA

1. APROXIMACIÓN A LA ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL ORDENAMIENTO SOCIAL.....	169
2. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 27 JUNIO 2017 (REC. 3803/2015).....	171
3. EL ITER JUDICIAL.....	171
4. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL.....	173
5. EL VALOR DE LA RECONCILIACIÓN.....	176
6. LA FALTA DE PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO, EN ESPECIAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	180
7. CONCLUSIONES	182

COMPATIBILIDAD ENTRE EL COMPLEMENTO ESPAÑOL DE PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE OTRO ESTADO MIEMBRO O DE SUIZA185

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO

1. INTRODUCCIÓN.....	185
2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018	188
3. COMPLEMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL	189
4. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA RELATIVA A LA INCOMPATIBILIDAD DEL COMPLEMENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON OTRAS PRESTACIONES.....	190
5. DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA RELATIVA A LA COMPATIBILIDAD O NO DEL COMPLEMENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON OTRAS PRESTACIONES.....	191
6. CUESTIONES INTERPRETATIVAS DE DERECHO COMUNITARIO PLANTEADAS EN EL AUTO DEL TSJ CASTILLA Y LEÓN DE 11 DE MAYO DE 2016, Y SUS RESPUESTAS POR LA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018	193
7. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y FALLO DE LA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018 ..	197
8. CONCLUSIONES.....	198

LOS EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA. LA ACTUALIZACIÓN DE LA BASE REGULADORA (STS 25 ABRIL 2018 –RCUD 2322/2016–).....199

ANA MARÍA ORELLANA CANO

1. INTRODUCCIÓN.....	200
2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO.....	201
3. LA APRECIACIÓN DE CONTRADICCIÓN.....	202
4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA.....	203
5. LOS EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA	204
6. LA ACTUALIZACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, TRAS EL CESE DE LA ACTIVIDAD LABORAL.....	207

¿CABE SUSCRIBIR UN CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL CUANDO LA EMPRESA QUE TRAMITA UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO ESTÁ INCURSA EN PROCEDIMIENTO CONCURSAL? (CON OCASIÓN STS, SALA DE LO CONTENCIOSO, DE 15 DE FEBRERO DE 2018)213

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

1. INTRODUCCIÓN.....	213
2. SINTESIS DEL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, DE 15 DE FEBRERO DE 2018.....	214
3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA	216
4. CONSIDERACIONES FINALES	230

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **233**

EL CONTENIDO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL CONTRATO DE COALICIÓN DE 2018, ENTRE LA DERECHA Y LA IZQUIERDA ALEMANAS.....235

ALBERTO ARUFE VARELA

1. EL NUEVO CONTRATO PARA LA TERCERA GRAN COALICIÓN DE GOBIERNO
EN ALEMANIA 235
2. LAS REFORMAS ACORDADAS EN MATERIA DE PENSIONES..... 237
3. LAS REFORMAS ACORDADAS EN MATERIA DE DEPENDENCIA 240

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **243**

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. UNIÓN EUROPEA..... 245
2. ASISTENCIA SANITARIA 246
3. DESEMPLEO 247
4. ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS..... 248
5. MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES
PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... 249
6. VIUDEDAD..... 250
7. PLANES DE PENSIONES 251
8. RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO 253

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS **259**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 261
2. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS..... 279

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL **283**

ANTONIO PERPIÑÁ RODRÍGUEZ (1910-1984): EL TRATAMIENTO TRANSDISCIPLINAR DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SOCIOLOGÍA, FILOSOFÍA Y POLÍTICA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL).....285

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. INTRODUCCIÓN 285
2. “LO SOCIAL” Y LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSIDERACIÓN SOCIOLOGICA,
FILOSÓFICA Y POLÍTICO-JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 286
3. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO “INSTITUCIÓN” Y SU FINALIDAD:
SEGURIDAD SOCIAL Y “JUSTICIA SOCIAL” 290
4. OBRAS DE ANTONIO PERPIÑÁ RODRÍGUEZ Y SU ÉPOCA (SELECCIÓN)..... 296

Editorial

Laboorium

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS ARTISTAS (A propósito de la Propuesta de elaboración de un Estatuto del Artista y del Profesional de la Cultura)

Social protection for artists (regarding the proposal to develop a statute of artists and culture professionals)

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

“Todo lo que nace para la vida, está destinado a la muerte”

LUCIANO ANNEO SENECA¹

1. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y SENTIDO DE LA PROPUESTA

El pasado 20 de junio de 2018 se hizo público² el Informe de la Subcomisión para la elaboración de un Estatuto del Artista. El objeto de la misma era estudiar la elaboración de un *“Estatuto del Artista y del Profesional de la Cultura”*.

Un estatuto que se debería de adaptarse a la singularidad del sector y que comprenda tanto al trabajador por cuenta ajena como propia. El estudio presenta pretende analizar y buscar soluciones a cuestiones como:

- a) La fiscalidad del sector.
- b) La solución a la singularidad del sector dentro del sistema de Seguridad Social que tenga en cuenta: el trabajo intermitente y sus efectos en la cotización y en la acción protectora; y, por otro lado, así como la necesidad de abordar una protección específica para determinados riesgos profesionales derivados de la práctica artística.

¹ SENECA, LUCIANO ANNEO: *Consolación a Polibio*, en *Obras completas*, Discurso previo, traducción, argumentos y notas, de Lorenzo Riber, de la Real Academia Española, Madrid, Ed. Aguilar, 1961, pág. 165.

² Véase el BOCG Serie D, núm. 373, págs. 41 y ss.

- c) La garantía de una representación sindical, de una participación activa y democrática as en las negociaciones colectivas del sector.
- d) El cumplimiento de las obligaciones por las empresas para con la Seguridad Social y la lucha contra el “falso autónomo” en las actividades culturales.
- e) La lucha contra la precarización sector, fomentado los servicios de orientación y educación en los espacios culturales; y el fomento de la actividad artística sin ánimo de lucro.

En la Subcomisión participaron representantes de diversos sectores profesionales, como: Sindicato de Guionistas Españoles, de la Unión de Actores y Actrices; de Plataforma en Defensa de la Cultura; de la Asociación Colegial de Escritores; Sindicato de Técnicos Audiovisuales Cinematográficos del Estado Español; Sociedad de Artistas AIE; Asociación Profesional de Ilustradores de Madrid; Asociaciones de Artistas Audiovisuales; Federación Estatal de Asociaciones de Empresas de Teatro y Danza; Escuela Superior de Arte Dramático de Murcia; Unión de Sindicatos de Músicos; Asociación de Artistas Plásticos Escénicos de España; Federación Estatal de Compañías y Empresas de Danza; Asociación española de desarrolladores de videojuegos; Asociaciones de Profesionales del Circo de España; entre otros.

Finalizado el trabajo de la Subcomisión, el informe comienza a detallar una serie de problemas relevantes del sector, que limitándonos a las relativas a los aspectos laborales y de seguridad social se concretan en:

- a) La falta de idoneidad de la regulación actual a la relación laboral recogida en el RD 1435/1985, de 1 de agosto, para dar una respuesta eficaz a la singularidad del trabajo de estos profesionales y las demandas de los mismos.
- b) Los déficits en la delimitación de los sujetos protegidos en el ámbito de la Seguridad Social (ausencias e idoneidad del encuadramiento de determinados colectivos en el RETA) y también del alto porcentaje de trabajadores por cuenta propia del sector que no encuentran una respuesta específica a sus problemas en el la Ley 20/2007, de 11 de noviembre, Estatuto del Trabajo Autónomo.
- c) Los problemas y dificultades de acceso y mantenimiento en la acción protectora dispensada por el sistema de Seguridad Social.

Para dar cumplida respuesta a esos problemas se formulan una serie de propuestas concretas, que conviene analizar y comentar. Se agruparán en dos apartados: la primera relativa al régimen profesional o laboral; y la segunda a las propuestas de revisión de la acción protectora del sector.

1.1. Régimen profesional o laboral Trabajo autónomo

La Subcomisión que está estudiando la reforma del RETA, recomienda la inclusión en la Ley 20/2007, de 11 de agosto, de un capítulo específico denominado “Régimen

profesional especial del profesional de la cultura” –sic– y consiguientemente su traslado a la *Ley General de la Seguridad Social* –sic–.

En dicho capítulo se desarrollarían propuestas de reforma en de protección tales como mejora de la cobertura y del acceso de los trabajadores autónomos a las prestaciones, ya existentes, por cese de actividad, maternidad, paternidad, lactancia, riesgo de embarazo, enfermedad, accidente de trabajo y compatibilidad de los derechos de autor con la jubilación; que la contribución a la seguridad social por el régimen de autónomos sea proporcional a los ingresos generados; y cuota gratuita para ingresos por debajo del SMI. Avalarían estas pretensiones, la exposición de motivos de la LETA que contempla un enfoque extensivo del trabajo autónomo para acoger nuevas fórmulas jurídicas y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, que contempla esta figura, al prever la reducción de las cotizaciones de las personas que, en régimen de autonomía, se dediquen a actividades artísticas, mediante la suscripción de convenios con la Seguridad Social. Se recomienda también la exención de la obligatoriedad de cotizar para todos aquellos artistas cuyos rendimientos brutos anuales no alcancen el 50 % del salario mínimo interprofesional.

Se interesa además “...implementar, de manera general, sistemas que generen derechos de cotización” –sic– y clarificar los requisitos para su inclusión, así como abordar la modificación de régimen de cotización “estableciendo un pago de autónomos de artistas prorrateado por días de actuación y/o entrega” –sic–. Asimismo, se fijarían requisitos específicos en este sistema que detecten y excluyan a los denominados «falsos autónomos».

Respecto a las relaciones instrumentales de encuadramiento la opción deseada es facilitar el alta en el RETA por día trabajado; respecto a relación jurídica de cotización “la opción de la cotización parcial para artistas en espectáculos públicos, en la medida en que el cálculo de horas trabajadas se simplifica, evitando el riesgo de fraude a la Seguridad Social” –sic–; y la posibilidad de “acogerse a la Disposición Adicional Segunda de la LETA, que señala que las Administraciones Públicas «podrán suscribir convenios con la Seguridad Social con objeto de propiciar la reducción de las cotizaciones que, en régimen de autonomía, se dediquen a actividades artesanales o artísticas», siempre que se aseguren, además del cumplimiento con las obligaciones fiscales, los derechos íntegros de la cotización” –sic–; y un sistema de “bonificaciones para flexibilizar el RETA en situaciones de discontinuidad en las altas de los trabajadores culturales” –sic–

1.2. Trabajo por cuenta ajena

Respecto al artista que trabaje por cuenta ajena se aboga por “... modificar el RD 1435/1985, en interés de las personas menores de 16 años”. Esta regulación es urgente debido al carácter excepcional, aunque creciente en el sector, de la participación de niños, niñas y adolescentes en espectáculos públicos. Estos menores, en virtud del art. 6.4 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 9.2 de la LETA, no reúnen los requisitos del trabajador por cuenta propia y, en consecuencia, solo deben poder trabajar por cuenta ajena, con las debidas autorizaciones, controles y requisitos” –sic–.

Por otro lado se recomienda modificar el RD 1435/1985: para ampliar la definición de espectáculo público, a fin de que se haga cargo de las actividades profesionales; adaptación

el RD a la nueva realidad productiva mediante la integración de los técnicos y personal auxiliar en los espectáculos públicos y “... mediante la inclusión dentro de los actuales grupos de cotización al personal técnico y auxiliar que no se incardine en la estructura fija de la empresa productora de dicho espectáculo” –sic–

También se advierte la discordancia entre el RD 1435/1985 (relación laboral especial) y el RD 2133/1975 (sobre Seguridad Social), relativas al ámbito personal de aplicación de uno y otro recomendándose “... modificar el RD 1435/1985 para incluir en su ámbito de aplicación al personal técnico y auxiliar cuyas condiciones sean similares en temporalidad a las de los artistas y/o participantes en el espectáculo” –si–.

También se interesa la modificación del RD 1435/1985 para:

- a) Su adaptación “...a la nueva realidad de los medios de fijación del trabajo cultural, de manera que se incluyan el entorno web y las nuevas fórmulas de difusión más allá del lugar de actuación y del territorio nacional (streaming, etc...)”.
- b) Evitar abusos en la contratación parcial y en la concatenación de contratos de temporada, así como de incentivar su transformación en indefinidos o, si procede, de tipo fijo discontinuo o adaptados a la realidad de la actividad profesional que se desempeña.
- c) Adaptación a las actividades profesionales de corta duración como los llamados “bolos”, como la música en directo. Se “abordarán fórmulas de asimilación al alta para proteger a los profesionales desde que se inicia la actividad hasta que finaliza, incluidos los desplazamientos, también a efectos de cotización” –sic–.
- d) Equiparación de la indemnización por finalización del contrato de duración determinada a la general prevista en el art. 49.1.c ET.

La valoración que merece lo noticiado anteriormente tanto para el trabajo del artista por cuenta ajena, como para el que lo realiza por cuenta propia, no puede ser positivo por su caótica, desordenada, contradictoria y nula fundamentación³.

No se va a negar la singularidad por todos conocida y admitida del trabajo de los artistas en espectáculos públicos, a saber: la temporalidad del trabajo y los períodos, a veces largos, de inactividad; la enorme variedad de actividades que comprende; las diferencias de ingresos, a veces muy importantes, entre los trabajadores de este colectivo; y la forma en que se lleva a cabo la actividad.

³ Una interesante y argumentada propuesta de revisión y renovación de las protección social de este sector puede verse en AA.VV.: *Propuestas para un cambio en el Régimen de Protección Social de los artistas en espectáculos públicos*, obra colectiva dirigida por GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y ALZAGA RUIZ, I.; Premios del Fondo para el Fomento de la Investigación Social –FIPROS- 2011 Dicho estudio se puede consultar en: <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/68d671f0-be33-474e-b72cda62d71c3e7c/6.Propuestas+para+un+cambio+en+el+re%CC%81gimen+de+proteccio%CC%81n+social+de+los+artistas+en+especta%CC%81culos+pu%CC%81blicos.+Resumen+Ejecutivo.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

Si nos centramos en el tema de la protección social de los artistas en espectáculos públicos, quizás debería en primer lugar plantearse si procede o no una modificación que venga a “cuadrar” o al menos intentar que haya una correlación entre la relación laboral especial de los artistas y su encaje en la Seguridad Social. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, comprende dentro de su ámbito de aplicación, actividades que se encuadraban en dos “extintos regímenes especiales de Seguridad Social” pero que parcialmente sus disposiciones estando en vigor, se trata de los Regímenes Especial de Artistas (Decreto 2133/1975, de 24 de julio) y Toreros (RD 1024/1981, de 22 de mayo). Por otro lado, no debe olvidarse que no toda actividad laboral tiene necesariamente que tener su encuadre “matemático” en un régimen concreto, por señalar un ejemplo, en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no todas las actividades comprendidas como tales se encuadraban en el desaparecido Régimen Especial de Empleados de Hogar –actualmente sistema especial–, sino que algunas de ellas se integran en el Régimen General (art.136.2 a) LGSS). También es preciso recordar que, la actividad de un artista se puede desarrollar bien en régimen ordinario (trabajo por cuenta ajena, sin ninguna singularidad), trabajo por cuenta ajena en la singularidad del régimen previsto en el RD 1435/1985, o finalmente como trabajador por cuenta propia autónomo.

Pretender un Régimen Especial de Seguridad Social para los artistas no parece que hoy en día tenga “mucho recorrido”, teniendo en cuenta que ni cuando se creó tenía justificación⁴, ni la tendencia actual sea volver a crear nuevamente un régimen especial para este colectivo de trabajadores (art. 11.5 LGSS o con la recomendación cuarta del Pacto de Toledo “Financiación, simplificación e integración de regímenes especiales”. Si lo que se pretende es crear un sistema especial dentro del Régimen General y otro en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, tampoco parece que sea preciso. En realidad, cuando se integró el R. Especial de la Seguridad Social de los Artistas en el Régimen General, sus normas particulares relativas al encuadramiento, altas, bajas y cotización se mantuvieron manteniendo a modo de un “sistema especial de facto” (véase el RD 2621/1986, de 24 de diciembre; art. 10.1. 2º RD. 84/1996, de 26 de mayo; y art. 32 RD 2064/1995, de 22 diciembre). Y por lo que respecta a los artistas por cuenta propia, tampoco se justifica la necesidad de establecer dentro del RETA un sistema especial como el relativo a los trabajadores agrícolas por cuenta propia, que trae su origen en la integración de este colectivo en el mismo.

Se propone también un cambio en la forma de cotizar o financiación:

- De una parte, la cotización por las empresas productoras se debería de hacer en base a las retribuciones percibidas por el artista, con un sistema de

⁴ Ver ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social, Vol. II La protección en el Régimen General, regímenes especiales y proceso especial*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 302.

cotizaciones «a cuenta», como existe en la actualidad, pero reduciendo la diferencia en los tramos de bases a cuenta⁵.

- Por otro lado, se propone, si es preciso “*complementarse con fórmulas de cotización a través de las sociedades de gestión. Dado que los derechos que se perciben a través de estas entidades todavía tienen la consideración de rendimiento del trabajo, pudiera ser coherente que las mismas contribuyeran a la protección jurídica del artista mediante ingresos a cuenta en la seguridad social del artista sin necesidad de alta.*”. Algo extraño, ya que una cotización sin alta en el sistema solo está prevista para los Convenios Especiales. Si se quiere tener una cobertura en tiempos de no actividad, no es necesario acudir a estos extraños medios, la vía más clara y menos problemática sería buscar acomodo en la figura de un convenio especial adaptado a este colectivo.
- Una vez finalizado el ejercicio económico, se procedería a la regularización de la totalidad de las cotizaciones percibidas a cuenta por cada trabajador, reclamando las diferencias si las hubiera entre bases y retribuciones y permitiendo al artista optar entre alcanzar la cotización por retribuciones u optar por las bases ya cotizadas.
- A su vez, para reducir el impacto de la intermitencia en la prestación de servicios (con sus consecuencias en los ingresos de los artistas), en el nuevo sistema de financiación el artista tendría la posibilidad de trasladar los excesos de cotización (al tener todo el año cotizado) a ejercicios posteriores a los efectos de cubrir la eventual falta de actividad en el siguiente ejercicio.

En realidad, todas estas medidas, dirigidas a ofrecer correctores a la intermitencia en la carrera de seguro de este colectivo, en cierta forma ya están recogidas en el art. 32.5 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

Otras modificaciones en la cotización van dirigidas a determinados colectivos de artistas de “vida profesional corta”, como los bailarines, trapecistas, etc.

⁵ Ver art. 32.3 RD 2064/1995, de 22 de diciembre. Los grupos de cotización para 2018 son para artistas:

Retribuciones íntegras	Euros/día
Hasta 425,00 euros	249,00
Entre 425,01 y 764,00 euros	315,00
Entre 764,01 y 1.277,10 euros	375,00
Mayor de 1.277,10 euros	500,00

Y para profesionales taurinos:

Grupo de cotización	Euros/día
1	1.158,00
2	1.066,00
3	800,00
7	478,00

2. EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL A DISPENSAR

Las recomendaciones se centran básicamente en lo siguiente:

a) Riesgo durante el embarazo y maternidad

Se denuncia que la intermitencia del sector impide o dificulta el acceso a la prestación de riesgo por embarazo. En ese sentido, la Subcomisión “solicita que se explore la viabilidad de reformar la Ley General de Seguridad Social para que se reconozca esta prestación a las trabajadoras en situación de “alta asimilada”. De esa manera se evitaría la situación actual en la que, como consecuencia de condicionar dicho acceso al alta real, las interesadas no pueden disfrutar de esta prestación. De no resultar viable, y dentro del marco legal vigente, se propone habilitar la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social cuando de esa regularización no se derive la situación de asimilación al alta, así como facilitar una prestación especial que se haga cargo de la situación”.

En realidad, se está desconociendo el mecanismo de funcionamiento y protección de la prestación de riesgo durante el embarazo. En efecto, la mujer embarazada no está *per se* enferma y por tanto nada impide que sea contratada. Es el trabajo, en determinadas condiciones o circunstancias, el que puede provocar si no se toman o pueden tomar las medidas previas para evitar la situación de riesgo previstas en el art. 186 LGSS y art. 26.3 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, cuando surge la situación protegida y por tanto procede acordar la baja. Pero es imprescindible para ello estar en alta, en otro caso no hay riesgo a cubrir. Es más, recuérdese que, si una trabajadora esta en baja por riesgo por embarazo y se extingue su relación laboral, la situación de riesgo durante el embarazo se extingue (art. 35.4. c del RD 295/2009, de 6 de marzo). No parece que sea oportuno reclamar para este colectivo una situación privilegiada y desnaturalizadora del riesgo social específico a cubrir.

Algo también parecido ocurre –a juicio de la Subcomisión– cuando el parto se produce al día siguiente de una baja en la Seguridad Social, pidiéndose una interpretación flexible del requisito de alta cuando el parto se produzca en fechas inmediatas a la baja para conceder la prestación. Realmente hay múltiples vías para encontrarse en situación asimilada al alta para esta situación (podría bastar con la inscripción como demandante de prestaciones por desempleo, o bien acudir en caso de autónoma a la vía de convenio especial).

b) Desempleo.

Dada la intermitencia del trabajo de los artistas se piden medidas flexibilizadoras de los trámites para el cobro del desempleo y a la ampliación del régimen de coberturas mínimas. Pero nada más se dice

c) Jubilación. Acceso y compatibilidad de la actividad con el percibo de la prestación

Las medidas que se interesan hacen referencia a la modificación de las reglas de cómputo de los días cotizados, de la edad para las profesiones artísticas de corta duración, pero nada más se dice. En relación con la carrera de seguro, quizás la solución llegaría de la mano de las reglas ya prevista para los trabajadores a tiempo parcial (art. 247 de la LGSS). En cuanto a la edad para las profesiones artísticas de corta duración, no se ofrece propuestas

y por otro lado la invocación de la brevedad de la profesión es predicable de otros muchos sectores, por ejemplo, los deportistas profesionales.

Se sugieren medidas tendentes a mejorar las bases de cotización a tomar en cuenta en la determinación y cálculo de la pensión de jubilación con el fin de evitar los efectos negativos que puedan tener determinados períodos cotizados con bases mínimas, permitiendo descartar los peores años. Si lo que se está pidiendo es incrementar el período de bases a computar, hacia eso vamos y en 2022 ya se tomarán como años computables 25. Ahora bien, si lo que se pide es alargar el período para elegir, por así decirlo, los meses que interesen, sean continuos o discontinuos, es una fórmula que de permitirse tendría que ser extensiva a todos los trabajadores. No estaría justificado limitarlo a este reducido colectivo, ya que el problema afecta a todos.

Es quizás en la propuesta de introducir medidas que permitan compatibilizar la pensión de jubilación con la actividad, con otras prestaciones o con determinados ingresos, donde más insiste.

La Subcomisión analiza y recuerda las Propositiones no de Ley 161/000153 y 161/000109, aprobadas por la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados en su sesión del día 17 de marzo de 2016⁶, que, instaron al Gobierno a modificar la actual legislación sobre compatibilidad entre percibo de la pensión de jubilación y la obtención de ingresos, sin que se diferencie por el origen de los mismos, con el objeto de hacer compatible el cobro de derechos de autor y la percepción de la pensión de jubilación, contemplando no solo los casos que reciben la pensión contributiva sino también, y muy en especial, la de aquellos creadores más vulnerables y que reciben una pensión no contributiva.

Y se nos ofrece como justificación que una sociedad moderna no puede prescindir del capital intelectual que aportan creadores y artistas, particularmente en su etapa de madurez, cuando la experiencia acumulada puede favorecer la producción de obras o actuaciones más completas. Por ello, no debería obligarse a este colectivo a tener que escoger entre perder el cobro de sus prestaciones públicas o seguir en activo. A juicio de la Subcomisión, sería necesaria una regulación que permitiera la compatibilidad de las pensiones con los ingresos devengados por la propiedad intelectual y, en los casos que así se desee, con la continuidad del trabajo activo, descartando cualquier tipo de penalización a una trayectoria artística a lo largo del tiempo.

Además, debería de tenerse en cuenta que la actividad creativa constituye una aportación personal, única e irrepetible, al imaginario cultural, de la cual se beneficia el conjunto de la sociedad:

- a) Que incluso durante el plazo legal de vigencia de los derechos de protección de autoría, las obras e interpretaciones están a disposición de la ciudadanía, contribuyendo al interés general, puesto que estas obras nacen con la vocación de ser divulgadas, y disfrutadas a lo largo del tiempo por toda la sociedad.

⁶ Boletín Oficial de las Cortes del 11 de abril de 2016, serie D, núm. 50.

- b) Y que, además, transcurridos estos periodos de protección, dichas obras e interpretaciones pasan al dominio público y son de libre acceso, pudiendo ser explotadas por terceros (cosa que no ocurre en referencia al resto de profesionales, que pueden “patrimonializar” los resultados de su actividad, pudiendo transmitirlos a sus herederos de generación en generación sin límite temporal alguno y sin que la sociedad en su conjunto se beneficie de ello).

Puede parecer cierto y razonable todo lo que se dice, pero también deben recordarse que a los artistas también alcanzan todas las medidas y posibilidades existentes de compatibilizar el trabajo con una pensión de jubilación. Ahora bien, por lo que se refiere a los derechos de autor habría que matizar las pretensiones, a saber: a) Las discusiones hasta ahora planteadas no lo han sido en torno a los artistas en espectáculos, si no a los escritores profesionales de libros, colectivo ya encuadrado en el RETA; b) Una cosa es propugnar que aquellas obras sobre que generaron derechos de autor antes de la jubilación y que siguen generando derechos con posterioridad se consideren compatibles, y otra cosas es que se prosiga en el desarrollo de la actividad creativa, en este caso la solución no debe ser distinta a la que se dé para cualquier colectivo; y c) Y finalmente no parece razonable pretender que los ingresos por actividades artísticas no computen para acceder o mantener el disfrute en pensiones no contributivas, complementos a mínimos de las pensiones, ayudas de carácter público, etc. Volvemos a lo mismo, querer tener un privilegio sobre el resto de los ciudadanos.

El informe de la Subcomisión prosigue en su justificación y concreta sus medidas: entendiendo que debería de excluirse “... del cómputo de ingresos y de la aplicación de las reglas de incompatibilidad cualesquiera rendimientos del trabajo, de actividad económica o de derechos de propiedad intelectual, derivados o directamente relacionados con la actividad creativa y artística; así como dietas por asistencia a reuniones de órganos de entidades culturales sin ánimo de lucro en las que no se ostenten cargos ejecutivos (fundaciones, entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, instituciones educativas o academias)”. En realidad, lo que se está pidiendo es percibir la pensión de jubilación y seguir trabajando ¿dónde está el riesgo social protegido? Si la pensión de jubilación fuera un ahorro de futuros, sería razonable, pero eso no es Seguridad Social.

También la Subcomisión pide poder compatibilizar la pensión de incapacidad permanente y la actividad artística, pero eso nada nuevo aporta ya que incluso en los grados de incapacidad más extremos como la IPA o GI, esta situación es posible (art. 198 LGSS).

Y finalmente termina concluyendo que para aquellos a los que no puedan alcanzar estas “se recomienda complementar la regulación con una norma que establezca un sistema opcional y flexible de regularización de la situación ex post, aplicable a todas las pensiones públicas y complementos por mínimos en los que se establezca un régimen de incompatibilidad con la percepción de ingresos que superen un determinado límite”. La regulación que se propone se articularía así: a) en cualquier momento el perceptor puede comunicar que va proseguir en su actividad y percibirá ingresos compatibles o no con la pensión; b) La Seguridad Social proseguirá en su abono; y c) en el mes de febrero del año comunicará a la Seguridad Social los ingresos percibidos y se procederá a una regularización (el período a tomar en cuenta para la regularización sería de 3 años anteriores o en su caso

período inferior, al momento en que se proceda a tal regularización). En realidad, lo que están pidiendo en cierta forma ya está previsto, al menos en el tema de los complementos a mínimos, hasta el mes de marzo el pensionista tiene de plazo para comunicar los ingresos percibidos en el año anterior y si se superan habrá que devolver lo percibido de más indebidamente. De nuevo estamos ante una petición de privilegiar a un colectivo sobre el resto de los ciudadanos sin causa objetiva o razonable que lo justifique. Si el artista va a seguir trabajador con regularidad y por ellos va a tener unos ingresos incompatibles siempre tiene la solución de interesar la petición de suspensión de la pensión, de la jubilación activa o si va a desarrollar la actividad por cuenta propia de acudir a la situación especial que permite a este colectivo proseguir en su actividad sin límite cuantitativo alguno de ingresos.

Hubiera sido interesante tratar otros temas que afectan a la profesión y que se han obviado o tratado muy superficialmente como: analizar con profundidad como flexibilizar la situación de alta, especialmente de los trabajadores temporales (que solamente se interesa para la prestación de maternidad); las consecuencias de la discontinuidad a la hora de las completar las carreras de seguro (de la que solo se contempla para la jubilación); un análisis claro y propuestas sobre la cobertura de los riesgos profesionales y los aspectos que más controversias plantean, como el accidente modalidad *in itinere* de especial singularidad de aquellos artistas cuya actividad requiere continuos desplazamientos, etcétera.

Quizás, si la Subcomisión hubiera llamado a expertos técnicos del ámbito propio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hubiera llegado a otras propuestas, sugerencias más coherentes, viables e interesantes para el sector, pues el peso de las propuestas (en el ámbito de la protección social) ha quedado básicamente en pretender una compatibilidad plena entre trabajo y pensión.

Estudios
Doctrinales

LABORUM

La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico

The universality of the fundamental social right to the healthcare in question and the right to autonomous self-government

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

CONTRATADO PREDOCTORAL FPU DEL MEC
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Este trabajo de investigación tiene por objeto acometer un análisis del carácter universalista de la asistencia sanitaria recientemente cuestionado por nuestro Tribunal Constitucional. La consecuencia de penalizar el ejercicio del derecho al autogobierno autonómico ha tenido como resultado –o daño colateral– la des-universalización de la protección sanitaria –a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre– pretendiéndose consagrar la sostenibilidad del sistema de salud a costa de la reducción del ámbito subjetivo de la protección social. En efecto, se mercantiliza el acceso a una prestación tan vital y fundamental como es la sanitaria, sin permitir, vía competencia autonómica, establecer un nivel superior de protección a través de la mejora de la regulación básica –y mínima– del Estado.

Palabras clave

Universal, solidaridad, salud, sanitario, racionalidad social

Abstract

This research work aims to undertake an analysis of the universalist nature of healthcare recently questioned by our Constitutional Court. The consequence of penalising the exercise of the right to autonomous self-government has had as a result –or collateral damage– the de-universalisation of health protection –following the ruling of the Constitutional Court 134/2017, of 16th November– which aimed to enshrine the sustainability of the health system at the expense of reducing the subjective scope of social protection. In effect, access to such a vital and fundamental service as healthcare is commercialised, without allowing, through autonomic competence, to establish a higher level of protection through the improvement of the basic –and minimum– regulation of the State.

Keywords

Universal; solidarity; health; medical; social rationality

“...Vivir es pensar. Es registrar la existencia como un ilimitado flujo del pensamiento”

GEORGE STEINER¹

¹ STEINER, G.: *Lecciones de los maestros*, trad. María Condor, Madrid, Ed. Siruela, 2ª ed., 2004, pág. 103.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA UNIDAD DEL ESTADO Y EL EJERCICIO DEL DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE LAS CCAA

En el reparto de competencias –más en materia sanitaria– nos enfrentamos a un tema sumamente polémico ya que afecta a las bases de la conformación territorial del Estado. Por eso toda cautela es poca a la hora de atribuir luces y sombras a los Textos Autonómicos que a lo largo de los años anteriores han sido objeto de redefinición: poner el acento en el contenido recogido en los Estatutos de Autonomía e insistir en que han supuesto la ampliación contundente del marco competencial autonómico, desplaza el debate hacia la constitucionalidad de las reformas; por el contrario, relativizar en exceso la originalidad del articulado de los nuevos Estatutos, subrayando los aspectos meramente formales, si bien contribuye a diluir las dudas en torno a su constitucionalidad, no responde a la realidad de su contenido y –al mismo tiempo– devalúa el papel que están llamados a desempeñar en el siglo XXI².

Los posicionamientos sobre el tema competencial autonómico no han sido unívocos. De este modo, podemos constatar que existen múltiples tesis en torno al alcance político-jurídico de los Estatutos de Autonomía: por un lado, encontramos a quienes afirman que lo que se está edificando realmente es un “nuevo Estado Autonómico”, que introduce cambios esenciales en los postulados originarios contenidos en el Texto Constitucional en relación a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas³; por otro lado, se alinean los que defienden que los Estatutos no hacen sino adaptarse a la realidad autonómica que se ha ido configurando a lo largo de los años, restando así importancia a la tesis de quienes entienden que los textos autonómicos introducen novedades sustanciales en el marco competencial⁴; finalmente, y esta interpretación ecléctica es la más acertada a nuestro juicio, se pronuncian quienes, reconociendo que efectivamente los nuevos Estatutos –en gran medida– han incorporado a su articulado las “experiencias jurídicas del Estado de las Autonomías”, sí que aciertan a distinguir nuevas competencias autonómicas, hecho éste que conducirá, inexorablemente, al planteamiento de conflictos para deslindar el margen competencial de actuación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Profundizando en esta idea, algunos autores afirman que asistimos a un proceso de reforma estatutaria de “segunda generación”, ya que si bien es cierto que los Estatutos responden al deseo de alcanzar el techo competencial permitido por la Constitución, no lo es menos que también plantean una “redefinición institucional de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas”⁵. Ello comporta, pues, una redefinición del modelo de Estado Autonómico.

² MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 72; *Ibid.*, ampliamente, *El Estado Social Autonómico*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2008, *passim*.

³ CRUZ VILLALÓN, P.: “La reforma del Estado de las Autonomías”, en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 2, 2006, p. 79.

⁴ MONTILLA MARTOS, J. A.: “La incidencia de las Reformas en el Modelo Autonómico”, en AA. VV.: *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, 2007, p. 26.

⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El reparto constitucional de competencias en materia laboral a la prueba de las reformas estatutarias”, en AA. VV.: *La dimensión socio-laboral de los nuevos estatutos de autonomía. Un* (...)

En cualquier caso, asumir el carácter “relativamente innovador” de los actuales Estatutos de Autonomía no evita que aflore una “fuerte tensión entre el poder unificador (principio de unidad) y poderes de diversificación (principio de autonomía)”, y ello a pesar de que los procesos de reforma autonómica se han desarrollado conforme al procedimiento previsto en el artículo 147.2 CE⁶, lo cual, demuestra la flexibilidad del modelo constitucional⁷.

Interesa hacer notar el hecho de que en un sistema político democrático se reconozca la diversidad cultural y la existencia de “países” (“nacionalidades”) y “regiones” dentro de un mismo sistema político, –en el sentido de Jellinek, que vincula la idea de país (y, en general a los que denomina significativamente “Fragmentos de Estado”⁸) con la existencia de comunidades diferenciadas que dan lugar a formaciones políticas dotadas de autonomía–, no puede sino considerarse como un fenómeno positivo para la democratización del Estado. Ahora bien, admitido esto, el problema reside en establecer la distribución de competencias y sus límites (la línea de demarcación competencial) para conjugar el hecho diferencial (país o región) con la exigencias de unidad y homogeneidad que imponen los valores fundamentales que también consagra el texto constitucional (igualdad, solidaridad y libertad real para todos en el cuadro de un sistema de Estado social pluralista –Estado democrático/social–, que es dónde realmente pueden tener juego). Pero lo que es obvio es que la Constitución tiene la fuerza jurídica suficiente como para aplicarse a uno de sus objetivos fundamentales como es la transformación de la organización y de las estructuras del Estado⁹.

Llegados a este momento, y para aprehender el alcance real de la cuestión que se plantea, debemos centrar el debate superando en la medida de lo posible consideraciones estrictamente políticas –tarea ardua cuando nos adentramos en esta materia–, reconduciendo la discusión hacia la perspectiva técnico-jurídica de la materia¹⁰.

En efecto, el establecimiento por el Sistema de Seguridad Social de un derecho a las prestaciones sanitarias está íntimamente relacionado con los principios de solidaridad y obligatoriedad: en virtud de los citados principios todos deben pertenecer al esquema protector y contribuir al sostenimiento del sistema mediante la redistribución de rentas de

estudio particular de los estatutos andaluz y catalán”, Sevilla, Mergabum, Carl, 2007, p. 128. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La dimensión competencial: el posible “reparto de competencias” en el Estado Autonómico”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. *et al*: *La Seguridad Social ante las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Granada, Comares, 2008.

⁶ “La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica”.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Competencias en materia de políticas de empleo e inmigración”, en AA. VV.: *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, 2007, p. 151.

⁸ JELLINEK, G.: *Fragmentos de Estado*, introducción de M. Herrero de Miñón, Madrid, Civitas, 1981.

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergabum, CARL, 2008, pp. 77 y 78.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergabum, CARL, 2008, p. 73.

manera que los sanos aportan para los enfermos según la capacidad de cada sujeto¹¹. En efecto, el individuo mediante el pago, no por supuesto de todo el costo, pero de una parte sustancial de este como una contribución, puede sentir que está obteniendo seguridad no como una caridad sino como un derecho¹².

Todo ello permite comprender la importancia de acometer un estudio científico riguroso de la conformación de nuestro Estado autonómico en el actual proceso de redefinición constituyente autonómico en la dirección de una ampliación del espacio de competencias regulativas (señaladamente en el ámbito sociolaboral). La línea de tendencia es el reforzamiento de un modelo de Estado complejo o compuesto, que se construye con base a la pluralidad efectivamente existente de centros articulados de impulso político en nuestro espacio geopolítico interno.

El artículo 2 CE reconoce y garantiza el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones (“Fragmentos de Estado”, en terminología de Georg Jellinek) que integran la Nación Española. Dicho precepto acoge el fundamento político-jurídico en base al cual se ha de organizar el reparto territorial del poder, a saber: la solidaridad como principio unificador en la dialéctica unidad y autonomía. El principio de solidaridad es inherente al constitucionalismo social por contraposición al constitucionalismo liberal. El valor de la solidaridad se proyecta entre las organizaciones o unidades políticas en las que se vertebra y articula internamente el Estado Autonómico (solidaridad entre las autonomías territoriales) y, asimismo, como elemento base de la construcción de la teoría de los derechos y libertades fundamentales (y no sólo de los derechos sociales).

Ese derecho de autonomía se conjuga con el principio de unidad de la Nación que fundamenta el texto constitucional. En lo jurídico ello se traduce en la unidad jurídica (“cohesión formal”): se conforma un sistema jurídico complejo, que se concreta en una forma de Estado plurilegislativo en cuyo marco se produce una coexistencia articulada e integrada de diversos centros de producción normativa (Estado central y entidades políticas territoriales). La unidad lo es también desde un punto de vista jurídico material (racionalidad jurídica de fondo o material), pues se ha de procurar la cohesión material en la Constitución con base a los principios de solidaridad e igualdad material (artículos 1 y 9.2 CE).

Es, en efecto, un sistema articulado e integrador porque el mismo texto constitucional diseña un cuadro de competencias (principio de competencia, como técnica jurídica del reparto funcional) y criterios de cohesión social (principio de solidaridad) y de coordinación internormativa dentro de un modelo de Estado autonómico necesariamente abierto (aunque sólo relativamente por la existencia de reglas de juego y el obligado respeto a un conjunto de valores fundamentales sobre los cuales se ha elaborado la Constitución). En este sentido la Constitución –acto e instrumento del poder Constituyente– refleja una decisión política previa¹³ sobre la organización de una comunidad política y de los valores fundamentales que la inspiran, donde adquiere una importancia extraordinaria el control de constitucionalidad

¹¹ APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1560.

¹² Plan de Beveridge, 1942.

¹³ Se ha advertido por Carl Schmitt que la Constitución es una decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política concreta. Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, espec., pp.45 y ss.

realizado por el Tribunal Constitucional. Es la Constitución el instrumento de decisión jurídico-político fundamental de organización de una determinada comunidad política. Pero la Constitución no es cualquier tipo de decisión fundamental: es una decisión política que se orienta hacia la integración (Smend)¹⁴ de la comunidad política reconociendo el pluralismo existente y la homogeneidad social (Heller)¹⁵. Preside la pluralidad de ordenamientos jurídicos (públicos y privados) y la conformación polisistémica interna del ordenamiento jurídico del Estado social autonómico¹⁶.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica ello se traduce en una pluralidad de las fuentes de producción jurídica en el ordenamiento estatal, en el Estado Social Autonómico. Ese ordenamiento polisistémico realiza la complejidad de la organización del poder público racionalizador (esa enorme maquinaria maxweberiana de racionalización). El ordenamiento jurídico que se crea en España con el desarrollo de las previsiones constitucionales se compone de dos subsistemas diferenciados, el estatal general y el territorial autonómico, que es también múltiple; ambos subsistemas se vinculan y articulan entorno al pilar de procedencia que representa la Constitución como centro de referencia de todo el sistema jurídico. Es el mismo texto constitucional el que establece distintos mecanismos de conexión entre las normas derivadas de los ordenamientos (centralizado y descentralizados). Es la Constitución el elemento unificador de ese ordenamiento polisistémico (Irti; Teubner; Arnaud). Ese carácter unificador se manifiesta en la articulación ordenamiento estatal-ordenamientos autonómicos a través de la instrumentación del principio de distribución competencial (principio de competencia), sobreañadido al principio de jerarquía normativa, y de la predisposición de típicas reglas de conflicto, esto es, criterios de solución y creación de un organismo especializado que entiende de la solución de los conflictos de competencia que se susciten (nos referimos al Tribunal Constitucional).

Es lo cierto que el grupo normativo regulador de la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas presenta arduos problemas de adaptación entre las ordenaciones normativas en el marco del Estado plurilegislativo. Ello hace necesario establecer mecanismos de cohesión e integración interna para evitar la ruptura de un Estado autonómico que podría devenir en unidades políticas y jurídicas inconexas y desestructuradas, con lo que fracasaría en la práctica el modelo de Estado autonómico abierto dibujado en la Constitución. Entre los distintos círculos de producción normativa se sitúa la Constitución, donde se aprecia la técnica de cohesión internormativa y de articulación sistémica que el propio Tribunal Constitucional ha venido denominando “bloque de constitucionalidad”, noción ésta que contribuye a preservar la unidad del sistema jurídico general. La dialéctica entre unidad y autonomía está funcionarizada a la realización de los principios constitucionales (artículos 2, 149.1.1 y 148.1 CE). Es el propio artículo 2 CE quien formula sintéticamente esa necesaria conciliación entre unidad-pluralismo autonómico (*unitas multiplex*) al establecer que “*la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad*

¹⁴ SMEND, R.: *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M^o. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, espec., pp. 62 y ss., y 225 y ss.

¹⁵ HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2002; ID.: *Escritos políticos*, edición de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1987.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^o. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 78 y 79.

de la Nación española”, y “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

Todo lo anterior obliga a tomar en consideración el hecho de que el Derecho estatal es complejo internamente (Estado Autonómico) y que ha de coexistir, atendiendo a esa complejidad interna, con el Derecho de la Unión Europea que le enmarca en gran medida y le penetra fuertemente.

Este proceso constituyente estatutario pone al día aquella concepción según la cual la Constitución no contiene un modelo acabado, sino que establece una atribución sólo potencial de competencias a las CCAA abierto al tiempo histórico¹⁷. Por ello, desde hace tiempo el TC había observado que la propia “*configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como las Comunidades Autónomas, supone necesariamente, la diversidad de regímenes jurídicos*”, dentro de una necesaria armonización entre unidad y autonomía¹⁸. Ello exige reforzar los mecanismos de colaboración legislativa entre ambos titulares (Estado central y Unidades políticas autonómicas) del poder legislativo. Se busca conciliar la unidad del Estado (y la tutela de intereses generales en todo el Estado Autonómico) y el ejercicio del derecho al autogobierno de las CCAA (y la tutela diferenciada de intereses específicos en el ámbito geopolítico de cada unidad política territorial autónoma)¹⁹.

Vista la unidad del Estado y el ejercicio del derecho al autogobierno de las CCAA, dando un paso más e introduciéndonos en la materia de examen de esta investigación, debemos referirnos a que el goce del bien “salud” no es algo que pueda garantizar el Derecho porque depende de muchas variables que escapan a su control; de ahí que no pueda existir en sentido propio un “derecho a la salud”. Pero la protección de la salud de las personas que están presentes en una determinada comunidad sí es un auténtico valor superior, propugnado por todo Estado que se precie y se tenga por moderno y civilizado. Queda claro que el valor de la salud se ha de realizar a través de diferentes ámbitos de actuación, que a su vez conforman diversos (sub)ordenamientos jurídicos, pero no puede entenderse la protección de la salud sin el reconocimiento y garantía efectiva de un derecho subjetivo de las personas a un adecuado sistema de prestaciones de asistencia sanitaria. En consecuencia, y conectando con el siguiente epígrafe, no es posible separar íntegramente el derecho reconocido ex artículo 41 CE –derecho a la Seguridad Social– del reconocido ex artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud–. Cosa bien distinta será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud²⁰.

¹⁷ Vid. ARAGÓN, M. y RUBIO, F.: “La Jurisdicción constitucional en la Constitución Española de 1978”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y PREDIERI, A. (Dirs.) et al: *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, p. 810.

¹⁸ STC 88/1986, de 1 de julio, f.j.6º.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, Mª. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 99.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 512.

No obstante, reiteramos que no puede predicarse una absoluta independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social, por más que sea una tendencia político-institucional defendida –y defendible– desde muchos puntos de vista.

La asistencia sanitaria se configura en el ordenamiento jurídico español como un derecho subjetivo, pero constitucionalmente se reconoce a través de una técnica de garantía débil, como es la de los “principios rectores de la política social y económica”. En consecuencia, sin perjuicio de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance dependerán prácticamente de la concreción que le den las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE).

2. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU CARÁCTER JURÍDICO DE PROTECCIÓN UNIVERSALISTA

Si la delimitación competencial entre Estado y CCAA en materia de Seguridad Social genera problemas interpretativos y aplicativos, la distribución competencial en materia sanitaria se encuentra con la dificultad añadida de la dualidad de previsiones existentes dentro del texto constitucional²¹. En este sentido, es extremadamente complejo clarificar si dentro del concepto de Seguridad Social del artículo 41 CE debería considerarse incluida la asistencia sanitaria o, por especialidad, hay que estar en exclusiva al artículo 43 CE²².

Lo único evidente es que la CE recoge un Sistema de Protección Social Pública, en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social Pública (reducido a prestaciones de carácter económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con la Asistencia Social Pública (con prestaciones económicas preferentemente de carácter no contributivo), con los servicios sociales (nacionales y territoriales) y, en fin, con un servicio (tanto estatal como territorial) de salud como concepto integrador de diversas posibilidades constitucionales²³.

En cualquier caso, la CE no es neutra en materia de Seguridad Social, ya que establece unos parámetros dentro de los cuales ha de moverse el legislador, escogiendo el que juzgue más idóneo para cada momento histórico pero respetando, en todo caso, las directrices constitucionales. El más claro de estos parámetros es la universalización subjetiva de la cobertura de la Seguridad Social (régimen público para todos los ciudadanos), en el sentido de que en la CE se detecta una vocación universalista, pro-asistencial, aunque sin llegar al extremo de afirmar la existencia de un modelo acabado de corte universalista²⁴. En efecto, la CE marca como camino a seguir por los poderes públicos (*ex* artículos 53.3 y 9.1 CE) la extensión de la protección social a todos los ciudadanos, de forma que el ideal de

²¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (apunte para un estudio), en *Aranzadi Social*, núm.5, 2004.

²² MALDONADO MOLINA, J. A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, p. 99.

²³ BORRAJO DACRUZ, E.: “La seguridad social en la Constitución española”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.) *et al: Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, p. 1492.

²⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y constitución*, Madrid, Civitas, 1995, p. 35.

cobertura constitucional será que toda la población esté protegida ante situaciones de necesidad²⁵.

El derecho a salud (como derecho de estructura jurídica compleja que comprende, entre otros derechos, el derecho a la asistencia sanitaria) recogido en los textos internacionales sobre derechos humanos tiene una formulación universalista²⁶, toda vez que se atribuye a toda persona, lo que es coherente con la elevación de reconocimiento de la “persona” (más allá del simple “sujeto” de derecho) en los textos de valor o rango fundamental. Estos textos se sitúan en la estela de la misma configuración subjetiva que la consagrada en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 12 del Pacto Internacional (“*derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”). Todo lo anterior pone de manifiesto que estamos ante un derecho generalizadamente reconocido como un derecho social fundamental *universalista*²⁷.

El derecho a la salud no puede ser un simple principio programático; en efecto, como derecho atribuido a la “persona”, no puede quedar limitado a los “ciudadanos” (o mejor dicho, a determinados ciudadanos), lo que debe ser extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea y requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Es una consecuencia de su configuración como derecho social de prestación universalista de toda persona necesitada de protección de su salud –titularidad subjetiva universalista donde cuenta, ante todo, el *status de persona* en situación de necesidad–. Por tanto, el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales que consideran a la persona en su dimensión existencial. No obstante, se trata de un derecho social supeditado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

El contenido mínimo (no máximo) de este derecho no queda diferido sin más a los Estados pues es obligatorio remitirse al PIDESC (artículo 12)²⁸, a la Carta Social Europea, los Convenios de la OIT y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión.

Igualmente, el derecho a la protección de la salud es un derecho social fundamental de desmercantilización de los modos de satisfacción del conjunto de las necesidades a él vinculadas y de carácter primario –derecho fundamental básico–. La protección de la salud y, en particular, de la asistencia sanitaria, constituye uno de los pilares fundamentales del

²⁵ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, pp. 101 y 102.

²⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección de la salud”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dir. y Coord.) et al: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014, pp. 53 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la salud”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dir. y Coord.) et al: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, *passim*.

²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 835.

²⁸ Para el CDESC, el concepto del “más alto nivel posible de salud”, al que hace referencia el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado.

constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y un núcleo principal del Estado Social. Como ya hemos indicado, se sitúa a la persona en el centro de su atención. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea, sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una protección universalista²⁹.

En este sentido, las políticas de salud tienen que poner límites precisos a la esfera de mercado a través de medidas de desmercantilización y determinación de “intercambios obstruidos” entendidos como garantía de posiciones jurídicas blindadas frente a la esfera mercantil. Tiene, pues, una lógica de “propiedad social” públicamente organizada, frente a la lógica individualista propietaria que impera en el ámbito mercantil de la salud. Ello impone a los poderes públicos la indicación de límites al mercado en la esfera sanitaria y, en general y más ampliamente, de la salud pública. Es necesario hacer prevalecer –aunque sin poder ignorarla– la racionalidad social sobre la racionalidad estrictamente económica (vinculada al “gasto sanitario”) que coexisten inevitablemente en la materia relativa a la salud. Lo que constituye un límite intrínseco respecto a la preocupante tendencia actual a convertir el derecho a la salud en una especie de derecho fuertemente “condicionado” a través de distintos cauces (vinculados mayormente a las estrategias de “contención” o “reducción” del gasto público en materia de salud; y con una peligrosa apertura hacia la *re-mercantilización* de espacios de protección de la salud antes reservados al sistema público a través del sector privado de la sanidad). En definitiva, el derecho a la integridad de la persona es un derecho absoluto (que no debe confundirse nunca con “ilimitado” o “incondicionado”) desde el punto de vista técnico-jurídico³⁰.

De acuerdo con el artículo 12.2.d) del Pacto Internacional, los Estados nacionales deben garantizar las “*condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”. Por tanto, este derecho a la protección de la salud impone un comportamiento institucional activo (no pasivo y menos negativo) por parte de los poderes públicos para la predisposición de los servicios y medidas preventivas frente al surgimiento de los riesgos sobre la salud.

Por otro lado, no debe desconocerse que la asistencia sanitaria constituye una de las prestaciones o ramas específicas de Seguridad Social, y por tanto vinculada con el derecho a la Seguridad Social en la normativa internacional y europea *ex* artículo 34 de la CDFUE. Esto no queda neutralizado por el dato normativo de que tenga un reconocimiento específico, precisamente para reforzar su tutela dentro del sistema jurídico. En este sentido, no debe confundirse lo que es técnica y conceptualmente “Seguridad Social” de los diversos modelos jurídico-materiales de instrumentar el sistema institucional predispuesto para organizar su protección pública dentro del ordenamiento jurídico. Esa “pertenencia” y “encuadramiento” lo es también en el ordenamiento jurídico de la Unión, pues el propio artículo 34.1 CDFUE establece que la “*Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la*

²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la protección de salud. Artículo 11 de la Carta Social Europea”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017, p. 597 y 598.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 839.

enfermedad...”, y, en coherencia, con las normas de coordinación europea de la Seguridad Social, que incluye especialmente la asistencia sanitaria (Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social; Reglamento (CE) nº 987/2009, de 16 de diciembre, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004. El Reglamento (CE) nº 883/2004, incluye dentro de su campo de aplicación material a “*las prestaciones de enfermedad*”, artículo 3, y el capítulo I del título III regula las “*Prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas*”).

Se puede apreciar en el mismo PIDESC y en las *Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas* –a la que posteriormente nos referiremos–, como el derecho a la salud pertenece –tanto histórica como actualmente en la tradición de los derechos humanos del constitucionalismo democrático-social– al más amplio y comprensivo derecho a la Seguridad Social. Pero sucede, no obstante, que su extraordinaria importancia ha determinado la conveniencia político-jurídica de su *especificación y diferenciación* precisamente para garantizar una garantía más efectiva y adecuada, pero sin perder de vista los nexos inescindibles que presenta con el derecho matriz a la Seguridad Social que lo enmarca a todos los efectos.

En nuestro país –pese a su ubicación sistemática inadecuada y deficiente dentro del capítulo III del Texto Fundamental (artículo 43 CE) y el sistema debilitado de garantías *ex* artículo 53 CE³¹– no cabe duda que el derecho social a la salud –como rama específica dentro de la Seguridad Social– es, como la mayoría de los derechos sociales, un derecho social a prestaciones, un derecho social de desmercantilización que pretende lograr mediante la atribución de una posición estatutaria un grado suficiente de inmunidad del individuo respecto a su posición de poder jurídico en las relaciones de mercado. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional, la cláusula de interpretación de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental regulador de la materia en el artículo 10.2 CE permite *incorporar el estándar mundial y europeo conseguido como delimitado del alcance específico del derecho a la Salud y a la asistencia sanitaria en particular*. Obvio es decir que los “derechos fundamentales sociales” son verdaderos derechos en sentido jurídico.

Por otra parte, una característica potencial y sistemáticamente distorsionante del tratamiento constitucional de la Seguridad Social –en la que se inserta la rama de la protección de la salud y en particular la asistencia sanitaria– es la dispersión en diversos preceptos que no obstante forman parte de un mismo grupo o bloque normativo constitucional de conformación diversificada y en ciertos aspectos heterogénea (artículos 41, 43 –precepto que constitucionaliza el derecho social a la salud y que en sentido estricto debe quedar comprendido dentro de la acción protectora de la Seguridad Social–, 49, 50, 149.1.17^a; y todos ellos en relación con el canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 de la Constitución). La consecuencia sistemática es la disgregación del contenido clásico de la Seguridad Social. Pero ese tratamiento diversificado por categorías de prestaciones o ramas de protección viene a reproducir una técnica garantista habitual en la normativa internacional general y europea y no tiene por qué afectar por sí mismo a la relación jurídico-constitucional de un *grupo o bloque normativo constitucional de orientación finalista* en

³¹ ORTEGA LOZANO, P. G.: “La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 847 y ss.

cuanto encaminado a la garantía efectiva e institucional del derecho a la Seguridad Social y en particular al derecho a la salud como uno de los típicos y clásicos derechos de Seguridad Social³².

En el sentido indicado, no es posible separar el derecho reconocido *ex artículo 41 CE* –derecho a la Seguridad Social– del reconocido *ex artículo 43 CE* –derecho a la protección de la salud–. Cuestión diversa será, por supuesto, que en el ejercicio de la libertad de opción que tiene el legislador para llevar a la práctica este derecho se instrumente, esto es, se organice, se gestione y se preste el derecho a la asistencia sanitaria como contenido inexorable del derecho a la acción protectora de la Seguridad Social, desde un subsistema protector institucional diferente o diferenciado, como es el Sistema Nacional de Salud. Éste resulta plenamente reconducible a aquélla desde un concepto amplio de la misma. Ni el modo o instrumento de financiación de la prestación sanitaria –ya sólo a cargo de los Presupuestos Generales del Estado–, ni la atribución orgánica de las competencias de dirección política a un Ministerio específico, ni tan siquiera la mayor capacidad normativa, a raíz de la concurrencia de otros títulos competenciales –artículo 148.1.21ª CE: Sanidad e Higiene– que pueden esgrimir las Comunidades Autónomas, son razones suficientes para predicar la independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social, por más que sea una tendencia político-institucional defendida desde muchos puntos de vista.

En definitiva, es innegable que la protección de la salud y, en particular, de la asistencia sanitaria constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y su forma política: el Estado Social de Derecho. La salud se configura como un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona. De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea, sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una proyección universalista. Esta formulación universalista es coherente con la elevación del reconocimiento de la “persona” en los textos de valor y de rango fundamental. Es un derecho inclusivo e indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. El derecho a la salud impone a los poderes públicos la obligación de que, en vía jurídica y de política del Derecho, garanticen efectivamente los servicios, prestaciones y cuidados exigidos para la satisfacción plena de este derecho social³³.

Por todo lo anterior, analicemos ahora la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre, que avala la regresión del principio universal en materia sanitaria –a la que le han seguido otras sentencias como la STC 140/2017, de 30 de noviembre, y la STC 145/2017, de 14 de diciembre–, y que han quedado en “papel mojado” ya que, con el cambio de Gobierno, se ha aprobado el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, texto normativo al que nos

³² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª. N. (Dirs) *et al*: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1430 y pp. 1438 y 1439.

³³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 845.

referimos en las conclusiones de esta investigación, y que ha traído otro tipo de consecuencias como la retirada del recurso que estaba pendiente ante el Tribunal Constitucional por la Ley de sanidad universal de Cataluña.

3. EL RETROCESO EN MATERIA SANITARIA AVALADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA “DES-UNIVERSALIZACIÓN” DEL DERECHO A LA SALUD

Resuelve el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017, el conflicto positivo de competencia planteado contra los artículos 1, 2 (apartados 2 y 3), 3, 4, 5, 6 (apartados 1 y 2), 7 (apartados 2 y 3), 8 (apartados 1 y 2) y Disposición Final Primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Para el Pleno del Tribunal Constitucional el ámbito material más estrechamente relacionado con la controversia constitucional es el correspondiente a la sanidad –artículo 149.1.16 CE–. En este sentido, en lo que respecta a la determinación de las condiciones de asegurado y de beneficiario del sistema de salud y la complementación de las condiciones financieras básicas en que se desarrolla la prestación farmacéutica, es el título competencial previsto en el artículo 149.1.16 CE –sobre sanidad– el que tiene carácter prevalente.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, *“el título competencial específico sobre sanidad recogido en el artículo 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el artículo 149.1.17 CE”*, pues se ha afirmado que el hecho de que *“el Real Decreto-ley 16/2012 se haya decantado por configurar un régimen de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, basado en el principio del aseguramiento no determina que la materia haya de encuadrarse en el título competencial de Seguridad Social”*. Así, de acuerdo con la doctrina del Tribunal, *“a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (artículo 149.1.17 CE)”* (SSTC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5; 136/2012, de 19 de junio, FJ 3; y más recientemente 64/2017, de 25 de mayo, FJ 3).

La doctrina de este tribunal ha desarrollado la concepción de las bases como un mínimo común uniforme pero mejorable por parte de las Comunidades Autónomas al hilo de interpretar el alcance de lo básico en una serie de materias como es la de las prestaciones sanitarias, en la que el Estado dispone, *ex* artículo 149.1.16 CE, de la capacidad para establecer las normas básicas y la coordinación, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo de las bases y la ejecución. En este sentido, si bien es la primera vez que se plantea ante este Tribunal de un modo directo la cuestión de la naturaleza de la regulación básica del elemento subjetivo del Sistema de Salud, en las SSTC 63/2017 y 64/2017, ambas de 25 de mayo, a propósito del ámbito objetivo de dicho sistema, ya se constató que, en este último, las bases dejaban un margen de mejora a las Comunidades Autónomas, pero no así en cuanto a la determinación de quienes podían ser asegurados o beneficiarios –ámbito subjetivo–. Más concretamente, la STC 64/2017 estableció que *“la exigencia de permitir a las Comunidades Autónomas un margen suficiente para ejercer su*

competencia de desarrollo legislativo de la normativa básica se predica del conjunto de la materia –en este caso, la “sanidad interior”–, no de aspectos concretos de la misma. No son infrecuentes los casos en los que resulta posible que la legislación básica agote legítimamente el espacio normativo en un subsector de aquella materia”.

Pues bien, una vez que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido como básico el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012 –éste último precepto es el que delimita, a efectos del Sistema Nacional de Salud, el ámbito de quiénes ostentan la condición de asegurado y de beneficiario– lo que ahora procede es determinar si la normativa básica estatal colma en su integridad el ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, de tal manera que en el Sistema Nacional de Salud establecido para todo el territorio del Estado el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias tenga el mismo nivel de cobertura subjetiva.

Para el Tribunal Constitucional el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, permite advertir la clara vocación de exhaustividad de este precepto: el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario, que son los títulos jurídicos que habilitan para el ejercicio de aquel derecho. El Real Decreto-Ley 16/2012 ha diseñado un sistema de bases que, en palabras de la STC 139/2016, “*supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud*”, toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, ahora seleccionados, son diferentes a los que establecía la anterior redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, que atendía a otros parámetros distintos.

Por tanto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto.

El artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, después de disponer que “*en la Comunidad Autónoma de Euskadi podrán recibir las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo*” (artículo 2.1 no impugnado), dispone en sus apartados 2 y 3 que “*también recibirán idénticas prestaciones sanitarias*”, en primer lugar, los que dispusieran “*de Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012*” y, en segundo término, aquellas “*personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos*” recogidos en el apartado 3 del citado precepto: empadronamiento en cualquier municipio de Euskadi con antigüedad de un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud del reconocimiento de la prestación sanitaria, percepción de prestaciones integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos o tener ingresos inferiores a lo determinado para la renta básica de inclusión y protección social, y carecer de toda posibilidad de acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

Para el Tribunal Constitucional se aprecia que el precepto reglamentario vasco –artículo 2.2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio– se halla en contradicción con la normativa básica estatal, toda vez que mientras que la norma vasca reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, la normativa estatal únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. En suma, *“conforme al sistema de distribución de competencias anteriormente examinado, el apartado de la norma vasca de referencia resulta, pues, contrario a la normativa básica estatal, que sólo reconoció a estas personas el derecho a la prestación sanitaria durante un período de tiempo muy limitado y no de modo indefinido, resultando, en consecuencia, ambas regulaciones incompatibles, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad”*.

En lo que atañe al artículo 2.3 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, para el Tribunal Constitucional, también se aprecia una contradicción incompatible con la regulación de la normativa básica del Estado: *“el establecimiento en la normativa autonómica de un derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los beneficiarios y asegurados supone desconocer la previsión estatal referida, que exige para que se pueda dar tal acceso la existencia de una contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se constata así que existe una efectiva e insalvable contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica que determina que deba estimarse el conflicto en este punto y declararse, también, la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio”*.

En el fallo de la sentencia, el Tribunal Constitucional decide estimar parcialmente el presente conflicto positivo de competencia, y declarar que son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias y, en consecuencia, inconstitucionales y nulos los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que a continuación se enuncian: a) Del artículo 1, el inciso *“a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo”*. b) Los artículos 2 (apartados 2 y 3), 3, 4 y 5.c). Del artículo 7, apartado 2, el inciso: *“así como las personas a las que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 2 de este Decreto”*. d) Del artículo 8.1: el apartado a). Del apartado b): los incisos *“pensionistas”*, *“mayores de 65 años”*, *“personas viudas”*, *“personas huérfanas menores de 18 años”* y *“personas con minusvalía en grado igual o superior al 33%”*. e) De la Disposición Final Primera, el inciso: *“para dictar las disposiciones precisas para la emisión del documento identificativo previsto en el artículo 5 y...”*.

Frente a la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional se localizan dos Votos Particulares. Para el primer de ellos –Voto Particular que formula el magistrado D^o. Antonio Narváez Rodríguez– el conflicto debería haber sido desestimado y haberse declarado la capacidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco de ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias. La razón no es otra que la de considerar que una doctrina, que se encuentra ya consolidada en el ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, tendría, también, que haber sido aplicada por el Tribunal Constitucional al mencionado ámbito subjetivo de las prestaciones. En otros términos, *“las Comunidades Autónomas pueden, respetando el mínimo*

establecido por el Estado, mejorar las prestaciones sanitarias para sus residentes, asumiendo el coste de estas mejoras, que en ningún caso deben estar incluidas en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud". En efecto, *"el precepto estatal de referencia no restringe la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, siempre que, lógicamente, sea respetado tal mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional del derecho al disfrute de las prestaciones sanitarias"*. Y en este sentido, una vez cumplido el mínimo común denominador establecido por el Estado, no se *"excluye la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias"*.

El segundo de los Votos Particulares –que lo formulan los Magistrados D^o. Fernando Valdés Dal-Ré, D^o. Juan Antonio Xiol Ríos, D^o. Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada D^a. María Luisa Balaguer Callejón– discrepa con la totalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional. De acuerdo con este Voto Particular, ante la constatación de que la reforma del Sistema Nacional de Salud ha dejado sin cobertura sanitaria a determinados colectivos, el mínimo estatal, antes universal, resulta ahora susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, con fundamento general en el principio de autonomía y fundamento específico en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad.

En efecto, en este voto se defiende que las prestaciones públicas sanitarias son susceptibles de mejora si así lo deciden las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales: *"al hacerlo así actúan en el espacio normativo que es propio de la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad, sometida al principio de solidaridad y a la existencia de financiación propia, principios que condicionan pero en modo alguno cercenan el principio de autonomía"*.

Así lo señaló la STC 98/2004, de 25 de mayo (fundamento jurídico 7), añadiendo que esa regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español debe ser entendida, sin perjuicio, *"bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias [...], dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos"*.

Al entrar a contrastar la norma vasca con la legislación básica estatal, el Tribunal Constitucional convierte *"la legislación básica en un muro rígido e infranqueable, que impide por completo el despliegue de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo"* lo que termina por actuar en contra *"de las competencias normativas compartidas en un Estado de estructura plural"*. En efecto, no puede el Estado iniciar y finalizar el desarrollo legislativo de una competencia compartida: *"no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo"*.

En efecto, lo que está vedado al legislador autonómico es precisamente lo contrario: no puede empeorar el régimen de financiación de la prestación farmacéutica haciéndolo más gravoso para el usuario. Sin embargo, con esta sentencia se introduce una quiebra en la

jurisprudencia constitucional que hasta el momento presente ha delimitado las competencias estatales y autonómicas en materia de sanidad, pues se *“anula una norma autonómica que trata de garantizar el derecho a la protección de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mediante una ampliación de las prestaciones sanitarias que encaja perfectamente en el modelo constitucional de distribución de competencias”*.

Por último, en este Voto Particular, se realizan unas reflexiones generales, las cuáles, no podemos pasar desapercibidas. Al respecto, se afirma que algunas Comunidades Autónomas han procedido, como es el caso del País Vasco, afrontar el problema de manera abierta y directa, plasmando dichas medidas en disposiciones de carácter normativo; en cambio, la mayoría de las Comunidades Autónomas han elegido opciones políticas extremas y camufladas de carácter indirecto e informal, al estilo del dictado de instrucciones a los centros sanitarios de su competencia de que faciliten a todos los ciudadanos, con criterios de gratuidad y al margen de su situación jurídica o de su nacionalidad, las prestaciones sanitarias precisas para garantizar su derecho a la salud.

El interrogante que de manera inmediata emerge en este entorno fáctico es el siguiente: *“la vía informal de mejora de la legislación básica en materia de sanidad ¿constituye el único recurso del que pueden disponer las Comunidades Autónomas para procurar combatir la exclusión social derivada de una política restrictiva y centralizadora en materia sanitaria que, además y a nuestro juicio, resulta de todo punto incompatible con el concepto constitucional de bases tal y como el mismo ha sido acuñado por este Tribunal? Una respuesta afirmativa, que es la que de manera silente ha venido a validar la sentencia de nuestra discrepancia, no solo confronta con la cláusula social enunciada en el art. 1.1 de nuestro texto constitucional; adicionalmente cuestiona tanto el principio de seguridad jurídica, en su condición de pilar y motor del Estado de Derecho, como la estructura compleja de nuestro sistema político”*.

4. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

Partimos de que el Estado se conforma como un Estado plurilegislativo donde el poder legislativo se distribuye entre las distintas Unidades Territoriales cuya legitimidad está constitucionalizada. En esta dirección, un examen atento y detenido de los artículos 149.1.16 CE (*“Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”*) y 148.1.21ª CE (*“Sanidad e higiene”*) pone de relieve que, con mayor o menor intensidad, se contienen auténticas competencias compartidas (o, incluso en algún caso “concurrentes” en sentido débil, esto es, de legislación “no básica”) por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la asistencia sanitaria. Junto a los artículos 149.1.16 CE –competencia exclusiva estatal en materia de sanidad exterior– y 148.1.21 CE –competencias autonómicas en materia de sanidad e higiene–, debe tenerse presente el artículo 149.1.17 CE, según el cual, el Estado tiene competencia exclusiva en la *“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*.

Pero al mismo tiempo también debe tenerse presente el artículo 149.1.1 CE, el cual, atribuye al Estado la competencia exclusiva en *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*. Precepto en modo alguno irreducible al

campo sanitario y que se erige en forma de límite a la actuación autonómica: en efecto, “*lo hace asignando al Estado una competencia exclusivamente de tipo normativo y no directamente ejecutivo capaz de impedir por oposición cualquier intervención autonómica que amenace el disfrute de derechos en clave de igualdad, cualquier política autonómica que origine, por tanto, desigualdades en las posiciones jurídicas fundamentales*”³⁴.

En efecto, la regulación de las condiciones básicas corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación no se agota su entero régimen jurídico³⁵. Lo básico, desde una perspectiva constitucional, consiste en el común denominador normativo para todos –tiene carácter mínimo–. La regulación de lo básico por el Estado cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden –y deben– permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección superiores³⁶.

En los planos conceptual y normativo, el sistema constitucional sanitario español es el resultado de un elevado grado de descentralización. Elección que obedece a opciones de política de derecho al margen de las razones de eficacia y eficiencia que puedan concurrir, aunque no sean irrelevantes, como no lo son las razones de equidad que dominan la arquitectura de todo el Sistema Sanitario. Por eso, a la complejidad sustantiva de la política social de protección de la salud hay que añadir, en España, la no menos complejidad de nuestra organización territorial del Estado Social de Derecho definido a su vez como Estado Autonómico de Derecho³⁷.

En todo caso, las fronteras entre una sanidad estatal (artículo 149.1.16 CE) y una sanidad autonómica como acción complementaria o suplementaria de aquélla (artículo 148.1.21ª CE) son difusas a efectos competenciales y, en gran medida, dependientes de la opción de política legislativa que se adopte desde el primer ámbito, siempre y cuando (y esto constituye un límite intrínseco de la potestad estatal de determinación) no suponga una restricción del ámbito propio de la Asistencia Sanitaria externa que suponga un vaciamiento de competencias autonómicas en materia asistencial al privar a las CCAA de espacio vital (STC 76/1986, de 6 de junio; STC 239/2002, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 5).

Por tanto, la legislación del Estado ha de limitarse a la regulación de las condiciones básicas pero no puede establecer un diseño completo y acabado de su régimen jurídico porque ello supondría un vaciamiento del espacio competencial específico de las CCAA (STC 61/1997, de 20 de marzo, STC 118/2001, de 20 de septiembre y STC 212/2005).

³⁴ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El derecho a la protección de la salud: las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, tesis doctoral de la Universidad de Granada, 2016, p. 98.

³⁵ STC 61/1997, de 20 marzo [RTC 1997\61].

³⁶ STC 102/1995, de 26 junio [RTC 1995\102].

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, p. 27. También MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008, p. 382.

En el reparto de competencias dentro del Estado autonómico, de acuerdo con el artículo 149.1.1.^a CE, lo que dicho precepto permite es la regulación de las condiciones básicas, no la regulación total y homogénea de la materia de que se trate (STC 61/1997, de 20 de marzo y STC 239/2002, de 11 de diciembre). En efecto, el marco constitucional diseña un modelo relativamente abierto y flexible de distribución de competencias. Esto es, está abierto al tiempo histórico; no puede entenderse como un “sistema cerrado” o “rígido” de atribución competencial. Toda norma, también las constitucionales, han de ser interpretadas y aplicadas con arreglo a su finalidad y las circunstancias históricas imperantes en el momento de su aplicación³⁸.

En suma, la competencia en materia de asistencia sanitaria se encuentra compartida entre las CCAA y el Estado (artículos 148.1.21^a en relación con el artículo 149.1.16^a CE)³⁹. Por tanto, las Comunidades Autónomas han recibido las transferencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria, creando sus propios servicios de salud y aprobando normas sobre organización sanitaria y prestación de asistencia sanitaria.

Pero fue el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, quien dio un grave giro al contenido de la Ley General de Sanidad. Cambio de modelo que, sin embargo, fue respaldado por el Tribunal Constitucional al considerar que *“la nueva regulación de la condición de asegurado del SNS supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del SNS y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social. Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el artículo 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”*⁴⁰.

Es esta última sentencia la que considera que el Gobierno sí razonaba suficientemente la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, centrada en la exigencia de tomar medidas inmediatas para hacer frente a un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias, admitiendo que la normativa de 2012 supuso un giro a la anterior normativa de extensión progresiva de la asistencia sanitaria y confirmando que el principio de universalidad del artículo 43 CE no supone el derecho incondicionado de toda persona que se encuentra en España a recibir gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias: *“la universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los*

³⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 100, 2009, p. 316.

³⁹ VID. ORTEGA LOZANO, P. G.: “La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, *passim*.

⁴⁰ STC 139/2016, de 21 julio [RTC 2016\139].

*servicios sanitarios del SNS de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios*⁴¹. Por tanto, para el TC, antes de la nueva normativa recientemente en vigor, era constitucional exigir el permiso de residencia para poder acceder a las prestaciones sanitarias –salvaguardando las prestaciones de urgencia vital–. No obstante, la STC 139/2016, de 21 de julio, también poseía tres votos particulares, los que, en resumidas cuentas, vienen a considerar que los establecimientos de requisitos legales internos que vulneren el contenido esencial del derecho a la salud y pongan en peligro la integridad física o la vida del ciudadano, es evidente que suponen una vulneración de los derechos fundamentales universales, debiendo prevalecer siempre la perspectiva sanitaria sobre posibles criterios de ahorro del gasto público⁴².

La consecuencia era obvia: se produjo la superposición del plano económico sobre el social prevaleciendo la lógica de racionalidad económica a la lógica de los derechos sociales⁴³. A su vez, la doble consecuencia de esta afirmación es preocupante: se pretendía consagrar la sostenibilidad del sistema de salud a costa de la reducción del ámbito subjetivo de la protección social⁴⁴.

Pero hay más: lo que la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional parecía desatender es la *vigencia jurídica* de una garantía multinivel del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria, al cual, remite el canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 CE⁴⁵. Ello obligaría desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico a considerar que estamos ante un verdadero derecho social fundamental que disfruta de un contenido esencial identificable en el garantismo multinivel (paradigmáticamente, y evitando referir a todos los niveles de garantía, ese contenido esencial puede apreciarse nitidamente en el artículo 11 de la Carta Social Europea Revisada de 1996)⁴⁶. Siendo ello así, no puede entenderse que estemos ante

⁴¹ STC 139/2016, de 21 julio [RTC 2016\139].

⁴² TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 75. BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Varapalo de Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014, *passim*.

⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L. *La protección de los derechos fundamentales: modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, *passim*.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El derecho a la protección de la salud: las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, tesis doctoral de la Universidad de Granada, 2016, p. 251.

⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014; *Ibid.*, “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016; RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Granada, Ed. Comares, 2017.

⁴⁶ Dicho artículo 11, al reconocer el “*Derecho a la protección de la salud*”, acoge la garantía del contenido social del mismo: “*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1 eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2 establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3 prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes*”. Disposición que ha de interpretarse en necesaria conexión finalista y sistemática con el contenido esencial del derecho a la Seguridad Social reconocido también

(...)

un derecho de “estricta configuración legal” y como tal en la praxis legislativa plenamente disponible en su contenido y alcance por el legislador infraconstitucional que desarrolle las previsiones constitucionales, pues es un derecho constitucional dotado de un contenido esencial (núcleo resistente) identificable en el sistema multinivel de garantía del derecho a la salud (confróntese artículo 43 en relación con el grupo normativo constitucional del cual necesariamente forma parte sistemáticamente el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna).

En este sentido, es evidente la imposibilidad de alcanzar una sanidad de “alta calidad” y universal sin la garantía de sostenibilidad financiera, a su vez imposible en un contexto de descontrol del gasto y/o falta de transparencia, evaluación y uso racional de los servicios encargados de proveer las prestaciones sanitarias. Pero no creemos que el deber de velar porque toda la población que reside en España pueda acceder a una asistencia sanitaria de calidad e igual para todos no puede ser de peor condición, ni tener menos presencia, que el deber de reformar permanentemente el sistema para asegurar la suficiencia financiera de las prestaciones como un ritmo de evolución viable de su cobertura pública⁴⁷.

Antes de que se dictase el recentísimo Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, la regulación del derecho a la asistencia sanitaria dejaba de ser universal exigiéndose tener la condición de asegurado o de beneficiario para tener derecho a asistencia sanitaria. En caso contrario, para recibir asistencia sanitaria se requería el pago de una contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un Convenio Especial con el Servicio Público de salud. Se dejaba la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento, sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno⁴⁸. No obstante, bien es cierto –como establecen los citados votos particulares– que, *de facto*, las CCAA han venido atendiendo y reconociendo el derecho universal a la salud a las personas que con la anterior normativa habían sido expulsadas de este derecho.

Lo cierto es que eran muy pocos los que se podían imaginar que el TC fuera a declarar inconstitucional los preceptos de la normativa del País Vasco, más cuando este mismo tribunal había levantado la suspensión que se había producido por el recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno había presentado contra la citada norma autonómica, reiteramos, hoy ya “papel mojado”.

Además, este mismo tribunal en jurisprudencia anterior ya había declarado que “*en materia de sanidad, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige*

en el artículo 12 (“*Derecho a la Seguridad Social*”) del mismo instrumento normativo con rango de Tratado Internacional Europeo.

⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, p. 15. También MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008, pp. 371 y 372.

⁴⁸ Véase la excelente argumentación de TORTUERO PLAZA, J. L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 60.

que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de "sanidad", para asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos”⁴⁹.

Una de las consecuencias que existía en el trasfondo de la sentencia constitucional era la referida a las distintas reacciones de las CCAA en función de la coincidencia o no del signo político existente en el Gobierno autonómico y el Gobierno central. Véase, al respecto, las CCAA que habían decidido una estricta aplicación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, negando la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular: Castilla La Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, La Rioja y Murcia. En contra de este criterio se encontraban aquellas CCAA que no aplicaban estrictamente la citada normativa: Andalucía, Asturias, País Vasco, Navarra y Cataluña; o aquellas otras CCAA que a través de la confección de mecanismos internos habían decidido continuar otorgando asistencia sanitaria a los inmigrantes: Madrid, Valencia, Canarias, Galicia y Aragón⁵⁰.

Y en referencia expresa al País Vasco, tema central de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional y, de una u otra forma, aplicable también a las restantes autonomías –véase la reciente STC 140/2017, de 30 de noviembre, que versa sobre la inconstitucionalidad contra la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas de la Comunidad Foral de Navarra; o la también reciente STC 145/2017, de 14 de diciembre, que versa sobre la inconstitucionalidad del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana–, el título competencial de la citada CCAA en materia de sanidad interna se localiza en el artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía cuando establece que “*corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior*”. Desarrollo de dicha competencia que ha sido configurada en torno a la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, y cuya exposición de motivos ya adelantaba que “*la ley de Ordenación sanitaria de Euskadi constituye un instrumento fundamental para articular el compromiso que adquieren los poderes públicos vascos con la ciudadanía respecto al desarrollo y aplicación de un derecho tan relevante como el relacionado con la protección y el cuidado de la salud. A través de esta ley se contribuye a completar una de las más importantes facetas del principio de legalidad en sus vertientes democrática y social,*

⁴⁹ STC 22/2012, de 16 febrero [RTC 2012\22].

⁵⁰ Vid. BENLLOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 163.

dotando a la Comunidad Autónoma de Euskadi de una organización y funcionamiento adecuados a nuestro modelo social”.

Título competencial de la CCAA que, en el precepto 6 de la citada ley y en referencia a los principios informadores, establece que *“informan el sistema sanitario de Euskadi los principios de universalidad, solidaridad, equidad, calidad de los servicios y participación ciudadana. Las directrices de política sanitaria, y los objetivos de salud respecto a los cuales se formulen, se ajustarán a dichos principios, persiguiendo una constante adecuación de la planificación de las actuaciones y de los recursos a las necesidades sanitarias de la población”.*

La propia exposición de motivos de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, bien establece que *“el sistema sanitario de Euskadi se configura dentro del sistema nacional de salud en los términos que establece la ley General de Sanidad, asumiendo los mecanismos que se articulan desde los principios básicos de la misma”,* lo que no creemos que fuera óbice –más bien todo lo contrario– para habilitar al Gobierno Vasco a ampliar el catálogo de prestaciones, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y cobertura financiera, obviamente, con cargo a los Presupuestos Generales de la propia Comunidad Autónoma de Euskadi. En este sentido, es el propio artículo 4.1 quien se refiere al carácter universal del derecho a la protección de la salud cuando establece que *“el derecho a la protección de la salud tiene carácter universal en el territorio de Euskadi para todas las personas residentes, así como para las transeúntes, en la forma y condiciones previstas en la legislación general, en los convenios de colaboración e internacionales”.* Estableciendo el propio artículo 4.4 que el Gobierno Vasco podrá ampliar, en el territorio de Euskadi, el catálogo de prestaciones, *“determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y cobertura financiera, bien con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi o con cargo a las personas que las soliciten, estableciéndose criterios que atiendan a la suficiencia financiera de los recursos económicos de los solicitantes y a la tipología de las prestaciones. Asimismo establecerá los supuestos en que proceda la reclamación del importe de los servicios realizados a los terceros obligados al pago”.* Todo lo anterior dentro del principio programático de *“la suficiencia del marco de financiación pública del catálogo de prestaciones sanitarias que asegura la Comunidad Autónoma de Euskadi”* –artículo 8.f)–⁵¹.

Son todos los preceptos anteriores –obviamente en relación con la CE– los que otorgan, en nuestra opinión, el título competencial habilitante para ampliar el ámbito subjetivo de la CCAA de Euskadi en materia de prestaciones sanitarias (hoy ya, una vez más, “papel mojado”), ejecutado por el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y que por sentencia del TC se estipulaba la más que dudosa inconstitucionalidad de los preceptos a los que hace referencia la propia resolución –lo anterior, en grave detrimento del principio universalista de la salud del que hoy, desde el 30 de julio de 2018, sí se disfruta en España–.

⁵¹ Vid. ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “El régimen económico de la asistencia sanitaria en el ámbito de la comunidad autónoma de Euskadi”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 608.

No obstante, en este tema, lo comentado también se veía mezclado y confundido con la mercantilización del acceso a una prestación tan vital y fundamental como es la sanitaria. Este cambio de criterio constitucional (a partir de julio de 2018, reiteramos, sin valor alguno), al final, solo pretendía reducir el gasto público sanitario. En este sentido, el paciente como titular del derecho a la asistencia sanitaria –tristemente– también terminaba actuando como sujeto del mercado y de las leyes que lo regulaban.

Y en relación a este retroceso sanitario o des-universalización, el cual, ha sido bastante efímero, creemos que es conveniente contemplar y trasladarnos a la Observación General número 14, titulada “*el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, más concretamente cuando establece que “*al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte*”⁵².

Y en la Observación General número 3, titulada “*la índole de las obligaciones de los Estados Partes*”, se establece que “*además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”⁵³. Continúa estableciéndose en esta Observación General que “*el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas*”.

Es por todo lo anterior por lo que puede afirmarse que la actual regulación sanitaria ha introducido reformas y modificaciones de carácter restrictivo “*sin emplear justificaciones suficientes ni convincentes, desatendiendo lo instado por el CDESC*”⁵⁴.

⁵² De fecha 11 de agosto de 2000.

⁵³ De fecha 14 de diciembre de 1990.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “¿Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: Propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socio-económicas del sistema”, en (...)

Y en este caso no es que el Estado no haya aplicado el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, sino que fue el propio Gobierno, avalado por el Tribunal Constitucional, quién consideró inconstitucional una norma autónoma favorable que solo venía a complementar a la norma mínima estatal. Por tanto, y atendiendo al derecho que se encontraba en juego –nada más y nada menos que el derecho de todos a la salud–, no podíamos estar nada de acuerdo con la interpretación y fundamentación jurídica del mismísimo Tribunal Constitucional confirmando, una vez más, la pretensión de des-universalización que se pretendía de este derecho. No obstante, todo este régimen se ha visto recientemente modificado con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, consecuencia del cambio de gobierno por moción de censura.

En definitiva, corresponde al Estado dictar las normas básicas, mientras que las Comunidades Autónomas pueden asumir –en sus respectivos Estatutos– competencias para desarrollar aquéllas por la vía legislativa y reglamentaria, y la correspondiente función ejecutiva, así como mejorar los niveles comunes y mínimos de protección estatal (SSTC 44/1982, 32/1983, 80/1988 y 102/1995, entre otras). Por tanto, la competencia estatal se ha de circunscribir al establecimiento de un “común denominador normativo”, sin que en ningún caso las Comunidades Autónomas se puedan ver privadas de la posibilidad de adaptar las bases fijadas estatalmente a sus propias peculiaridades, en virtud de las competencias que la propia Constitución y sus Estatutos de Autonomía les atribuyen⁵⁵.

Ha de buscarse una lógica de intervención que respete las reglas mínimas de regulación estatal. Debe aceptarse el pluralismo jurídico-institucional en la Asistencia Sanitaria autonómica siempre que se respete el mínimo regulatorio marcado por el Estado. Debe crearse un mínimo nivel de calidad en las prestaciones sanitarias, en la sostenibilidad financiera y en la compatibilidad de los sistemas sanitarios con el conjunto de principios de articulación.

Es sensato plantearse la constitucionalidad de la normativa que se encarga de regular la asistencia sanitaria pues es evidente que la salud y su protección se encuentran íntimamente relacionadas con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física, pero no es prudente proceder al detrimento de la universalidad de un derecho tan fundamental como es el derecho a la salud; o lo que es lo mismo, el derecho a seguir viviendo dignamente.

En definitiva, la propia condición de persona no puede verse desvirtuada por criterios económicos de ahorro del gasto público.

No obstante, las sentencias del Tribunal Constitucional que caminaban y respaldaban la des-universalización de la protección sanitaria quedan malogradas una vez que se aprueba

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, p. 882.

⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 93.

el recentísimo Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

En efecto, en fecha de 30 de julio de 2018, se ha publicado, en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Y de acuerdo con la normativa recientemente aprobada, *“el acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona”*. Continúa la normativa estableciendo lo siguiente: *“la garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España”*.

Al hilo de lo anterior, el presente real decreto-ley obedece fundamentalmente a la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, a garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español.

El nuevo modelo desliga el aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y se vincula a la residencia en España, así como a aquellas personas que, sin residir habitualmente en el territorio español, tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, tal sería el caso, por ejemplo, de aquellas personas que bajo la acción protectora de la seguridad social tienen derecho a la asistencia sanitaria, así como la de los trabajadores y pensionistas a los que el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, les reconoce su derecho a la asistencia sanitaria.

Asimismo, partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.

Por otra parte, se establece la aportación farmacéutica para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, por el necesario acceso a la prestación farmacéutica en igualdad de condiciones.

Por todo lo anterior se modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica.

Sin entrar a realizar más indicaciones sobre la normativa recientemente aprobada, lo cierto es que llegamos a una conclusión: no creemos que un derecho tan fundamental como la asistencia sanitaria deba ser modificado cada vez que haya un cambio de ideología política en el gobierno de España.

La protección social de los trabajadores autónomos: Estado de la cuestión y propuestas

Social protection for self-employed workers: State of the issue and proposals

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TSJ DE LA REGIÓN DE MURCIA*

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
SUBINSPECTOR LABORAL EXCEDENTE*

Resumen

En este estudio nos planteamos la existencia o no de un nivel adecuado de protección social en relación con los trabajadores por cuenta propia o autónomos, como uno de los indicadores más relevantes en orden a la configuración de un estatuto jurídico compatible con la realización de un trabajo autónomo decente. Tras abordar la problemática de los trabajadores autónomos económicamente débiles o directamente pobres, se analiza la vigente regulación del régimen especial de encuadramiento de este colectivo, poniendo especial énfasis en las disfunciones derivadas del desequilibrio financiero que históricamente arrastra dicho régimen. La consecución de la homogeneidad protectora con el régimen general pasa, entre otras actuaciones, por una revisión profunda del sistema de cotización de los autónomos, que prevea aportaciones congruentes con el volumen de ingresos profesionales como una exigencia ineludible de justicia, equidad y solidaridad dentro del sistema de Seguridad Social.

Abstract

In this study we consider the existence or not of an adequate level of social protection in relation to self-employed workers or freelancers, as one of the most relevant indicators in order to configure a legal status compatible with the performance of a decent, self-employed job. After addressing the problem of economically weak or directly poor self-employed workers, the current regulation of the special regime for inclusion of this group is analysed, with special emphasis on the dysfunctions derived from the financial imbalance that this regime historically involves. The achievement of protective homogeneity with the general system requires, among other actions, a thorough review of the contribution system for self-employed workers, which provides for contributions consistent with the volume of professional income as an inescapable requirement of justice, equity and solidarity within the Social Security system.

Palabras clave

Trabajo autónomo, trabajo decente, Seguridad Social, pensiones

Keywords

Freelance work; decent work; Social Security; pensions

1. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DÉBILES O DIRECTAMENTE “POBRES”

La crisis económica y las políticas de austeridad y para el control del déficit que los Estados de la UE han implementado para combatirla, han supuesto un deterioro en las condiciones de vida y de trabajo del conjunto de la población trabajadora, siendo muchas las personas ocupadas que ya no encuentran en el empleo una fuente suficiente de ingresos que les permita vivir dignamente. La destrucción de puestos de trabajo, la situación de paro prolongado y forzoso, la devaluación salarial, la proliferación de empleos temporales y a

tiempo parcial, han colocado por debajo del umbral de pobreza a muchos hogares familiares. El resultado de todo ello ha sido la expansión del “precariado”, como clase masiva emergente, que ve limitados sus derechos políticos, civiles, sociales y económicos, y se caracteriza por una creciente desigualdad e inseguridad¹. Se habla así de pobreza laboral o de trabajadores pobres (*working poor*) para referirse a una categoría de trabajadores que vive en hogares cuyas rentas –unidas a las transferencias sociales recibidas– no alcanzan a superar el umbral de pobreza² o a eludir situaciones de carencias materiales graves o severas, considerando al trabajador no de manera individual sino en su dimensión familiar³.

Pese ello, se sigue considerando el acceso al empleo como un pilar de inclusión social y la vía más segura para salir de la pobreza. Sabido es también que, aun cuando no se renuncia a incrementar el número de trabajadores dependientes, desde instancias gubernamentales y supranacionales se viene aplicando un denodado esfuerzo por fomentar la cultura del emprendimiento como mecanismo de generación de empleo para millones de personas desempleadas, y ello a pesar de que la preferencia por el empleo por cuenta propia en España ha caído más de 20 puntos en los últimos doce años, un país en el que un 65,5% de los trabajadores autónomos o *freelance* afirma que abandonaría su negocio por un empleo por cuenta ajena si tuviese la oportunidad⁴. Para muchos trabajadores autónomos, esta vía no ha sido elegida voluntariamente sino sólo como una salida al desempleo, es decir, son autónomos “obligados por las circunstancias”⁵.

Además, los trabajadores por cuenta propia, últimamente caracterizados como “emprendedores”, son uno de los grupos que más sufre la precariedad en el trabajo. El incremento de la flexibilidad ligado a la globalización de la economía, la descentralización productiva y los avances tecnológicos, también alcanza al autoempleo, y así, junto al profesional que es contratado por su cualificación o especialización y puede imponer sus propias condiciones (consultores, economistas, abogados...), y un número importante de microempresas que cuentan con apenas dos o tres empleados para realizar su actividad en régimen de subcontratación, nos encontramos con un número creciente de trabajadores autónomos, personas físicas, que conciertan contratos de corta duración para prestar servicios rápidos y auxiliares, por los que obtienen magros e irregulares ingresos y que podríamos calificar como autónomos “en precario”⁶. Otros profesionales pertenecen al colectivo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES), entre los cuales, un número no despreciable son reconversión de previos empleos asalariados, es decir, trabajadores que han extinguido su relación laboral con la empresa pero siguen vinculados a ella a través de una relación formalmente autónoma como única posibilidad de mantener la

¹ Sobre el fenómeno social del “precariado”, categoría antigua pero que ha crecido extraordinariamente con la última crisis económica y financiera, cfr. STANDING, G., *El precariado. Una nueva clase social*, Barcelona, Pasado & Presente, 2013.

² Siguiendo los criterios de Eurostat, el umbral de riesgo de pobreza se fija en el 60% de la media de los ingresos por unidad de consumo de las personas. Por tanto, aumenta o disminuye en la medida en que lo haga la mediana de los ingresos.

³ CALVO GALLEGO, F.J., “Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación”, *Temas Laborales*, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 134, 2016, p. 65.

⁴ Vid. “Oferta y demanda de empleo en España”, Informe Infoempleo-Adecco 2015, Redes sociales y mercado de trabajo, Madrid 2016, p. 32.

⁵ BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 21.

⁶ BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, cit., p. 34.

ocupación, aun a costa de perder derechos y protección social, verdaderas simulaciones fraudulentas de autoempleo que deben obtener una adecuada respuesta desde los órganos (Inspección, Judicatura...) que tienen bajo su responsabilidad la garantía de cumplimiento de la legislación social.

Si relacionamos el trabajo por cuenta propia con el fenómeno de la pobreza y el riesgo de exclusión social, se observa cómo la mayor proporción de trabajadores pobres se corresponde con los ocupados autónomos, tanto en España como en la UE⁷; un colectivo especialmente vulnerable, tal y como lo ha caracterizado la OIT, que no parece haber recibido la atención política necesaria, ni por parte de las instituciones comunitarias ni desde cada uno de los Estados miembros, a pesar de las recomendaciones realizadas a los Estados por el Comité Económico y Social de que desarrollen unos sistemas de protección social que permitan garantizar unos niveles mínimos de protección a todos los trabajadores, incluidos los autónomos⁸.

2. UN RÉGIMEN PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

2.1. El reconocimiento legal del derecho a la protección social de las personas que ejercen una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma

El artículo 23.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) reconoce el derecho a la Seguridad Social de las personas que realizan una actividad profesional por cuenta propia. Reiterando la fórmula utilizada por el artículo 41 de la Constitución, y de conformidad con lo que dispuesto en el mismo, se establece en dicho precepto que “las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, para concluir diciendo: “Las prestaciones complementarias serán libres”.

No resulta evidente la utilidad de este primer número del artículo 23 LETA⁹, pues, de un lado, se limita a reproducir el contenido del principio rector en materia de protección social que reconoce a todos los ciudadanos el artículo 41 de la Constitución española (“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...”), aunque se procede a adecuar su tenor literal a las características profesionales del colectivo de autónomos, lo que explica que se haya suprimido la mención a la específica protección del desempleo, técnicamente ajena al ámbito del trabajo autónomo (aunque luego reaparezca, con una denominación diferente, al aludir la LETA al reconocimiento de una

⁷ Cfr. CALVO GALLEGO, F.J., “Trabajadores pobres...”, *cit.*, tabla 1, pág. 83, utilizando como fuente Estadísticas Eurostat Personas mayores de 18 años ocupadas sin asalariados en riesgo de pobreza o exclusión social [ilc_peps02].

⁸ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de seguridad social y el Derecho laboral” 2016/C303/07, publicado en el DOUE 19-8-2016.

⁹ MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo*, Madrid, Civitas, 2007, p. 214, se cuestionan “el objetivo o finalidad que se persigue con el precepto, pues es incuestionable que los autónomos tienen derecho al sistema público de protección”.

futura prestación por cese de actividad)¹⁰. Además, podría entenderse que la referencia a este reconocimiento legal es redundante, porque el derecho los trabajadores autónomos a la Seguridad Social ya aparecía y aparece consagrado legalmente, aunque de forma indirecta, en el artículo 7.1.b) TRLGSS que declara incluidos en el campo de aplicación del sistema a “los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo” y al recoger, como uno de los regímenes especiales en los que se estructura el sistema, al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) [art. 10.1.a) TRLGSS], siendo así que la norma reglamentaria aplicable a este régimen –el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto– ya regulaba (y sigue regulando en la actualidad) los criterios de inclusión en el RETA, la obligatoriedad del encuadramiento en el mismo de las personas comprendidas en su campo de aplicación y las normas fundamentales (bien es cierto que muy modificadas) sobre cotización, recaudación y definición de la acción protectora.

En realidad, tanto este artículo 23 como los restantes preceptos que la LETA dedica a la protección social de los trabajadores autónomos (como el art. 24: *Afiliación a la Seguridad Social*, el art. 25: *Cotización a la Seguridad Social* y buena parte del art. 26: *Acción protectora*) se limitan a recoger, de forma genérica, el contenido de normas que previamente ya se habían ocupado de la protección social de los autónomos de un modo mucho más prolijo y extenso, si bien en otros apartados del Estatuto del Trabajo Autónomo –incluido el art. 26– podemos hallar referencias novedosas que sí comportan un avance en el régimen jurídico de la protección social de este colectivo, en especial las que van dirigidas hacia los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

2.2. La confirmación del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos como único régimen de encuadramiento de las personas que realizan una actividad profesional o económica por cuenta propia y su convergencia con el Régimen General

Más allá del reconocimiento legal del derecho al mantenimiento de un sistema de Seguridad Social público para los trabajadores autónomos, el apartado 2 del artículo 23 LETA alude a la simplificación de la estructura del sistema de Seguridad Social al tiempo que consagra legalmente al RETA como régimen único a través del cual se instrumentará la protección de este colectivo. El tenor literal del artículo 23.2 LETA es el siguiente: “La protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se instrumentará a través de un único régimen, que se denominará Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos sin perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, estén encuadrados en otros regímenes de la Seguridad Social”.

En la actualidad, y después de que los trabajadores autónomos del Régimen Especial Agrario fueron integrados en el RETA por la Ley 18/2007, de 4 de julio, únicamente las personas que trabajan por cuenta propia en el sector marítimo-pesquero vienen encuadradas en un régimen de seguridad social extramuros del RETA.

¹⁰ VALVERDE ASENCIO, A.: “La protección social del trabajador autónomo”, en AA.VV. *Comentarios al estatuto del trabajo autónomo*, DEL REY GUANTER, S. (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 251.

Ahora bien, la configuración legal del RETA como único régimen de encuadramiento de todas las personas trabajadoras autónomas o por cuenta propia presenta otra importante excepción, contenida en la disposición adicional quinta de la LETA, donde se admite que los profesionales colegiados puedan optar entre integrarse en el RETA o en la Mutualidad de Previsión Social que tenga constituida el Colegio Profesional al que pertenezcan.

Además de las previsiones que dedica al RETA el vigente TRLGSS en su Título IV, complementadas con las que esta misma norma recoge en su Título V para regular la protección del cese forzoso de actividad (el desempleo de los autónomos), la regulación de este régimen se contiene en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (DRETA) y la Orden de 24 de septiembre de 1970 (ORETA). Se trata de uno de los regímenes que integran el Sistema español de Seguridad Social, que, como es bien sabido, se estructura desde 1966 en un régimen general y varios especiales (art. 9 TRLGSS). Cabe recordar que la aparición de los regímenes especiales responde originariamente a la voluntad de extender el ámbito subjetivo de la Seguridad Social, y formalmente se justifica por la necesidad de adaptar la acción protectora a las peculiaridades (tiempo, lugar o características del proceso productivo) de las actividades profesionales a que se refieren (art. 10.1 TRLGSS). Su número llegó a ser excesivo¹¹, pero se ha reducido drásticamente tras diversas intervenciones legislativas adoptadas para simplificar y racionalizar la estructura del sistema. El art. 10.2 TRLGSS contempla en la actualidad los siguientes regímenes especiales: a) trabajadores por cuenta propia o Autónomos; b) trabajadores del mar; funcionarios públicos, civiles y militares; e) estudiantes; f) otros que determine el MEySS¹². El Régimen Especial Agrario se amortizó en septiembre de 2011 con la integración de los trabajadores por cuenta ajena agrarios en el Régimen General de la Seguridad Social, a través de un sistema especial, y meses más tarde ocurrió lo mismo con el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

De los diferentes regímenes especiales el de autónomos es, hoy, el más importante, tanto cuantitativa como cualitativamente. Sobre lo primero, las cifras hablan por sí solas. Así, en junio de 2017, el número medio de afiliados en alta en el sistema de seguridad social se distribuía del modo siguiente¹³:

¹¹ Aunque uno de los objetivos de la Ley de Bases de 1963 fue reducir el número de Regímenes Especiales, el art. 10 LSS 1966 preveía la existencia de hasta once de ellos, a los que habría que sumar otros 6 creados por el Ministerio de Trabajo (ferroviarios, mineros del carbón, artistas, escritores de libros, toreros y futbolistas). La Disp. Adic. 2ª de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, encomendó al Gobierno la racionalización y simplificación de la estructura del sistema en un plazo de 6 meses, mandato cuyo cumplimiento se produjo, aunque con retraso, por medio del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, que determinó la inclusión en el RGSS de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores Profesionales de Fútbol, Representantes de Comercio, Artistas y Profesionales Taurinos (sobre los mismos *vid.*, BLASCO LAHOZ, J.F., *Regímenes Especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996), mientras que el Régimen Especial de Escritores de Libros se integró en el RETA.

¹² En este grupo cabe situar el Régimen Especial de la Minería del Carbón, regulado por el RD 298/1973, de 8 de febrero.

¹³ Elaboración propia con los datos de *Secretaría de Estado de Seguridad Social. Estadísticas: situación de afiliados en alta por Regímenes y Autonomías* (www.seg-social.es).

RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL	AFILIADOS EN ALTA	% SOBRE TOTAL DE AFILIADOS EN ALTA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
Régimen General	15.049.860	82,07
General	13.879.424	75,69
S.E.Agrario	750.999	4,09
S.E. Hogar	419.438	2,29
Régimen Especial de T. Autónomos	3.216.272	17,54
Régimen Especial del Mar	67.504	0,38
Régimen Especial Minero	2.524	0,01
Total sistema	18.336.161	100,00

Si, además de los autónomos del RETA, se tiene en cuenta a los trabajadores por cuenta propia del régimen especial del mar (14.445 en septiembre 2017), el colectivo de autónomos representa el 17,62% del total de afiliados al sistema.

Cualitativamente también es el régimen especial más importante. Para sostener tal afirmación basta considerar su pacífica existencia actual y futura, pues el RETA escapa al proceso de eliminación de regímenes especiales. Dicho de otro modo: existe la convicción (normativa, política y social) de la necesidad de este régimen especial de seguridad social, frente al carácter eventual de los demás¹⁴.

El llamado *Pacto de Toledo*¹⁵, primero de una amplia serie de documentos que marcan el rumbo actual de la Seguridad Social española, bajo la rúbrica de “simplificación e integración de regímenes especiales”, recomienda¹⁶ “que se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia”. Puesto que el criterio de encuadramiento en el nivel contributivo del sistema español de seguridad social es el desarrollo de una actividad profesional (art. 2 LGSS), de un trabajo, y éste puede ser por cuenta propia o ajena, autónomo o dependiente, estos dos grandes regímenes de Seguridad Social vendrían a recoger ambas realidades. Con estas dos piezas simétricas quedaría configurada la seguridad social contributiva española, haciendo primar el modo según se trabaja (autónomo o dependiente) sobre el sector en el que se trabaja, aunque teniendo en cuenta las particularidades que estos imponen (“contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo”)¹⁷.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El RETA se mueve”, *Aranzadi Social*, 5 (2003), p. 2. Sobre la justificación del RETA, PIÑERO DE LA FUENTE A. J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 180-187.

¹⁵ *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*. BOCG-CD, Serie E, núm. 134, 12 de abril de 1995.

¹⁶ Apartado 6.

¹⁷ Pacto de Toledo: apartado 6.

Con frecuencia, el objeto de lograr una convergencia y simplificación del sistema de Seguridad Social se ha confundido con el de lograr un mayor grado de homogeneidad en materia de acción protectora. Son dos objetivos complementarios pero independientes, pues qué duda cabe que puede lograrse una mayor homogeneidad en la acción protectora que procuran los distintos regímenes sin necesidad de integrar unos en otros.

Tanto en el Pacto de Toledo (Recomendación 4ª) como en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001, se puso de manifiesto la necesidad de homogeneizar el contenido de la acción protectora del nivel contributivo y, particularmente, la mejora y aproximación de las prestaciones del RETA a las del Régimen General de la Seguridad Social¹⁸. Así se hizo constar expresamente en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 24/1997, de 15 de julio, mediante la que se tradujo en instrumento con rango legal una parte del contenido de aquel Pacto.

La mencionada tendencia a aproximar la protección conferida por ambos regímenes ha quedado plasmada, a lo largo de un amplio período temporal, en diversas reformas orientadas a equiparar formalmente la acción protectora provista a los trabajadores encuadrados en el Régimen General y el RETA. Entre las medidas adoptadas a tal fin cabe citar, sin ánimo exhaustivo: la inclusión dentro de la acción protectora del RETA de la prestación económica por incapacidad temporal; la supresión del requisito de carencia previa para lucrar las prestaciones por incapacidad temporal y permanente derivadas de accidente, así como del requisito mínimo de tener 45 años de edad para acceder a la pensión de incapacidad permanente total, y la equiparación de las fórmulas de cálculo de la base reguladora de dicha pensión; la posibilidad de incluir, con carácter voluntario, la protección frente a las contingencias profesionales en la cobertura del RETA, salvo en determinados casos en que resulta obligatoria, con la correspondiente cotización; la extensión a los trabajadores del RETA del incremento del 20% sobre la base reguladora de la pensión por el concepto de incapacidad permanente total “cualificada” y el reconocimiento de la incapacidad permanente parcial derivada de contingencias profesionales; el anticipo de los efectos del subsidio económico por incapacidad temporal desde el cuarto día de la baja, si la incapacidad es debida a contingencias comunes (con el consiguiente incremento de cotizaciones) y desde el día siguiente al de la baja en caso de contingencias profesionales; la aplicación en el RETA de determinadas modalidades de jubilación anticipada; la creación y regulación de una prestación para proteger las situaciones de pérdida involuntaria de actividad de los autónomos, etc.

Por su parte, el artículo 26.5 LETA insiste en que “La acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social”.

En todo caso, la inclusión de los trabajadores autónomos en el sistema protector de la Seguridad Social se ha realizado con arreglo a criterios de flexibilidad y compromiso

¹⁸ Ya en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1963 se establecía entre las directrices que habían de configurar el sistema, que los diversos regímenes obedecieran “a la misma concepción y a principios homogéneos”. Dicha tendencia queda también expresada en el art. 10, aptdos. 3, 4 y 5 LGSS 1974 y reiterada en el mismo precepto y apartados de la LGSS 1994.

congruentes con la singularidad y el individualismo de este grupo social. Tal elasticidad se manifiesta, fundamentalmente, en el reconocimiento al autónomo de la facultad de decidir la protección que puede soportar económicamente, permitiéndole elegir entre una base mínima y una base máxima de cotización y atribuyéndole, asimismo, la decisión de si desea o no quedar cubierto frente a determinadas contingencias, con lo que, en la práctica, se llega a una especie de “acción protectora a la carta”¹⁹.

2.3. Un problema pendiente de resolución: el requisito de habitualidad como criterio determinante de encuadramiento en el RETA y los parámetros para su constatación

La dedicación habitual a la profesión ha sido nota delimitadora del ámbito subjetivo del RETA desde la creación misma de este régimen especial. Actualmente es una de las características configuradoras del concepto de trabajador autónomo en el Estatuto de 2007 –art. 1 LETA– y sirve, a la vez, para delimitar el campo de aplicación del RETA en el nuevo TRLGSS (art. 305).

El requisito de “habitualidad” equivale a continuidad en el desarrollo de la actividad profesional autónoma²⁰, excluyéndose los trabajos que se realizan con carácter marginal y de forma ocasional o esporádica²¹.

La normativa ordenadora del RETA no ofrece elementos interpretativos suficientes para determinar, de forma segura y general, la concurrencia de tal requisito, que queda así configurado como un verdadero concepto jurídico indeterminado de no siempre fácil cuantificación, debiendo valorarse la existencia o no de habitualidad supuesto a supuesto. De hecho, el legislador sólo ofrece pautas interpretativas para los conflictos suscitados con relación a los trabajos de temporada²² y a la suspensión temporal del ejercicio de la actividad por incapacidad debida a enfermedad o accidente²³.

La habitualidad de la actividad es una característica de determinación compleja, ya que ni en la LETA, ni en la regulación del RETA, se contempla ningún criterio que permita precisar la continuidad exigible en el ejercicio de la actividad. Esta laguna legal ha sido suplida por la jurisprudencia, que ha interpretado la habitualidad al margen de parámetros temporales –por la dificultad de probar el tiempo invertido en la actividad– y, en su defecto, utiliza el quantum de los ingresos percibidos por el trabajador como indicio de habitualidad,

¹⁹ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 33.

²⁰ LOPEZ ANIORTE, M^a.C., *Ambito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 68.

²¹ Con relación a esta nota, argumenta la STS/IV de 21 diciembre 1987 (RJ 1987, 9852) que “esta característica de habitualidad, esencial para conceptuar la relación, hay que conectarla con la realización de trabajo”, queriéndose indicar con ello que “la habitualidad no es confundible con la periodicidad, sino que el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que el trabajador desempeñe”.

²² Con relación a las actividades que por su propia naturaleza tienen limitada su realización a determinados periodos anuales, la OM de 24 septiembre 1970 ha precisado que “la habitualidad para los trabajadores que se ocupen en trabajos de temporada quedará referida a la duración normal de ésta”, de lo que se deduce que la fijeza discontinua en la actividad no destruye la nota de habitualidad.

²³ Rige en tal caso la presunción *iuris et de iure* de que la habitualidad subsiste hasta el último día del segundo mes natural siguiente a aquél en que se inició la suspensión (art. 1.2, primer inciso, de la OM 24 septiembre 1970).

por la estrecha relación de aquellos con el tiempo efectivo de dedicación²⁴. Y así, se considera que el SMI es la cuantía límite que sirve como umbral de ingresos a partir del cual se puede apreciar la habitualidad en el ejercicio de la actividad y diferenciarse de aquellas otras que, aun llevándose a cabo en régimen de autonomía, se realicen de forma esporádica u ocasional²⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia no excluye *a limine* el recurso a unidades temporales para cuantificar la habitualidad en el desempeño de la actividad autónoma, cuando ello sea posible por las particulares características del trabajo realizado (p. ej., titular de establecimiento abierto al público sin asalariados a cargo). Asimismo, se ha cuestionado la utilización del SMI como criterio delimitador de la habitualidad a efectos de que una actividad autónoma se incluya o no el ámbito de protección del RETA, en tanto que puede estar derivando hacia la marginalidad determinadas actividades –fundamentalmente comerciales y de servicios que no aparecen en la lista de inclusiones expresas del art. 305 TRLGSS– que, pese a su continuidad (p.ej, establecimiento abierto al público, con pago de impuestos, etc.), generan, o bien resultados negativos (algo que puede ser normal en los inicios de una actividad por cuenta propia), o bien resultados inferiores al SMI, y que por no superar dicho umbral económico quedan desprovistas de un mínimo nivel de protección social pública²⁶. De este modo, a partir de ingresos iguales o superiores al SMI, se ha considerado obligatoria la inclusión en el RETA, sin que se entrara a valorar la observancia de las notas de encuadramiento y, a la inversa, ingresos por debajo de dicho umbral han determinado la exclusión del mismo, e incluso, la declaración, en su caso, del carácter indebido del alta correspondiente a períodos en los que no se hubiera alcanzado el SMI anual. En tales casos, se ha dicho que constituiría una medida equilibrada el establecimiento de mecanismos para la reducción de las obligaciones de cotización, pero, en ningún caso, la expulsión del RETA²⁷. Y viceversa, la obtención unos ingresos superiores al SMI puede ser algo puntual, y obedecer a la prestación de un servicio concreto bien remunerado, pero no implicar una dedicación habitual y continuada a la actividad. Debemos acudir, pues, a las circunstancias que concurran en cada caso, y resolver, de forma casuística, en atención a los datos que en cada supuesto concurran, si procede o no el alta en este régimen especial, toda vez que el módulo económico, lejos de implicar una equiparación conceptual entre la habitualidad y un determinado nivel de ingresos, constituye un mero indicio que solo puede ser tomado en consideración cuando no existen otros datos que por sí solos permitan apreciar la concurrencia de la nota de habitualidad (STS/IV de 14 de febrero de 2002).

²⁴ HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “La opción por el trabajo autónomo: ¿una alternativa frente al desempleo protegida de forma adecuada?”, en AA.VV., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, CALVO GALLEGOS, F.J. y GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, M.R. (dirs.), Murcia, Laborum, 2017, p. 385.

²⁵ Este criterio fue adoptado por la STS/IV de 29 octubre 1997 (RJ 1997, 7863) para la actividad de agente de seguros, y ha sido aplicado con posterioridad, en esa misma actividad () y en otras actividades, como la venta ambulante (STS/IV de 20 marzo 2007 [RJ 2007, 3185]).

²⁶ HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “La opción por el trabajo autónomo: ¿una alternativa frente al desempleo protegida de forma adecuada?”, *cit.*, p. 386.

²⁷ LÓPEZ ANIORTE, M^a.C., “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la "habitualidad" al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2013, LA LEY 4651/2013, p. 17/33.

En cualquier caso, es muy probable que el uso del SMI como criterio delimitador para apreciar la habitualidad sea objeto de un próximo replanteamiento, si es que finalmente se concreta la posibilidad de trabajar autónomamente a tiempo parcial, algo que está previsto en la LETA (arts. 24 y 25) pero cuya aplicación se ha ido postergando [últimamente, por la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (disp. final 17.1), que ha diferido su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2019].

Todo ello, sin olvidar que el legislador ha utilizado el módulo del SMI para determinar la compatibilidad de la pensión de jubilación causada en el Régimen General con el desempeño de una actividad por cuenta propia en el artículo 213.4 TRLGSS. Este precepto dispone que “el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual”, añadiendo que quienes realicen estas actividades económicas “no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social” y “no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social”, con lo que paladinamente está dando a entender que no procede el encuadramiento, con las obligaciones consiguientes de alta y cotización, respecto de estas actividades que reportan magros ingresos.

2.4. La cotización en el RETA. ¿Para cuándo una cotización proporcional a los ingresos?

Una de las singularidades que presenta el régimen de protección de los trabajadores autónomos y lo diferencian del resto de regímenes que integran nuestro sistema de Seguridad Social es el peculiar modelo establecido para dar cumplimiento a la obligación de cotizar.

A diferencia de lo que ocurre en el régimen general, donde la base de cotización se corresponde esencialmente con los ingresos del trabajador, con aplicación de unos topes mínimo y máximo, en el RETA es el trabajador el que en gran medida diseña su esfuerzo contributivo, eligiendo la base por la que desea cotizar entre la mínima y la máxima que resulten de aplicación, dependiendo de la edad del autónomo. Otra peculiaridad de este régimen es que el abono se efectúa por mensualidades completas, con independencia del día en que se proceda al alta o al cese en la actividad, con la excepción que luego se dirá.

Sin embargo, este régimen de cotización que, en principio, parece tan ventajoso por su flexibilidad para las personas que trabajan por cuenta propia, no está exento de ciertos inconvenientes que redundan en el nivel de protección resultante. El principal de ellos es que existe una cuota mínima (275 euros en 2017), siendo ésta exigible a cualquier sujeto por el mero hecho de quedar incluido en el campo de aplicación del RETA²⁸, sin tener en cuenta el nivel de ingresos de la actividad que realice, a no ser que resulte beneficiario de algún tipo de incentivo, bonificación o reducción (por inicio de actividad, conciliación de la vida laboral y familiar, pluriactividad, pertenencia a determinados colectivos...). Así las cosas, con unas cargas sociales fijas en función de la base de cotización elegida, la necesidad de hacer frente a otros pagos derivados del desempeño la actividad y con unos ingresos que por épocas

²⁸ Para los autónomos societarios y aquellos que, en algún momento de cada ejercicio económico y de manera simultánea, dieran ocupación al menos a 10 trabajadores por cuenta ajena, la base mínima de cotización se corresponderá con la mínima del grupo 1 del Régimen General de la Seguridad Social (art. 312 TRLGSS).

pueden resultar inciertos y/o insuficientes, el resultado puede ser que el profesional decida no declarar su actividad, generando bolsas no deseables de economía sumergida, o recurra, para eludir el pago de la cuota de autónomos, cuyo importe puede resultar muy oneroso para quienes solo trabajan unos días o unos meses, a fórmulas de dudosa legalidad –v. gr., facturación a través de cooperativas de trabajo asociado constituidas a tal fin y cotización como asimilados a trabajadores por cuenta ajena–. Por otro lado, la libre elección de bases de cotización –sin que sirvan como referente los rendimientos de la actividad– permite a aquellos autónomos con un nivel de ingresos medio/alto relajar su esfuerzo contributivo, optando por una cotización inferior a su nivel de rentas, y canalizar su ahorro hacia sistemas de aseguramiento privado, situación tampoco rentable ni deseable para el sistema público de protección social²⁹.

Todo lo expuesto marca una tendencia generalizada y persistente en el tiempo de cotización a la baja en el RETA, que los autónomos solo tienen interés en corregir cuando se aproxima la edad de jubilación, con vistas a obtener mejores pensiones, estrategia que lleva a la norma a reaccionar con medidas orientadas a conseguir una distribución más solidaria y equilibrada en el tiempo del esfuerzo contributivo –así, fijando un tope de cotización (el 220% de la base mínima) a los autónomos mayores de 47 años, salvo que vinieran cotizando por una base superior con anterioridad, en cuyo caso podrá seguir manteniendo la cotización –revalorizada– por dicha base–. En un sistema eminentemente contributivo como el nuestro, el resultado es que las pensiones de jubilación causadas en el RETA son, en promedio, las más bajas de todo el sistema.

Como se apuntó, el artículo 25 LETA contempla en su apartado 4 (modificado por la Ley 3/2017) la posibilidad de que por ley se establezca un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de actividad; el problema es que, seguramente por la dificultad de medir la dedicación de los autónomos, este sistema aún no se ha implementado, y la entrada en vigor del precepto se ha demorado hasta el 1 de enero de 2019. A este respecto, interesa señalar que el tema está siendo objeto de estudio en el seno de la subcomisión parlamentaria constituida en el Congreso de los Diputados para preparar la reforma del RETA³⁰.

Por otro lado, sin embargo, la reciente reforma del Estatuto del trabajo autónomo operada por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, introduce un considerable dosis de flexibilidad en la cotización de los trabajadores por cuenta propia, al permitir a éstos modificar la base de cotización (para adecuarla mejor a la fluctuación de sus ingresos) hasta cuatro veces al año (anteriormente dicho cambio solo podía hacerse dos veces), al tiempo que se permiten hasta tres altas y bajas al año sin que los autónomos deban cotizar por el mes completo, sino únicamente por los días que efectivamente hayan desarrollado actividad en el mes en que se produzca el alta o la baja. Pero a partir de la cuarta alta se recupera el régimen general y la cotización es por meses completos.

²⁹ HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “La opción por el trabajo autónomo...”, *cit.*, p. 387.

³⁰ Así lo reitera la Disposición adicional quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

En realidad, la mejor solución para la protección social del autónomo y para la sostenibilidad del propio sistema sería una cotización proporcional a los rendimientos reales del trabajador, como ocurre en el régimen general, de modo que los autónomos con mayores ingresos coticen más (no solo en beneficio propio sino por solidaridad con el sistema) y, al propio tiempo, se puedan reducir las cuotas para actividades con escasos beneficios o en las que concurren períodos de inactividad³¹.

2.5. La acción protectora del RETA: un largo viaje, todavía inacabado, hacia la equiparación con el Régimen General

El artículo 26.5 LETA establece que la acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social.

Según el artículo 314 TRLGSS, la acción protectora del RETA será la comprendida en el artículo 42 LGSS, salvo la protección por desempleo y las prestaciones no contributivas (todas ellas, no solo las pensiones). Además, el artículo 26 LETA (apartados 1 y 2) enumera las prestaciones que componen la acción protectora del RETA, diferenciándolas según su naturaleza en tres clases:

1.- Prestación técnica, básicamente es la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes, sean o no de trabajo que se reconoce en los mismos términos que en el Régimen General³².

2.- Prestaciones económicas: incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia natural, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y familiares por hijo a cargo.

3.- Prestaciones sobre servicios sociales. Se reconducen a las establecidas legalmente y en todo caso comprenderá las prestaciones en materia de reeducación, de rehabilitación de personas con discapacidad, de asistencia a la tercera edad y de recuperación profesional.

No figura en la LETA la asistencia social, a la que, sin embargo, sí se hace referencia en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el RETA, en la acción protectora. Si bien es verdad que la aplicación práctica, al igual que sucede con los servicios sociales, ha sido en su mayoría transferida a las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.20º de la Constitución.

Según reza el art. 28.1 DRETA y el art. 57 ORETA, aparte de los requisitos específicos que se puedan establecer para cada una de las prestaciones, para percibir cualquier prestación, con carácter general, resultan condiciones necesarias que el trabajador encuadrado en el RETA se encuentre afiliado y en alta o en situación asimilada al alta en la

³¹ BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo*, cit., pp. 149-150.

³² Vid. Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, sobre ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

fecha en que se entienda causada la prestación (fecha del hecho causante) y que el trabajador autónomo se encuentre al corriente en el pago de sus cotizaciones en el mismo momento.

A continuación se aborda el análisis de las prestaciones de Seguridad Social del RETA, atendiendo sobre todo a las especificidades que presenta el contenido y la dinámica de la acción protectora en este régimen en relación con las prestaciones del Régimen General.

2.5.1. Incapacidad temporal

Tras numerosos vaivenes normativos, la disposición adicional tercera.¹ LETA establece la obligatoriedad para los trabajadores autónomos de asegurar los riesgos profesionales³³. Con ello, ya no se parte de la voluntariedad de optar o no por cubrir la prestación de IT (como ocurría hasta 1-1-2008) sino de la preceptividad de su cobertura, como indica el artículo 315 TRLGSS. Tal obligación existe, salvo que se tenga cubierta la prestación de IT en razón de la actividad desarrollada en otro régimen de la seguridad social (pluriactividad). Además, deben tenerse en cuenta las especialidades establecidas respecto de los trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes y del sistema especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

Las personas trabajadoras por cuenta propia deberán formalizar la cobertura por IT derivada de contingencias comunes en el RETA con carácter obligatorio –sin perjuicio de que, encontrándose en situación de pluriactividad, puedan formalizar la cobertura voluntariamente³⁴–, con una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social³⁵, que estará obligada a aceptar toda propuesta de adhesión conforme a lo previsto en los artículos 74 y 75 del Reglamento General sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre³⁶. No obstante, las opciones para acogerse a la cobertura por IT que se hubieran producido antes de 1 de enero de 1998, formalizadas con una Mutua, mantendrán su validez con la entidad con la que se hubieren celebrado³⁷.

El nacimiento del derecho a la prestación se produce a partir del cuarto día inclusive de la baja médica en la correspondiente actividad, siendo la cuantía del subsidio del 60% de la base reguladora hasta el vigésimo día de la baja, y del 75%, a partir del día vigésimo

³³ La obligación general se estableció a partir del día primero de enero del ejercicio siguiente a la entrada en vigor de la LETA (1 de enero de 2008).

³⁴ En el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o que desempeñen actividades en que la cobertura de las contingencias profesionales resulte obligatoria por su mayor riesgo de siniestralidad, la cobertura por IT es siempre obligatoria incluso si se encuentran en situación de pluriactividad, según el artículo 47.3. 2º párrafo del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas, y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (en adelante, RGIA).

³⁵ Hasta enero de 1998, los trabajadores autónomos podían formalizar la cobertura de la IT con la Entidad Gestora correspondiente -INSS- o con una Mutua, pero los autónomos que soliciten el alta a partir de aquella fecha, y se acojan a la prestación económica por IT, han de llevar a efecto su cobertura, necesariamente, en una Mutua, que habrá de asumir dicha cobertura con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social (disposición adicional 14ª Ley 66/1997).

³⁶ Vid. artículo 47.2., del RGIA.

³⁷ Vid. la disposición transitoria segunda del RD 1273/2003.

primero. En los supuestos en que el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales, o las tenga cubiertas de forma obligatoria, y el subsidio se hubiese originado a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, la prestación nacerá a partir del día siguiente al de la baja, en cuantía de un 75% de la base reguladora³⁸. La base reguladora se determina dividiendo entre 30, la base de cotización del trabajador correspondiente al mes anterior al de la baja médica, manteniéndose durante todo el proceso de IT, incluidas las recaídas, salvo que el interesado hubiera optado por una base de cotización de cuantía inferior, en cuyo caso se mantendrá ésta última³⁹.

Los trabajadores por cuenta propia que se encuentran en IT están obligados a presentar, ante la correspondiente entidad gestora o colaboradora, en la forma y con la periodicidad que determine la entidad gestora del régimen en que estén encuadrados⁴⁰, declaración sobre la persona que va a gestionar directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad, con el objeto de que la Administración pueda comprobar la situación del establecimiento del titular durante la IT. Mientras se encuentre en IT, el trabajador autónomo tiene obligación de presentar en el INSS, con periodicidad semestral, desde la fecha de inicio de la IT, la declaración de situación de la actividad si fuese requerido.

Es requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación por incapacidad temporal que el interesado se encuentre al corriente de pago en las cotizaciones a la Seguridad Social, sin perjuicio de los efectos de la invitación al ingreso de las cuotas en los supuestos que proceda⁴¹.

2.5.2. Maternidad

En principio, las personas trabajadoras autónomas tienen derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General en el capítulo VI del Título II TRLGSS.

En lo que afecta a la posibilidad del disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, de acuerdo con el artículo 318.a), párrafo segundo, del TRLGSS, desarrollado por la disposición adicional primera.8 del RD 295/2009, se prevé que «los trabajadores por cuenta propia podrán, asimismo, disfrutar los descansos por maternidad y

³⁸ Vid. el artículo sexto, apartados 1 y 2, en relación con los artículos décimo y undécimo del RD 1273/2003, conforme al artículo 321 TRLGSS.

³⁹ Vid. artículo sexto.2 del RD 1273/2003.

⁴⁰ Los trabajadores por cuenta propia o autónomos que se encuentren en situación de IT vienen obligados a presentar en el INSS, en el plazo de quince días, desde el inicio de la situación de la IT, junto con el parte médico de baja, declaración sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza, o en su caso, de cese temporal o definitivo de la actividad, a fin de que la Administración pueda verificar la situación en la que queda el establecimiento del que es titular durante la situación de IT (apartado segundo de la Resolución de 1 de marzo de 1994 de la Dirección General del INSS).

⁴¹ Vid. artículo duodécimo, párrafo 1º del RD 1273/2003.

paternidad a tiempo parcial, a cuyos efectos, la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100»⁴².

En el supuesto de parto, dispone el artículo 3.4 RD 295/2009 que cuando la madre, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad⁴³.

En cambio, si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, o cuando no tenga este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de la Seguridad Social.

También en esta prestación los trabajadores presentarán, si la entidad gestora lo estima conveniente, una declaración de situación de la actividad (art. 14.2.8º RD 295/2009).

2.5.3. Paternidad

Al igual que en la maternidad, los trabajadores autónomos tienen derecho a la prestación por paternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General en el capítulo VII del Título II LGSS.

El período de duración del subsidio se inicia, bien desde el nacimiento del hijo, bien desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice el periodo correspondiente al descanso por maternidad, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicho descanso, siempre que, en todo caso, se produzca el cese en la actividad durante dicho período (art. 26.3, párrafo segundo, RD 295/2009).

También se prevé la posibilidad del disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial (disposición adicional primera. 8 del RD 295/2009), en los términos examinados en la maternidad. Si durante esta situación se inicia un proceso de IT, la base reguladora de éste se reducirá en un 50% (art. 27.2 6º, párrafo final, RD 295/2009).

⁴² Si durante esta situación se inicia un proceso de IT, la base reguladora del subsidio por IT se reducirá en un 50% (artículo 10.3, párrafo 2º, final RD 295/2009).

⁴³ El mismo tratamiento se otorgará:

- 1.- Cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional.
- 2.- Cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa.

Asimismo, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena (art. 23.6 RD 295/2009).

2.5.4. Riesgo durante el embarazo

Se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de interrupción de la actividad profesional en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora correspondiente. No se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada⁴⁴.

En el subsidio por riesgo durante el embarazo es aplicable a las trabajadoras del RETA lo dispuesto para las trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General, de acuerdo con el artículo 318.b) que se remite al capítulo VIII del Título II, ambos del TRLGSS.

Las trabajadoras, con excepción de las integradas en el Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia o de las autónomas económicamente dependientes, además de la preceptiva solicitud deberán acompañar, junto con la certificación médica, en su caso, y la acreditación de la cotización (con objeto de calcular la cuantía y justificar así el requisito de encontrarse al corriente), una declaración de situación de la actividad, si la entidad gestora lo estima conveniente⁴⁵.

El derecho al subsidio nace el día siguiente a aquel en que se emite el certificado médico por los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora competente, si bien los efectos económicos se producirán desde la fecha del cese efectivo en la actividad profesional correspondiente⁴⁶.

El subsidio se abona durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o la del feto, mientras persista la imposibilidad de reanudar su actividad profesional⁴⁷.

Según el artículo 43.3 RD 295/2009, las causas de extinción del subsidio son las siguientes:

- a) Inicio del período de descanso por maternidad.
- b) Reanudación de la actividad profesional desempeñada.
- c) Causar baja en el RETA.

⁴⁴ Artículo 40 RD 295/2009.

⁴⁵ Vid. artículo 47.4 RD 295/2009.

⁴⁶ Artículo 43.1 RD 295/2009.

⁴⁷ Artículo 43.2 RD 295/2009.

- d) Interrupción del embarazo.
- e) Fallecimiento de la beneficiaria.

La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales⁴⁸. Si la trabajadora no ha formalizado la cobertura por riesgos profesionales, pero hubiera cubierto la protección por IT derivada de contingencias comunes, será competente para la gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo la entidad gestora o colaboradora que cubra dicha situación⁴⁹. En cambio, si no tuviera cubierta la protección por IT derivada de contingencias comunes, cuando tal protección sea opcional, la gestión de la prestación corresponderá a la entidad gestora⁵⁰.

2.5.5. Riesgo durante la lactancia natural

En el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, es aplicable a las trabajadoras del RETA lo dispuesto para las trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General, de acuerdo con el artículo 318.b), que se remite al capítulo IX del Título II, ambos del TRLGSS. Por su parte, el artículo 49.1, párrafo 2º, del RD 295/2009, prevé que se considerará situación protegida el período de interrupción de la actividad profesional durante el periodo de la lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social correspondiente.

2.5.6. Incapacidad permanente

La pensión de incapacidad permanente se reconoce en las mismas condiciones que en el Régimen General, en concreto, se aplicará en el RETA lo dispuesto en los artículos 194, apartados 2 y 3; 195 excepto el apartado 2; 197, apartados 1, 2 y 3; y 200, todos ellos de la LGSS. Asimismo, será de aplicación lo previsto en el último párrafo del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 196 TRLGSS. A efectos de determinar el importe mínimo de la pensión y del cálculo del complemento a que se refieren, respectivamente, dichos apartados, se tomará en consideración como base mínima de cotización la vigente en cada momento en el Régimen General, cualquiera que sea el régimen con arreglo a cuyas normas se reconozcan las pensiones de incapacidad permanente total y de gran invalidez⁵¹.

a) Grados

Se entiende por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 50% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de aquélla⁵². Se exige, pues, una mayor disminución del rendimiento

⁴⁸ Artículo 46.1 RD 295/2009.

⁴⁹ Artículo 46.2 RD 295/2009.

⁵⁰ Artículo 46.3 RD 295/2009.

⁵¹ Artículo 318.c) TRLGSS.

⁵² Artículo cuarto.2 del RD 1273/2003.

profesional del trabajador autónomo que para el trabajador por cuenta ajena en el Régimen General, pues en éste se exige tan sólo una disminución de al menos el 33% del rendimiento normal para que pueda calificarse como incapacidad permanente parcial.

Con respecto a la incapacidad permanente total para la profesión habitual, se reconoce una pensión vitalicia del 55% de la base reguladora o una indemnización de 40 mensualidades de la citada base⁵³.

La pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual se incrementará en un 20% de la base reguladora que se tenga en cuenta para determinar la cuantía de la pensión cuando el pensionista acredite los siguientes requisitos⁵⁴:

- Que tenga una edad igual o superior a los 55 años.
- Que no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.
- Que no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera, como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

b) Base reguladora

Cuando la incapacidad deriva de contingencias comunes, la base reguladora se calcula de la misma forma que en el Régimen General, salvo en lo referente a la integración de lagunas, por lo que, si en el período tomado en cuenta para efectuar el cálculo apareciesen meses en los que no hubiera habido obligación de cotizar, éstos no se completarán con las bases mínimas vigentes para los trabajadores mayores de 18 años, sino que se toma cero como base para esos meses, permaneciendo inalterable el divisor establecido⁵⁵. Cuando la incapacidad permanente deriva de contingencias profesionales, la base reguladora la constituye la base de cotización del trabajador en la fecha del hecho causante de la prestación⁵⁶.

⁵³ La opción debe ejercitarse por los interesados dentro de los treinta días siguientes a la declaración de incapacidad. Transcurrido el mencionado plazo sin ejercitar el derecho de opción, ésta se entenderá efectuada a favor de la pensión vitalicia. También se entenderá ejercitado el derecho de opción en favor de la pensión vitalicia si el trabajador tuviese cumplidos los 60 años de edad en la fecha en que se entienda causada la prestación. La opción tendrá en todo caso carácter irrevocable (véanse, artículo 38.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y artículo 77 de la Orden de 24 de septiembre de 1970). Vid. asimismo el artículo cuarto.3 del RD 1273/2003.

⁵⁴ Vid. párrafo 3º del apartado 1 del artículo 38 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, añadido por el artículo tercero del Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, sobre reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual para los trabajadores por cuenta propia.

⁵⁵ Vid. disposición adicional octava.2, de la LGSS en la redacción de la Ley 40/2007, relacionada con el artículo 140.4, ambos de la LGSS.

⁵⁶ Vid. artículo séptimo del RD 1273/2003.

c) Hecho causante y efectos económicos

El hecho causante se entiende producido en la misma fecha que la establecida, según los diversos supuestos previstos para el sistema de la Seguridad Social⁵⁷, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina el 5 de marzo de 2001, por la que deben entenderse modificados los artículos 61 y 76 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, al haber sido afectados por normas posteriores que alteran la aplicación general de la fórmula genérica en ellos prevista.

2.5.7. Lesiones permanentes que no causan incapacidad

Las lesiones permanentes no invalidantes dan lugar a indemnizaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y demás normas de desarrollo⁵⁸.

2.5.8. Jubilación

Se regula en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien solo se aplica lo dispuesto en los artículos 205 (beneficiarios); 206 (jubilación anticipada por razón de la actividad o en caso de discapacidad); 208 (jubilación anticipada por voluntad del interesado); 209, excepto la letra b) del apartado 1 (integración de lagunas); 210 (cuantía); 211 (factor de sostenibilidad); 213 (incompatibilidades y 214 (pensión de jubilación y envejecimiento activo), todos ellos del TR LGSS. Lo dispuesto en el artículo 215 (jubilación parcial) será de aplicación en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente⁵⁹, aspecto éste que aún sigue pendiente de regulación.

Con carácter general, en el RETA no es posible jubilarse antes de la edad ordinaria legalmente prevista. No obstante, en determinados supuestos especiales, es posible la jubilación aun cuando el trabajador no haya cumplido la edad mínima para causar el derecho a la pensión; así ocurre en el caso de aquellos trabajadores que, a lo largo de su vida laboral, hayan efectuado cotizaciones en alguno de los regímenes de la Seguridad Social que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada, siempre que cumplan determinados requisitos⁶⁰.

La LETA reconoce –artículo 26.4– la posibilidad de jubilarse anticipadamente a las personas que trabajen por cuenta propia, en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad, en los términos que se establezcan reglamentariamente, siempre que reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación salvo la edad, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho para los trabajadores por cuenta ajena. En el mismo sentido, se entienden comprendidos los trabajadores autónomos con discapacidad, en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena.

⁵⁷ Véanse las diversas situaciones en el artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, y artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre.

⁵⁸ Vid. artículo octavo, 2º párrafo del RD 1273/2003.

⁵⁹ Artículo 318.d) TRLGSS.

⁶⁰ Vid. en este sentido, la disposición transitoria quinta del TRLGSS, sobre la jubilación anticipada en determinados casos especiales.

Con respecto a la jubilación parcial, por el momento no se protege, al dirigirse ésta en exclusiva a los trabajadores por cuenta ajena⁶¹; sin embargo, se prevé que la jubilación parcial será de aplicación cuando se establezcan reglamentariamente sus términos y condiciones, desarrollo que todavía no se ha producido⁶².

La cuantía de la pensión se calcula de igual forma que en el Régimen General, en función exclusiva de los años efectivamente cotizados⁶³, y aplicando las mismas reglas⁶⁴, salvo que para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, las lagunas de cotización no se integran con las bases mínimas, en la forma que se establece en el artículo 209.1 b) de la LGSS. Si a eso se añade que es habitual cotizar por la base mínima durante buena parte del período de vida profesional activa, el resultado es una importante concentración de pensiones mínimas, sufragadas con recursos estatales, en el colectivo de pensionistas autónomos que no han cotizado el tiempo necesario para optar a la pensión completa.

Los efectos económicos tienen lugar el día 1 del mes siguiente a la fecha del hecho causante.

La pensión de vejez es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio del que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad⁶⁵. Se aplican las mismas reglas que figuran en el Régimen General (art. 213 TRLGSS), si bien, por su especificidad, cabe recordar que «el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual», sin que los ejecutantes de estas actividades económicas estén obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social ni generaren derecho a nuevas prestaciones (art. 213.4 TRLGSS).

Recientemente se ha modificado el régimen jurídico de la denominada “*jubilación activa*”, una modalidad que permite compatibilizar, cumpliendo determinadas condiciones, el percibo de la pensión de jubilación con el desempeño de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o a tiempo parcial. Para ello, el artículo 214 TRLGSS exige que se acceda a la pensión una vez cumplida la edad ordinaria que en cada caso resulte de aplicación y que el porcentaje aplicable a la base reguladora, a efectos de determinar la cuantía de la pensión, alcance el 100 por 100. En estas condiciones, la cuantía de la pensión

⁶¹ Vid. artículo 10 del RD 1131/2002.

⁶² Artículo 318.d), párrafo segundo, TRLGSS.

⁶³ Artículo 322 TRLGSS. No se aplica la escala de abono de años, según edad cumplida en 1-1-67, a efectos del cómputo de años de cotización (años teóricos).

⁶⁴ Como señala el artículo 318.d), párrafo primero, TRLGSS.

⁶⁵ Vid. artículo 93.2, de la Orden de 24 de noviembre de 1970, con la redacción establecida por la Orden de 31 de julio de 1976 (BOE de 10 de agosto).

A este respecto, y acerca del concepto “funciones inherentes a dicha titularidad”, Vid., la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social, 5-028, de 14 de octubre de 1999, en donde se especifica que las funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate, comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquéllas. Además, cuando ese ‘titular’ se asimile a un administrador con control sobre la sociedad en los términos de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, las ‘funciones inherentes a la titularidad’ incluirán también aquellas actividades que por Ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de administración. Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA.

de jubilación equivalente compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. Ahora bien, tras la modificación introducida en esta modalidad de jubilación por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, si la actividad compatible con la pensión se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 100 por 100, lo que constituye una clara ventaja para el pensionista que decida mantenerse activo como autónomo empleador más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, al no tener que renunciar a parte alguna de su pensión.

Con todo, esta regulación suscita algunos interrogantes, como el tratamiento que han de merecer las extinciones contractuales de los trabajadores que han mantenido su vinculación laboral con el autónomo que ha anticipado el devengo de la pensión de jubilación, una vez que aquél decida retirarse efectivamente con cese definitivo en la actividad. ¿Podrá invocarse en ese momento, retardadamente, la causa de extinción (jubilación del empresario) prevista en el art. 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores o sería tarde para hacerlo porque la jubilación se entiende producida, también a efectos laborales, con el acceso a la pensión de jubilación? No se nos escapa que la segunda interpretación tendría un efecto disuasorio de la reforma sobre la jubilación activa de los autónomos, que no se verían animados a solicitar la compatibilidad plena si llegado el momento tuvieran que hacer frente al pago de cuantiosas indemnizaciones por una extinción acasual (despido improcedente).

2.5.9. Muerte y supervivencia

Las prestaciones de muerte y supervivencia serán reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General, según, lo dispuesto en los artículos 219 (pensión de viudedad del cónyuge sobreviviente), 220 (supuestos de separación divorcio o nulidad matrimonial), 221 (parejas de hecho), 222 (prestación temporal de viudedad), 223 (compatibilidad y extinción viudedad), 224 (pensión de orfandad), 225 (compatibilidad pensión de orfandad); 226, apartados 4 y 5; 227 (prestación a favor de familiares), apartado 1, párrafo segundo; 229 (límite de la cuantía de las pensiones); 231 impedimento para ser beneficiario); 232 (supuesto cautelar); 233 (incremento de las pensiones de orfandad y a favor de familiares); y 234 (abono de las pensiones de orfandad en determinados supuestos)⁶⁶.

Cuando la prestación por muerte y supervivencia, deriva de contingencias profesionales, la base reguladora la constituye la base de cotización del trabajador en la fecha del hecho causante de la prestación⁶⁷.

⁶⁶ Vid. artículo 318.e) de la LGSS.

⁶⁷ Vid. artículo séptimo del RD 1273/2003.

2.5.10. Protección a la familia

Los trabajadores autónomos tienen derecho a protección en los supuestos que figuran en el Capítulo XV del Título II del TRLGSS, descartando la protección en la vertiente no contributiva ex. art. 314 TRLGSS. Sin embargo, se observa que no en todos los supuestos que se contienen en el citado Capítulo XV encuentra encaje el trabajador autónomo, por ejemplo, no lo tiene en el caso de la prestación no económica por hijo o familiar a cargo (art. 237 TRLGSS), al encontrarse conectada con el disfrute de los períodos de excedencia para quienes tienen un contrato de trabajo en el artículo 46.3 ET.

2.5.11. Cese de actividad

Los trabajadores de este Régimen Especial no tienen derecho a la protección por desempleo; sin embargo, la LETA (disposición adicional cuarta) prevé la creación para los trabajadores autónomos de la denominada “prestación por cese de la actividad”, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida. Esta prestación posee carácter contributivo. Originariamente se contempló una prestación por cese de actividad de carácter asistencial, pero fue dejada sin efecto de forma casi inmediata.

La prestación por cese de actividad fue regulada por Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, la cual ha desarrollado ese sistema específico de protección destinado a aquellos trabajadores autónomos que dan por finalizada su actividad de manera involuntaria. El contenido de la citada Ley 32/2010 ha sido trasladado al Título V del TRLGSS, quedando aquella ley derogada.

El artículo 327 TRLGSS contiene la configuración de la protección por cese de actividad, al delimitar su carácter voluntario, el objeto y ámbito de aplicación. El artículo 329 TRLGSS enumera las prestaciones que comprende el nuevo sistema de protección por cese de actividad, siendo las siguientes:

- a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad.
- b) El abono de la cotización de Seguridad Social del trabajador autónomo, por contingencias comunes, al régimen correspondiente.
- c) Medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos beneficiarios del mismo.

En cuanto a los requisitos establecidos para el acceso a la protección por cese de actividad, recuerdan a los establecidos para la prestación por desempleo destinada a trabajadores por cuenta ajena y son los siguientes (art. 330 TRLGSS, art. 2 del RD 1541/2011, de 31 de octubre):

- 1º) Estar afiliados y en situación de alta y cubierta la contingencias de cese de actividad, en el RETA, o en el RETM en su caso.

- 2º) Solicitar la baja en el Régimen Especial correspondiente como consecuencia del cese de actividad.
- 3º) Tener cubierto el período mínimo de cotización por cese de actividad (12 meses continuados e inmediatamente anteriores al cese). Como se observa, se exige el mismo período de carencia que el previsto para la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, si bien el período dentro del cual debe comprenderse resulta notoriamente más exigente para los autónomos, pues para éstos será necesario que se hayan cotizado en los 12 meses inmediatamente anteriores y sin interrupciones hasta el momento del hecho causante, en cambio, para que el trabajador por cuenta ajena cumpla este requisito tiene un margen de 6 años anteriores al hecho causante en lugar de uno, y sin que sea preciso que sean seguidos o continuados como se exige en la prestación por cese en la actividad.
- 4º) Encontrarse en situación legal de cese de actividad, suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300 TRLGSS y acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el Servicio Público de Empleo de la correspondiente Comunidad Autónoma, o en su caso el Instituto Social de la Marina.
- 5º) Acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el Servicio Público de Empleo correspondiente, mediante la suscripción del compromiso de actividad⁶⁸.
- 6º) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello⁶⁹.
- 7º) Hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. No obstante, si en la fecha del cese de actividad no se cumpliera con este requisito, el órgano gestor invitará al trabajador autónomo a que, en el plazo improrrogable de treinta días naturales, ingrese las cuotas debidas y tenga cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a la protección. La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección.

⁶⁸ Sobre el particular, vid. el artículo 29 del RD 1541/2011, de 31 de octubre.

⁶⁹ A los efectos de acreditación de este requisito, para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Mar, se considerará como edad ordinaria la inferior a la establecida por la Ley que corresponda, por aplicación de los coeficientes reductores, en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%, así como los que pudieran ser de aplicación a los trabajadores por cuenta propia de cualesquiera otros regímenes o colectivos [artículo 2.1.f) RD 1541/2011, de 31 de octubre].

El derecho a la prestación económica por cese de actividad nace a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad⁷⁰. La duración de la prestación por cese de actividad está en función de los períodos de cotización efectuados dentro de los 48 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad de los que, al menos, doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese, con arreglo a la siguiente escala (art. 338 TRLGSS)⁷¹:

Período de cotización (Meses)	Período de la protección (Meses)
De doce a diecisiete	2
De dieciocho a veintitrés	3
De veinticuatro a veintinueve	4
De treinta a treinta y cinco	5
De treinta y seis a cuarenta y dos	6
De cuarenta y tres a cuarenta y siete	8
De cuarenta y ocho en adelante	12

Además, en el caso de los trabajadores autónomos entre los 60 años y la edad en que se pueda causar derecho a la pensión de jubilación, se incrementa la duración de la prestación, que será la que se indica en la siguiente tabla:

Período de cotización (Meses)	Período de la protección (Meses)
De doce a diecisiete	2
De dieciocho a veintitrés	4
De veinticuatro a veintinueve	6
De treinta a treinta y cinco	8
De treinta y seis a cuarenta y dos	10
De cuarenta y tres en adelante	12

La cuantía de la prestación por cese de actividad será, durante todo el periodo de disfrute de la misma, el 70% de la base reguladora constituida por el promedio de las bases cotizadas durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese (art. 339, apartados 1 y 2, TRLGSS). Es el mismo porcentaje que se establece para la protección del desempleo, si bien en ésta solo respecto de los primeros 180 días (seis meses) dado que a partir del día 181 baja al 50 por ciento (art. 270.2 TRLGSS). Asimismo, para determinar la base reguladora se toma el promedio de los últimos 12 meses inmediatos al cese, en lugar de los últimos 180 días que se toman para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo (sin exigirse que sean continuados).

Al igual que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, la cuantía máxima de la prestación por cese de actividad está en función de la existencia de hijos a cargo, y así será

⁷⁰ Es obvio que cuando el TRADE haya finalizado su relación con el cliente principal, para tener derecho al disfrute de la prestación no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación (artículo 337.1 párrafo tercero LGSS).

⁷¹ Sobre la duración del derecho a la protección por cese de actividad, Vid. el artículo 12 del RD 1541/2011, de 31 de octubre.

del 175% del IPREM⁷², salvo cuando el trabajador autónomo tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200% o del 225% de dicho indicador. La cuantía mínima de la prestación por cese de actividad será del 107% o del 80% del IPREM, según que el beneficiario tenga o no hijos a su cargo⁷³.

El orden jurisdiccional competente para conocer de las decisiones del órgano gestor relativas al reconocimiento, suspensión o extinción de las prestaciones por cese de actividad, así como al pago de las mismas será el orden social. El interesado podrá efectuar reclamación previa ante el órgano gestor antes de acudir al órgano jurisdiccional del orden social competente. La resolución del órgano gestor habrá de indicar expresamente la posibilidad de presentar reclamación, así como el plazo para su interposición (artículo 350 LGSS).

2.6. Cobertura de las contingencias profesionales

Durante mucho tiempo los trabajadores del RETA estuvieron excluidos del aseguramiento de las “contingencias profesionales”, sin que ello fuera considerado inconstitucional (STC 38/1995, de 13 febrero). Tal estado de cosas se corrigió mediante el artículo 40. Cuatro de la Ley 53/2002, que añadió una nueva disposición adicional trigésima cuarta a la LGSS 1994, por la que se mejoraba voluntariamente la acción protectora incorporando la de “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”; disposición que sería desarrollada por el Capítulo I del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre (RD 1273/2003). Como consecuencia de todo ello, es posible la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores autónomos a partir de 1 de enero de 2004, aproximándose de este modo la cobertura del RETA a la del Régimen General.

Según el artículo 316.1 TRLGSS, los trabajadores incluidos en el RETA podrán mejorar voluntariamente el ámbito de su acción protectora incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que tengan cubierta la prestación económica por IT.

En realidad esta novedad de que los autónomos puedan “mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora” se refiere a la intensidad de la protección, pues al entrar en vigor la norma, los accidentes o las enfermedades que traen su causa directa e inmediata en el trabajo autónomo ya estaban protegidos (aunque como contingencias comunes).

El concepto de accidente de trabajo de los trabajadores autónomos comunes u ordinarios se configura con una fórmula mucho más exigente que la utilizada para los trabajadores autónomos económicamente dependientes y para los que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, y cómo no, para los asalariados, al definirse como “el ocurrido como

⁷² A los efectos de la cuantía máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, se tendrá en cuenta el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples mensual, incrementado en una sexta parte, vigente en el momento del nacimiento del derecho (art. 339.3, párrafo segundo, TRLGSS).

⁷³ A efectos de calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, se entenderá que se tienen hijos a cargo, cuando éstos sean menores de veintiséis años, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y convivan con el beneficiario (art. 339.3 TRLGSS).

consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial”⁷⁴. Recientemente se ha incorporado a la protección del autónomo común el accidente *in itinere*, por obra de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que lleva a cabo en su art. 14, titulado “Equiparación a efectos de las contingencias derivadas de trabajo *in itinere*”, la modificación del art. 316.2 LGSS, para conceptuar igualmente como accidente de trabajo del trabajador autónomo “el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de actividad económica o profesional”, caracterizando como lugar de la prestación, a estos efectos, de forma restrictiva (con la más que probable intención de evitar el fraude y los abusos), “el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales”. En cuanto a la delimitación del otro punto de origen/destino del desplazamiento (el domicilio del trabajador) y los requisitos del accidente itinerario (cronológico, teleológico, topográfico y modal), habrá de tenerse en cuenta la profusa doctrina judicial y jurisprudencial existente sobre esta modalidad de accidente y referida hasta la fecha al trabajo por cuenta ajena.

En cuanto a la enfermedad profesional, se entiende por tal «la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro».

La cobertura de contingencias profesionales “se llevará a cabo con la misma Entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal”⁷⁵; eso significa que serán las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social generalmente las encargadas de la gestión, produciéndose una beneficiosa identidad del sujeto responsable de afrontar la contingencia sea cual sea su causa. El reconocimiento del derecho y el pago de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales se llevarán a cabo, en iguales términos y en las mismas situaciones que en el Régimen General de la Seguridad Social, por el INSS o por la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, en función, respectivamente, de la entidad gestora o colaboradora con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal⁷⁶.

La protección de los trabajadores autónomos que hayan incluido la mejora por contingencias profesionales comprende: las prestaciones de asistencia sanitaria, subsidio de IT, prestaciones de incapacidad permanente, prestaciones por muerte y supervivencia, e indemnizaciones a tanto alzado por lesiones permanentes, derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que no causen incapacidad⁷⁷. Sin embargo, no se aplican a estos trabajadores el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y

⁷⁴ Artículo 316.2 TRLGSS.

⁷⁵ Artículo 316.1, segundo párrafo, del TRLGSS, en relación con el punto 1º del apartado 4 del artículo 47 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

⁷⁶ Artículo octavo, párrafo primero, del RD 1273/2003.

⁷⁷ Vid. artículo cuarto.1 del RD 1273/2003.

enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales que prevé el artículo 164 de la LGSS⁷⁸.

3. ESPECIALIDADES EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

Concluiremos este trabajo con el análisis de las especialidades (ciertamente escasas y poco significativas) que presenta la protección de Seguridad Social de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, crea la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) pensando en aquellos autónomos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para un cliente, del que perciben al menos el 75 por ciento de sus ingresos y con el que están vinculados mediante un específico contrato escrito regulado en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero. El TRADE no podrá trabajar por cuenta ajena a su cargo ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad contratada con terceros. Su régimen profesional se regula en el Capítulo III del Título II de la LETA. Las peculiaridades en materia de Seguridad Social (cotización y acción protectora) relativas a este colectivo se recogen en los artículos 25 y 26 LETA.

Al igual que cualquier otro trabajador autónomo, el económicamente dependiente que reúna los requisitos establecidos en las normas delimitadoras del RETA quedará encuadrado en el mismo, recayendo las obligaciones del alta, variación de datos y baja en el RETA sobre el propio trabajador autónomo económicamente dependiente y no sobre el cliente-empresario.

3.1. Cotización

El artículo 25.2 LETA dispone que por ley podrán establecerse bases de cotización diferenciadas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. No prevé bonificaciones o reducciones en la cuota, ni tipos de cotización distintos. Lo que no concreta la LETA es en qué consistirán esas bases de cotización diferenciadas para los TRADE respecto de las establecidas con carácter general para los autónomos: si consistirán en bases de cotización disminuidas, o en acoplar las bases de cotización a los ingresos reales obtenidos por estos trabajadores de los clientes de los que dependen económicamente. Habrá que esperar, pues, a la futura regulación de este tema, como tantas otras cuestiones que la LETA remite a desarrollos normativos futuros. Desde luego, la ley de presupuestos puede ser norma idónea para fijar las indicadas bases, pero mientras ello no ocurra, el trabajador autónomo económicamente dependiente deberá seguir el mismo sistema de cotización que el resto de los trabajadores autónomos.

⁷⁸ Vid. artículo cuarto.4 del RD 1273/2003.

3.2. Acción protectora

3.2.1. Cobertura de las contingencias profesionales

Los trabajadores incluidos en el RETA podrán optar voluntariamente por acogerse a la protección de las contingencias profesionales, en cuyo caso quedarán obligados a cotizar por tales contingencias aplicando la tarifa de primas contenida en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, varias veces modificada. En cambio, los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, tanto la cobertura de la situación de IT como el accidente de trabajo y las enfermedades profesionales (art. 26.3 LETA).

La cobertura, y consiguiente cotización, por contingencias profesionales serán también obligatorias para aquellos trabajadores autónomos que realicen actividades profesionales determinadas por el Gobierno por presentar un mayor grado de siniestralidad (disposición adicional 3ª.2 LETA); si bien dicha obligación queda condicionada al específico desarrollo reglamentario previsto en la Ley 20/2007, de 11 julio, en cuanto a la determinación de las actividades con mayor riesgo de siniestralidad, aspecto éste en el que insiste la Disp. Adic. 2ª del RD 1382/2008, de de 1 de agosto, por el que, en desarrollo de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social.

En el caso de los TRADE, el legislador utiliza un concepto de accidente de trabajo distinto y más próximo al establecido para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General que el aplicable a los trabajadores autónomos que optan voluntariamente por la cobertura de las contingencias profesionales, definiéndolo como «toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate»⁷⁹.

Como se observa, en la caracterización del accidente laboral de este colectivo de trabajadores autónomos se introduce la nota o característica de ocasionalidad, ausente en el artículo 316 TRLGSS, y no se delimita el lugar de la prestación de la actividad a efectos del accidente *in itinere* (mientras que en el trabajo autónomo común solo recibe esta consideración el establecimiento en el que habitualmente se realiza la actividad).

Siguiendo con la forma en que debe realizarse la cobertura por accidente de trabajo y enfermedades profesionales cabría apuntar algunas precisiones.

⁷⁹ Artículo 317, párrafo segundo, TRLGSS y artículo 26.3 párrafo segundo, de la LETA, en relación con el artículo 317, párrafo primero, TRLGSS y la disposición adicional tercera.2, de la LETA, respectivamente.

Así, en el caso de que el trabajador autónomo económicamente dependiente se encuentre adscrito a la Mutuality de Previsión Social de su Colegio Profesional, no se aplicará como es lógico la obligatoriedad de cobertura de incapacidad temporal ni de contingencias profesionales, ni tampoco el beneficio de las reducciones o bonificaciones del RETA (disposición adicional quinta LETA).

En los casos en que los trabajadores por cuenta propia realicen varias actividades que den lugar a una única inclusión en el RETA, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se practicará por aquella de sus actividades a la que resulte aplicable el tipo de cotización más alto entre los recogidos en la tarifa de primas vigente (art. 47.4 norma 4ª del RD 84/1996, en la redacción del RD 1382/2008). En consecuencia, el criterio será el epígrafe más alto, no la actividad a la que dedique más tiempo ni de la que obtenga mayores ingresos. En el caso de un trabajador autónomo económicamente dependiente cuya actividad principal tenga asignado un epígrafe inferior a otra que realice también por cuenta propia, la prima aplicable sería la de la otra actividad por ser superior, con independencia del tiempo empleado en el desempeño de esa actividad.

3.2.2. Incapacidad temporal

Sobre la suscripción de la cobertura de incapacidad temporal, cabe comentar que no es posible para los trabajadores autónomos económicamente dependientes la posibilidad de eximirse de suscribir tal cobertura por el hecho de tener derecho a dicha prestación por realizar una actividad en otro Régimen de Seguridad Social –como establece el art. 47.3 párrafo 2º RD 84/1996, en la redacción dada por el RD 1382/2008–, debido a su predominancia en el desempeño de la actividad con un cliente. Pero, sobre todo, porque la incorporación de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de los trabajadores autónomos es posible siempre que los interesados, previa o simultáneamente hayan optado por incluir, dentro de dicho ámbito, la prestación económica por incapacidad temporal, y siendo obligatoria la suscripción de las contingencias profesionales deberá ser obligatoria la de incapacidad temporal, incluso en el hipotético caso de que tuviera derecho a la prestación por desarrollar una actividad que lleve consigo su encuadramiento en otro Régimen de la Seguridad Social.

Sobre la declaración de la persona que gestiona el establecimiento en los casos de incapacidad temporal –artículo 12 RD 1273/2003–, no parece que se pueda aplicar al trabajador autónomo económicamente dependiente, ya que al exigírsele que no tenga trabajadores por cuenta ajena a su cargo, no puede continuar la actividad a través de otro trabajador. Además, quizá sea una razón del porqué no tendrán la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes, cuando sean titulares de un establecimiento o local comercial e industrial y de oficinas y despachos abiertos al público (artículo 11.3 LETA). En consecuencia, si se encuentra en incapacidad temporal, sencillamente debe declarar el cese temporal o definitivo de la actividad, alegando su condición de trabajador autónomo económicamente dependiente

4. VALORACIÓN FINAL Y PROPUESTAS

Aunque en los últimos años se han producido significativos avances en la protección social pública de los trabajadores autónomos, con vistas a conseguir la convergencia con en

el Régimen General, aún persisten relevantes diferencias tanto en el contenido de la acción protectora como en el dispar esfuerzo contributivo que realizan los sujetos encuadrados en uno y otro régimen (inferior en el RETA).

Lo que sea el régimen de autónomos en el futuro vendrá marcado por dos circunstancias:

- a) Una externa, pues la incorporación de los autónomos del mar, como ya ha ocurrido con la de los autónomos agrarios, exigirá la adopción de determinadas especialidades.
- b) La otra circunstancia que marcará el futuro del régimen de autónomos es interna al mismo. El futuro del régimen de autónomos dependerá ya no solo de concretas opciones normativas sino de lo que cada trabajador autónomo quiera que sea, pues en este régimen hay un nivel de libertad de configuración inexistente en el general⁸⁰.

En efecto, en el régimen de autónomos hay libertad, primero, para estar o no estar. Es esencial a la Seguridad Social la obligatoria afiliación de los sujetos incluidos en su campo de aplicación (art. 12 LGSS). Tal principio se rompe para algunos de los sujetos incluidos en el campo de aplicación del RETA, a los que la ley autoriza a quedarse fuera. Es el caso de los profesionales colegiados autónomos cuyo encuadramiento en la Seguridad Social vino a quedar fijado por la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, conforme a la cual quedan exentos de la obligación de alta en el RETA “los colegiados que opten o hubieran optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional”, siempre que la citada mutualidad cumpla determinados requisitos reglamentarios.

Libertad, segundo, para determinar la cuantía con la que se contribuye a la financiación del régimen, pues mientras en el régimen general la base de cotización está determinada, con las precisiones legales pertinentes, por las retribuciones del trabajador, en el RETA la base de cotización es la elegida por el autónomo, con ciertos límites, entre un mínimo y un máximo, posibilitando el desarrollo de conductas estratégicas, añadidas a la llamada “compra de pensiones”, y suponiendo un importante obstáculo al inicio de determinadas actividades.

Libertad, tercero, para configurar la propia acción protectora del régimen, toda vez que, con las salvedades que han sido expuestas anteriormente, la cobertura de las contingencias profesionales y del cese de actividad quedan en gran medida a opción del interesado.

Y está pendiente de reformulación, sobre todo, el sistema de cotización del autónomo, limitando la libertad que actualmente se permite para la configuración de la cuota,

⁸⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A., *La Acción Protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*, Cuadernos Aranzadi Social, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 42-47.

acercándola a los parámetros y mecanismos que rigen en el Régimen General, de modo que la cotización sea proporcional a los ingresos que se obtienen con el desempeño de la actividad, pudiendo rebajar el esfuerzo contributivo en trabajos de escasa entidad o duración, interrupción de la actividad o, como ocurre actualmente, en los inicios de la misma, e incrementarlo en el caso de los grandes autónomos a fin de que contribuyan de forma más cercana a los rendimientos percibidos. Y es que no parece razonable, en un sistema de pensiones basado en los principios de solidaridad y reparto, que los autónomos tengan tan amplio margen para decidir su esfuerzo contributivo, en especial cuando éste se traduce en aportaciones mínimas al sistema con el propósito de obtener llegado el momento una pensión pública –que a menudo tendrá que ser complementada para alcanzar el suelo de “dignidad” que marca la LPGE, razón principal del déficit histórico que arrastra el RETA, donde los ingresos por cotizaciones no llegan para sufragar el gasto total en prestaciones–, al tiempo que canalizan su ahorro hacia productos financieros que les deparen una mayor rentabilidad de cara a la jubilación como complemento de la pensión ganada. Tan amplia libertad para elegir la base de cotización está en el origen del endémico desequilibrio financiero del RETA, afectando con ello a la equidad y a la sostenibilidad del conjunto del sistema, situación que debería corregirse a la mayor brevedad.

En cuanto a los TRADE, deberían poder exportar parte de sus riesgos a los clientes u obligárseles a participar en algún mecanismo o fondo de cobertura para casos de impagos, y contar con cuotas especiales o con bonificaciones y con tratamientos distintos en el acceso a las prestaciones⁸¹.

⁸¹ BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo*, cit., p. 174.

Derecho a la salud de los internos en instituciones penitenciarias en la “Crisis de la Hepatitis C”

Right to healthcare of inmates in penitentiary institutions in the "Hepatitis C Crisis"

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
CATEDRÁTICO DTSS. UNIVERSIDAD DE LEÓN

JUAN JOSÉ GARCÍA VIÉITEZ
CATEDRÁTICO DE FARMACOLOGÍA. UNIVERSIDAD DE LEÓN

GUILLERMO DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ
R&D SCIENTIST. GADEA BIOFARMA. LEÓN

Resumen

Cuando la triple terapia abrió mayores esperanzas de vida a los ciudadanos españoles, cuestiones de (in)competencia surgidas de no querer afrontar el elevado coste de los nuevos medicamentos, pronunciamientos judiciales imposibles de ejecutar en sus propios términos y una clara anacronía tanto en la norma como en la organización administrativa de los centros penitenciarios han provocado la llamada “crisis de la hepatitis C”, que recoge la denunciada quiebra en el derecho a la salud de los internos en instituciones penitenciarias.

Abstract

When triple therapy opened greater life expectancy to Spanish citizens, questions of (in)competence arising from not wanting to face the high cost of the new medicines, judicial pronouncements impossible to execute on their own terms and a clear anachronism in both the regulation and in the administrative organisation of penitentiary centres have caused the so-called "hepatitis C crisis", which includes the indictable failure in the right to health of inmates in penitentiary institutions.

Palabras clave

internos en instituciones penitenciarias, hepatitis C, derecho a la salud

Keywords

Inmates in penitentiary institutions; hepatitis C; right to healthcare

1. INTRODUCCIÓN

En 2011 la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) aprobó dos nuevos medicamentos, el boceprevir y el telaprevir, antivirales de acción directa e inhibidores específicos de la proteasa del virus causante de la hepatitis C que, unidos a la doble terapia clásica con interferón pegilado y rivabirina, permitieron pasar de unas tasas de

respuesta viral sostenida de en torno al 50%¹ en quienes sufrían esa enfermedad, a una expectativa de vida de los pacientes de, aproximadamente, un 75%².

Los citados medicamentos, especialmente aconsejados para tratar la enfermedad crónica del genotipo 1³, presentaban, sin embargo, un doble problema: el primero, médico, dado por el hecho de que, a los importantes efectos secundarios de la doble terapia, procedía unir los de la nueva medicación⁴ (así como los derivados de las interacciones farmacológicas⁵), lo cual hizo que la AEMPS aconsejara únicamente su aplicación a pacientes monoinfectados⁶; el segundo, económico, pues mientras el precedente tratamiento completo suponía un coste medio aproximado de 7.000 a 9.000 € por paciente, la triple terapia, en toda su extensión (12 semanas para el telaprevir, de 24 a 44 semanas para el boceprevir), podía alcanzar una cifra entre los 35.000 y los 45.000 €⁷.

Ambos condicionantes afectaron de manera especial a los internos en instituciones penitenciarias, precisamente quienes en mayor número requerían tal atención, dada la altísima prevalencia de la enfermedad entre el colectivo, pues si bien con la doble terapia había descendido del 34-38% de 2005/2006⁸, en 2013 todavía presentaba un 22.4% (frente a 1.5-3% del conjunto de la ciudadanía)⁹.

El argumento médico pudo justificar en algún momento y en alguna medida la demora en el acceso de los presos a la nueva medicación, no en vano muchos habían de quedar excluidos por no ser recomendable el tratamiento, al estar coinfectados por VIH. La razón desaparece, sin embargo, desde el momento en el cual aparecen antivirales de segunda generación que, sin coformular o coformulados, permitían el tratamiento –con un éxito de

¹ FRIED, M. V. *et alii*: “Peginterferon alfa 2a plus rivabirina for chronic hepatitis C virus infection”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 347, núm. 13, 2002, pp. 978 y 979.

² CRESPO, G. y LENS, S.: “Uso de boceprevir y telaprevir en pacientes con VHC (aspectos prácticos)”, *Gastroenterología y Hepatología*, Vol. 35, núm. 5, 2012, pp. 337 y 338.

³ GHANY, M. G. *et alii*: “An update of genotype 1 chronic hepatitis C virus infection: 2011 practice guideline by the American Association for the Study of Liver Diseases”, *Hepatology*, Vol. 54, num. 2011, pp. 1433-1444.

⁴ GORDON, S. C. *et alii*: “Safety profile of boceprevir and telaprevir in chronic hepatitis C: real world experience from HCV-TARGET”, *Journal of Hepatology*, Vol. 62, núm. 2, 2015, pp. 286-293 o MARRERO-ÁLVAREZ, M. P. *et alii*: “Estudio de utilización de boceprevir y telaprevir para el tratamiento de la hepatitis C crónica”, *Farmacia Hospitalaria*, Vol. 38, núm. 1, 2014, pp. 30-37.

⁵ KISER, J. J. *et alii*: “Review and management of drug interactions with boceprevir and telaprevir”, *Hepatology*, Vol. 55, núm. 5, 2012, pp. 1620-1628.

⁶ AEMPS: “Criterios y recomendaciones generales para el tratamiento con boceprevir y telaprevir en pacientes monoinfectados”, 2014, en http://www.aemps.gob.es/medicamentosUsoHumano/informes_Publicos/criterios-VHC-monoinfectados.28.02-2.pdf.

⁷ BUTI, M. *et alii*: “Análisis coste-utilidad de la triple terapia con telaprevir en pacientes con hepatitis C no tratados previamente”, *Farmacia Hospitalaria*, Vol. 38, núm. 5, 2014, pp. 418-429 o BLÁZQUEZ-PÉREZ, P.; SAN MIGUEL, R. y MAR, J.: “Cost-effectiveness analysis of triple therapy with protease inhibitors in treatment naïve hepatitis C patients”, *Pharmacoeconomics*, Vol. 31, núm. 10, 2013, pp. 919-931.

⁸ MARCO MOURIÑO, C.: “Incidencia de la hepatitis C crónica por VHC y necesidad de tratamiento en los internados en prisión”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 8, núm. 3, 2006, pp. 71-77.

⁹ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Prevalencia de las infecciones de VIH y VHC en instituciones penitenciarias 2013*, Ministerio de Interior, Madrid, 2014, en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/saludpublica/Prevalencia_VIH_y_VHC_en_IIPP_2013.pdf.

respuesta viral sostenida entre el 90 y el 100%¹⁰, sin perjuicio de la estrecha relación con otras manifestaciones extrahepáticas asociadas a la enfermedad crónica¹¹– de la mayor parte de los pacientes con infección activa al margen de su grado de fibrosis y comorbilidad (siempre y cuando la enfermedad asociada estuviera relacionada con el hígado¹²). Es difícil de explicar, desde este plano, el motivo por el cual en 2015, cuando el resto de los ciudadanos accedían con normalidad a los nuevos fármacos, únicamente entre un 2.2% y un 2.8% de la población reclusa hubiera recibido tratamiento, con una lista de espera del 18,7%¹³. Menos aún que solo en 2016 se aprobara una partida de 20 millones de euros para adquirir los medicamentos de referencia, de los cuales se pudieron beneficiar 1.215 internos¹⁴, quedando, a mediados de 2017, 1.140 presos por tratar¹⁵.

La razón fue estrictamente económica (de ahí la inicial selección como destinatarios de los pacientes afectados por la enfermedad con un grado de fibrosis más alto) y sirvió para suscitar un debate político-institucional sobre las competencias que habían de asumir –y, por consiguiente, el coste a soportar– el Ministerio de Interior o las Comunidades Autónomas. Bajo tal conflicto latente no se ocultan, sin embargo, tanto el manifiesto incumplimiento de una norma que primero programó, y luego ordenó, las transferencias en esta materia, como la falta de equidad derivada del diferente trato recibido por los internos en las dos Comunidades (Cataluña y País Vasco) que gestionan la sanidad de los presos ubicados en su territorio. A su calor, el debate jurídico en los Tribunales sirve para poner de relieve el notorio desfase de la legislación penitenciaria frente a los avances que acoge la normativa sanitaria, así como el relativo fracaso (favorecido por una ineficaz política de convenios interadministrativos) en el diseño y gestión de la salud de las instituciones penitenciarias (II.PP.) en España.

2. EL DEBATE POLÍTICO-INSTITUCIONAL

La situación descrita pronto encontró reflejo en la calle, a través de denuncias colectivas, encierros y manifestaciones de los familiares de los afectados, de los cuales se han venido haciendo amplio eco los medios de comunicación social. Cuando trasciende de

¹⁰ IRVING, W. L.; MCLAUCHLAN, J. y FOSTER, G.: “Real world outcomes of DAA therapy for chronic hepatitis C virus infection in the HCV research UK national cohort”, *Journal of Hepatology*, Vol. 66, núm.1, 2017 (Suplemento), p.504.

¹¹ FLÓREZ CHÁVEZ, A. *et alii*: “Manifestaciones extrahepáticas asociadas a la infección crónica por el virus de la hepatitis C”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 19, núm. 3, 2017, pp.25-36; ZIGNEGO, A. L. *et alii*: “International therapeutic guidelines for patients with HCV-related extrahepatic disorders. A multidisciplinary expert statement”, *Autoimmunity Reviews*, Vol. 16, núm. 5, 2017, pp. 5223-541 o RAMOS-CASALS, M. *et alii*: “Evidence-based recommendations on the management of extrahepatic manifestations of chronic hepatitis C virus infection”, *Journal of Hepatology*, Vol. 66, 2017, pp. 1282-1299.

¹² GIMENO BALLESTER, V.: *Análisis fármaco-económico del tratamiento de la hepatitis C con antivirales de acción directa de segunda generación*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017, pp. 20-27.

¹³ Sobre la existencia, no obstante, de las distintas categorías en tal acceso, con tratamiento prioritario, justificado, de indicación individual o no recomendado (esperanza de vida limitada por otras enfermedades), CRESPO CASAL, M.: “Guías de tratamiento de la Hepatitis C en España”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 17, núm. 2, 2017, p. 9, Tabla 1.

¹⁴ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Prevalencia de las infecciones de VIH y VHC en instituciones penitenciarias 2016*, Ministerio del Interior, 2017, en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/saludpublica/Prevalencia_VIH_y_VHC_en_IIPP_2013.pdf.

¹⁵ Respuesta del Gobierno. Pregunta Escrita Congreso 184/13729, formulada por el diputado Fernández Díaz, http://www.congreso.es/112p/e5e_0051725_n_000.pdf.

tal esfera, y además de las demandas ante los Tribunales –que merecerán una reflexión aparte–, alcanza dos escenarios fundamentales: el Parlamento y los Defensores del Pueblo español y de Andalucía.

2.1. La actuación de los Defensores del Pueblo

El primer lugar –del cual se tiene noticia– al que acudieron los ciudadanos fue el Defensor del Pueblo andaluz, quien, ante las distintas quejas admitidas a trámite que ponían de relieve las dificultades de los internos radicados en esa Comunidad Autónoma para acceder a las atenciones médicas y prestaciones farmacológicas¹⁶, decide abrir una queja de oficio destinada a canalizar sistemáticamente cuanto afectara al problema. En las actuaciones del expediente, desarrolladas entre 2014-2017¹⁷, constan dos informes iniciales: de un lado, el de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales, donde da cuenta de su instrucción a los hospitales del Servicio Andaluz de Salud para que facilitaran la medicación a los presos previa prescripción por un facultativo especialista del Sistema de Salud autonómico, así como de su posterior facturación al centro penitenciario hasta tanto se suscribiera un acuerdo de colaboración al respecto con el Ministerio del Interior; de otro, el de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP), recibida a través del Defensor del Pueblo estatal, en la cual deja constancia de que no todos los infectados de VHC están en disposición de acceder, por razón de su genotipo, grado de fibrosis y comorbilidad, a la triple terapia, constituyendo –como para los ciudadanos en libertad– criterio del especialista del hospital de referencia de cada prisión determinar si es o no es adecuado el tratamiento.

Una nueva actuación de oficio dentro de la tramitación del expediente (queja 15/849) permitió apreciar al Defensor la existencia de numerosos casos de discrepancias a la hora de poder acceder a los nuevos fármacos –ya de segunda generación–, dando pie a la emisión de una Sugerencia dirigida a que el Sistema Sanitario Público de Andalucía ofertara los tratamientos prescritos a los internos en régimen de equidad con el resto de la población, la cual obtuvo una respuesta de su destinatario indicando que “la Sugerencia viene a reforzar la apuesta de esta Consejería por la equidad en la atención a las personas con Hepatitis C en Andalucía, priorizando [a] la población reclusa por su elevado riesgo”.

El Defensor, a results de tal actuación, constata dos datos: de un lado, la existencia de instrucciones para que las unidades de Farmacia Hospitalaria proporcionen el tratamiento; de otro, el acuerdo de acudir a los mecanismos de resarcimiento de dichos gastos ante la SGIP.

En fin, y valorando que la “particular problemática de la hepatitis C en prisión ha sido una plataforma cualificada para abordar esta delicada situación”, considera que la cuestión no debe permanecer en tales límites; procede, bajo su criterio y como colofón a cuanto ha instruido, “realizar un enfoque más sistemático de la cuestión central que emerge, cual es el propio modelo sanitario y sus evidentes carencias”. Tal conclusión, que cerrará el expediente, fue presentada con mayor amplitud en un Informe Especial ante el Parlamento de

¹⁶ La primera a la cual se ha tenido acceso data de 2012, número de expediente Q12/3931.

¹⁷ La apertura de la queja de oficio tuvo lugar el 4-4-2014, dándose por concluido el expediente (14/1378) el 6-6-2017. Su contenido en <http://defensordelpuebloandaluz/analizamos-la-incidencia-de-la-hepatitis-en-la-poblacion-reclusa-y-atenci%C3%B3n-sanitaria-ofrecida-a-sus->

Andalucía, en el cual destaca la “ineficiente dualidad de atención sanitaria en dos escenarios dependientes de Administraciones diferentes –la prisión y los hospitales– que han mostrado el agotamiento del modelo”; añadiendo la solución a renglón seguido: “el traspaso efectivo de estas funciones y servicios de sanidad penitenciaria desde el Estado a los Servicios Autonómicos de Salud”¹⁸.

Con posterioridad, una de las entidades ciudadanas más activas en esta reivindicación de los presos, la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía (APDH-A), eleva queja ante el Defensor del Pueblo español, quién, aceptándola, recoge varias consideraciones de parte con notable interés: 1) La Administración Penitenciaria “ha retrasado durante años, de forma injustificada, el tratamiento preciso para atender a las personas privadas de libertad enfermas por padecer hepatitis C”. 2) La cuestión relativa a quien debe afrontar el coste de los medicamentos “ha sido examinada por distintos Juzgados y Tribunales, y existe unanimidad en desestimar la pretensión que sostiene esta Administración [Penitenciaria] de que sean asumidos por las Comunidades Autónomas, concluyendo que es una responsabilidad que corresponde a la Administración Penitenciaria”. 3) “Una de las cuestiones resueltas en las sentencias es que los fármacos prescritos no son de uso hospitalario, por lo que bajo ningún concepto se puede justificar un traslado de Comunidad Autónoma, que puede prolongarse varios meses [, como había propuesto el Gobierno, centralizando la atención a los presos afectados en el Hospital Gregorio Marañón de Madrid]. No existe ninguna ventaja médica en el traslado. Parece ser que se trata, señalan los comparecientes, de una actuación con finalidad disuasoria para el interno”. A la vista de todo lo cual, eleva la siguiente Recomendación: “Disponer todo lo necesario para que se proceda a la inmediata dispensación de los tratamientos de Hepatitis C a aquellas personas privadas de libertad en cualesquiera de los Centros Penitenciarios gestionados por ese Centro Directivo que lo tengan prescrito y que no les haya sido facilitado aún”¹⁹.

2.2. La discusión en el Parlamento

Aun cuando también estuvo presente en varias ocasiones de manera tangencial, la cuestión se ha suscitado directamente en dos ocasiones en el Congreso de los Diputados. En la primera, y ante la pregunta escrita formulada por el diputado Llamazares Trigo (GIP), el 23 de octubre de 2012, la respuesta del Gobierno, de 7 de enero de 2014, contiene varias afirmaciones a modo de aclaración y réplica: 1) Recuerda cómo la AEMPS había indicado que el boceprevir y el telaprevir no estaban indicados en ese momento para el tratamiento de pacientes; infectados por el VIH/VHC, por la probabilidad de graves efectos secundarios; también que la triple terapia debía realizarse en unidades que contemplaran una serie de requisitos mínimos (que detalla) para la óptima vigilancia de la salud de los pacientes, procediendo, cuando no reunieran tales condicionantes, a la remisión a otro centro para dispensarle el tratamiento. 2) Reconoce cómo, a pesar de la alta prevalencia de la enfermedad (21,4%), únicamente 35 internos tenían indicado el tratamiento de triple terapia, los cuales se encontraban en lista de espera para iniciarlo en el dispositivo centralizado

¹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *Las Unidades Hospitalarias de Custodia: la asistencia sanitaria especializada para personas internas en prisiones en Andalucía (15/OIDC-000001)*, apartado 49, en <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-custodia-hospitalaria/pdfs/InformeUCH-PDFpdf>.

¹⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO: “Tratamiento hepatitis C en centros penitenciarios”, 13/07/2016, en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/hepatitis-c-en-centros-penitenciarios>.

dependiente de II.PP. 3) Interpreta la norma para llegar a la conclusión de que la dispensación de tales fármacos no corresponde a la Administración penitenciaria, pues, bajo su parecer y según el protocolo indicado, los medicamentos a proporcionar son de uso hospitalario, en tanto requieren la dispensación bajo atención por un equipo multidisciplinar, inviable dentro de las cárceles; no obstante, acata las sentencias que hasta ese momento y de forma unánime le venían imponiendo el tratamiento (a cargo de II.PP.), si bien aclara que, a tal fin, y ante la negativa autonómica a proporcionarlo, se hacía preciso la mentada centralización de dispositivos hospitalarios (solo el Hospital Gregoria Marañón en ese momento) en los cuales fuera factible la atención con los medios penitenciarios. 4) Admitiendo el alto coste que tal decisión iba a suponer (no en vano los medicamentos fueron calificados por la AEMPS como “de alto impacto social y económico”), justifica la decisión de la SGIP de establecer un cupo de pacientes a tratar en función de la disponibilidad presupuestaria, a la espera del libramiento del crédito correspondiente para la adquisición de los nuevos fármacos. 5) En fin, y a modo de estrambote, alude al contenido de la disposición adicional 6ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y ofrece “facilitar los trámites necesarios para que se haga efectivo el cumplimiento de dicha obligación legal, que dejaría en manos [en esta ocasión] de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía la organización de los servicios sanitarios penitenciarios y el lugar donde se deben hacer efectivas las prestaciones de sus asegurados en prisión”²⁰.

En la segunda de las ocasiones en las cuales se aborda la cuestión, ante una nueva pregunta escrita, formulada por el diputado Fernández Díaz (GS), la respuesta del Gobierno aporta las cifras *supra* significadas sobre la evolución del tratamiento en las cárceles, añadiendo, como dato de interés, que si bien hasta junio de 2017 únicamente se había proporcionado la medicación a los enfermos con un grado de fibrosis 2-4, desde esa fecha, y siguiendo las recomendaciones del Plan Estratégico Nacional, todos los afectados iban a quedar incluidos, con independencia de aquel factor, en la esperanza de que, a finales de 2018, los 1.500 internos que aún no lo han recibido puedan hacerlo. Tras aludir a la autorización y financiación de dos antivirales de segunda generación a tal efecto (Zepatier® y Epalusa®), incluidos en la cartera de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud –merced a la existencia de acuerdos de sostenibilidad adicionales y favorecida la decisión por las revisiones a la baja de su precios–, da cuenta de la fórmula elegida para su financiación: el apoyo de la Administración General del Estado a cuantas Comunidades Autónomas han solicitado acceso a los Fondos de Financiación Autonómica (Fondo de Liquidez o de Facilidad Financiera), pues tales partidas pueden destinarse a la adquisición de los medicamentos contemplados en las recomendaciones terapéuticas incluidas en dicho Plan Estratégico Nacional²¹.

²⁰ Respuesta del Gobierno. Pregunta escrita al Congreso 184/30306, formulada por el diputado Llamazares Trigo, en http://www.apdha.org/media/INFORME_TRATAM_HEPATITIS_MARZO2014.pdf.

²¹ Respuesta del Gobierno. Pregunta Escrita Congreso 184/13729, formulada por el diputado Fernández Díaz, http://www.congreso.es/122p/eSe_0051725_n_000.pdf.

2.3. El consenso en la necesidad de proceder a la transferencia de la Sanidad Penitenciaria y las (sin)razones para no llegar a buen término

Conforme bien advierte en su Informe el Defensor del Pueblo de Andalucía, bajo el aspecto saliente del conflicto narrado subyace un problema de superior envergadura, que durante los últimos años ha suscitado un debate de hondo calado: la ineficiencia en la atención sanitaria a los presos por mor de la competencia dividida entre dos Administraciones diferentes, cual resultan ser la penitenciaria y la sanitaria.

La solución ya fue anticipada hace más de dos décadas, cuando la disposición final 2ª Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), incluyó, a modo de compromiso programático sometido a plazo, la necesidad de transferir la Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: “Hasta tanto, los sistemas públicos de cobertura sanitaria no queden integrados en el Sistema Nacional de Salud, el Gobierno, en el plazo de dieciocho meses contados a partir de la publicación de la presente Ley, procederá a la armonización y refundición de: (...) 5. La asistencia sanitaria los internos penitenciarios”. Previsión incumplida en los dos términos que contemplaba (la labor de actualización normativa no tendrá lugar hasta el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el cual se aprueba el vigente Reglamento Penitenciario –RP–²²), vuelve a ser reiterada en términos imperativos en la disposición adicional 6ª Ley 16/2003, de 28 de marzo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud: “Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las Comunidades Autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud. A tal efecto, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta Ley, y mediante el correspondiente Real Decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud conforme al sistema de traspasos establecidos por los Estatutos de Autonomía”.

El incumplimiento de esta última previsión (salvo en el caso del País Vasco) ha conllevado el denunciado lastre sustancial para la eficacia de la atención sanitaria dispensada a los presos, cuya corrección, a través de la oportuna actualización por el legislador, ha venido siendo demandada de forma reiterada por los profesionales del Sector (Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria –SESP–²³, Organización Médica Colegial²⁴, Grupo de Trabajo de Enfermería –GESESP–²⁵ y Sindicato Profesional de Sanidad Penitenciaria²⁶), acudiendo a

²² Sobre las razones para este retraso, la autorizada exposición del Secretario General de Instituciones Penitenciarias, YUSTE CASTILLEJO, A.: “Evolución histórica del modelo de atención Sanitaria en las Instituciones Penitenciarias”, 2016, pp. 8-14, en <http://armep.org.es/wp-content/uploads/2012/files/evolucion.pdf>.

²³ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SANIDAD PENITENCIARIA: “Propuesta de integración. Documento de trabajo”, s/f, en <http://www.sesp.es/sesp/R20/portada/inicio>.

²⁴ OMC: “Sanidad penitenciaria: una discriminación para la población asistencial y para los profesionales”, 2002, en <http://corporativo.congreso.es>.

²⁵ GESESP: *Enfermería penitenciaria: competencias, funciones e intervenciones*, Barcelona (SESP), 2010. La preocupación específica por la situación del colectivo en CIBANAL, J. L.: “El papel del enfermero/a en el medio penitenciario como agente de salud”, *Revista Española de Salud Penitenciaria*, Vol. 2, núm. 1 2000, pp. 14-22; AVENDAÑO MERÍN, I.: “Reflexiones: el papel de la Enfermería Penitenciaria. Presente y futuro”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 8, núm. 3, 2006, pp. 112-115; GESESP: *Realidad laboral y profesional de la Enfermería en las prisiones españolas (opinión de los profesionales)*, Barcelona (SESP), 2008, en <http://sesp.es/imagenes/O94/portada/librorealpri.pdf>; GARCÍA JIMÉNEZ, J. J.: “Realidad laboral y profesional de la Enfermería en las prisiones españolas”, *Enfermería Global*, Vol. 8, núm. 2009, pp. 1-3; o (...)

argumentos éticos²⁷, pragmáticos y jurídicos²⁸. De poco han servido, sin embargo, como tampoco han tenido mayor fuerza de convicción las Recomendaciones provenientes de Europa²⁹, ni los reiterados intentos parlamentarios dirigidos a hacer cumplir la norma e impulsar las transferencias³⁰, pues la solución ha sido permanentemente pospuesta.

CARRASCO-BAÚN, H.: “Enfermería penitenciaria: marco legal y realidad asistencial”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 19, núm. 1, 2017, pp. 8-18.

²⁶ SPSP.: “Apuesta por la integración”, 2003, en <http://spsp.es/index.html>.

²⁷ “Los servicios sanitarios de las prisiones dependen del Director del Centro; por consiguiente, al primar la custodia de los reclusos sobre su asistencia sanitaria, todas las intervenciones de salud están supeditadas al régimen del Centro. Como consecuencia de ello, el servicio nunca puede ser autónomo”, según sintetiza magníficamente HERNÁNDEZ, J.: “Sanidad penitenciaria: una asignatura pendiente”, 2005, en <http://gtt-vih.org/book/print/1193>.

²⁸ Por todos, cuantos aparecen condensados en REPULLO, J. R.: “Sanidad Penitenciaria: reflexiones sobre la baja efectividad de las políticas sanitarias en España”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 16, núm. 3, 2014, págs. 103-109.

²⁹ Consejo de Europa. Recomendación Nº R (98) 7, del Comité de Ministros a los Estados Miembros relativa a los aspectos éticos y organizativos de los cuidados de la salud en prisión (adoptada el 18 de septiembre de 1998, en la 641ª reunión de Delegados de Ministros).

En su Apartado B especifica: Punto 10.- “La política de salud en el medio penitenciario debería integrarse en la política nacional de salud, y ser compatible con ella”. Punto 12.- “El papel del ministerio responsable de salud debería fortalecerse en materia de control de higiene, calidad de los cuidados de salud y de organización de los servicios de salud en el medio penitenciario, según la legislación nacional. Debería establecerse una división clara de responsabilidades y de competencias entre el ministerio responsable de la salud y los otros ministerios competentes, que deben cooperar para la puesta en marcha de una política integrada de salud en medio penitenciario”.

En su Apartado D añade: Punto 20.- “Las decisiones clínicas y cualquiera otras evaluaciones con respecto a la salud de las personas detenidas deberían regirse únicamente por criterios médicos. El personal de salud debería operar con completa independencia, dentro de los límites de sus requisitos y competencia”. Punto 21.- “Los enfermeros y otros miembros del personal de salud deberían desempeñar sus tareas bajo la responsabilidad directa del jefe médico, quien no debe delegar a personal paramédico otras tareas que aquéllas que están autorizadas por ley y por el código deontológico. La calidad de las prestaciones médicas y de los cuidados de enfermería deberían ser evaluados por una autoridad cualificada de salud”.

Consejo de Europa. Recomendación Nº R (2006) 2, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada el 11 de enero de 2006, en la 952ª reunión de Delegados de Ministros). En su punto 40 contempla que: 1.- “Los servicios de una prisión deben estar organizados y funcionar en estrecha relación con la administración general de servicios de salud estatales y locales”. 2.- “Las políticas penitenciarias deberán ser compatibles y estar integradas en la política nacional de salud”.

³⁰ Los antecedentes cabe buscarlos en el expediente núm. 173/000005, que contiene la Moción a consecuencia de interpelaciones urgentes del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña sobre política penitenciaria del Gobierno, de 18 de junio de 1996, así como en el expediente núm. 16/001784, que recoge la Proposición no de ley presentada por el Grupo Socialista relativa a la integración de los funcionarios de los Cuerpos Facultativos y Ayudantes Técnicos Sanitarios (ATS) de Instituciones Penitenciarias en la red pública de Sanidad, de 16 de diciembre de 1998. Sobre su base cabe dar cuenta de hasta cinco Proposiciones no de ley, aprobadas en las Comisiones de Sanidad y Consumo e Interior del Congreso, instando al Gobierno a efectuar la transferencia de competencias: 1) La presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, aprobada en la Comisión de Sanidad y Consumo el 4 de abril de 2001 (Expediente número 161/000579). 2) La presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada en la Comisión de Interior el 17 de marzo de 2005 (Expediente número 161/000542). 3) La presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya Verds, aprobada en la Comisión de Sanidad y Consumo el 10 de diciembre de 2008 (Expediente número 161/000266). 4) La presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, aprobada en la Comisión de Interior el 30 de noviembre de 2016 (Expediente número 161/000344). 5) La presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (sobre abono del gasto por la atención sanitaria prestada por las Comunidades Autónomas a las personas reclusas), aprobada por la Comisión de Interior el 20 de febrero de 2018 (Expediente número 161/002830).

Cabrá preguntarse, por tanto, sobre las razones para que, existiendo un consenso político amplio (todos los grupos parlamentarios de los principales partidos han defendido una Proposición no de ley en este sentido, y la última aprobada contó con 36 votos a favor y una abstención), el proceso de transferencias nunca haya culminado con éxito. En el elenco de motivos, cuatro destacan con luz propia:

– Si bien las fuerzas políticas nacionales parecen proclives a la descentralización, no cabe ignorar la resistencia de cuantas gobiernan las instituciones, pues el dispositivo asistencial rebasa el simple papel sanitario y constituye un recurso esencial para mantener el buen funcionamiento de las propias prisiones. De ahí, los elementos de bloqueo soterrados – pero no por ello menos eficaces– utilizados por las autoridades sectoriales penitenciarias, reacias a desprenderse de “sus” médicos, enfermeros o farmacéuticos, en el entendimiento de que la pérdida real y tangible (subordinados que pasan a depender de otra Administración) no queda compensada por la eventual mejora en la salud de los presos³¹.

Por otra parte, mientras las Comunidades Autónomas fueron especialmente reivindicativas a la hora de reclamar las competencias sanitarias generales (no en vano les proporcionaron una gran legitimidad, al incrementar sus presupuestos en casi un 70% y nutrir con decenas de miles de empleados públicos los cuerpos y escalas de su función pública), no han mostrado igual interés –salvo las excepciones dadas por Cataluña y País Vasco– en hacer lo propio con la sanidad penitenciaria hasta tiempos muy recientes; más bien ha ocurrido lo contrario, sopesando, sin duda, el aumento de los costes (y buena prueba es la proporcionada por la adquisición de los fármacos destinados al tratamiento de la hepatitis) y las dificultades organizativas, derivadas de una gestión compleja y con elementos de conflicto importantes, que la decisión ha de traer aparejadas³².

– De prestar atención a la organización, y a pesar de los esfuerzos por adaptar su actuación a las pautas del Sistema Nacional de Salud (con definición de la atención primaria, creación de una “cartera de servicios”³³, mayor aproximación a las instituciones sanitarias a partir de las “comisiones de armonización asistencial”, etc.³⁴), no resultará sencilla la tarea de intentar convertir los recintos penitenciarios en un Centro de Salud –o incorporarlo a uno de los existentes cuando el tamaño del recinto no permita crear uno propio–, ni desempeñar los cometidos habituales por personal “externo” –léase guardias u otras situaciones singulares³⁵–, pues al margen de las particulares características de los pacientes (perfil sociodemográfico de grupos marginales, ambiente ecológico de institución cerrada con riesgo de contagio o

³¹ REPULLO, J. R.: “Sanidad penitenciaria: reflexiones sobre la inercia de los sistemas y la baja efectividad de las políticas sanitarias en España”, cit., pp. 106 y 108.

³² Baste comprobarlo en los datos ofrecidos durante el debate sobre la “Moción por la que se propone la creación de una Ponencia de Estudio, en el seno de la Comisión de Interior, sobre traspaso de la Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas” (Expediente 661/000777), Diario de Sesiones del Senado núm. 253, 22 de marzo 2018, pp. 3-10.

³³ SGIP: *Cartera de Servicios de la Sanidad Penitenciaria*, Madrid (Ministerio del Interior/SGIP), 2010.

³⁴ Un elenco de las más salientes en ARROYO CABO, J. M.: “Integración de la Sanidad Penitenciaria: un reto decididamente asumido por algunos”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 13, núm. 2, 2011, pp. 38 y 39.

³⁵ Conforme postula la SESP: “Propuesta de integración. Documento de trabajo”, cit., apartados “dónde” y “cómo”.

subcultura penitenciaria con valores no compatibles con comportamientos saludables³⁶), convendrá tener presente que son personas privadas de libertad y es necesaria la coordinación de todos cuantos actúan en el medio. Cooperación no solo para prestar la atención primaria y hacer lo propio con la dispensación de atención especializada, ya sea en el interior de la prisión, ya en las unidades de custodia hospitalaria³⁷, sino también para afrontar otros problemas sanitarios de un recinto cerrado con factores de alto impacto, tales como revisión de situaciones especiales de huelgas de hambre, informes médicos de régimen interno, educación en salud ante problemas como la drogadicción o enfermedades de transmisión sexual, traslados por motivos sanitarios, iniciativas sobre acceso a tercer grado por padecimientos incurables (–art. 104.4 RP–), excarcelación a septuagenarios o enfermos terminales (–art. 196.2 RP–) o, entre un elenco sencillo de ampliar, diagnósticos psiquiátricos que afectan a la situación penitenciaria de los internos (art. 39 LOGP)³⁸.

– Particular relieve alcanza, dentro del apartado organizativo general, el acomodo y adecuada reubicación de la plantilla en la Administración de destino y la casi segura asignación de nuevas funciones a cuantos dependen ahora de los Servicios de Salud autonómicos.

El camino a seguir para los primeros es de sobra conocido, por ya transitado; en breve, declaración a extinguir de los Cuerpos de Facultativos y ATS/DUE en II.PP., apertura de concursos de traslados (con la renuncia a la condición de funcionario de quien accediera a la plaza extrapenitenciaria, para pasar a ser personal estatutario, y permanencia en su actual puesto de quien no quisiera concursar, bien como funcionario, bien como personal laboral) e integración en los Departamentos territoriales que asuman las competencias³⁹. No por ello evitará los inconvenientes de todos conocidos bajo la forma de desajustes, reclamaciones y necesidad de abordar los numerosos problemas de acomodo causados por una más que probable integración en masa. De igual modo, cabe esperar una cierta resistencia del personal de los Servicios de Salud autonómicos, derivados tanto de la incorporación de numerosos efectivos de distinto origen, como de la asunción de nuevas funciones en un entorno notoriamente distinto al habitual y regido por unas reglas que precisarán de acuerdos nada sencillos para deslindar lo médico-administrativo de las funciones clínicas, así como de adecuada formación para realizar las actividades sanitarias específicamente penitenciarias⁴⁰.

– Por último, y quizá fundamental, en solventar las diferencias sobre financiación radicará la clave fundamental, pues a pesar de ser cierto que “la asistencia sanitaria penitenciaria resulta extraordinariamente rentable para la sociedad en su conjunto”⁴¹, las

³⁶ AA.VV. (ARENAS CARBELLIDO, C., coord. y ARZA PORRAS, J., redactor final): *Guía de mediación en salud en el medio penitenciario*, Ministerios del Interior y Sanidad y Consumo, Madrid, s/f, pp. 11-17.

³⁷ ARCHANCO LÓPEZ-PELEGRÍN, C.: “Integración de la Sanidad Penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud. Traspaso de competencias”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 8, núm. 3, 2006, pp. 49-51.

³⁸ YUSTE CASTILLEJO, A.: “Evolución histórica del modelo de atención sanitaria en instituciones penitenciarias”, cit., p. 12.

³⁹ SESP: “Propuesta de integración. Documento de trabajo”, cit., apartado “cómo”.

⁴⁰ GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 8, núm. 3, 2006, p. 54.

⁴¹ Resaltando la afirmación en negrita, GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., p. 53.

Comunidades Autónomas perciben la asunción de estas competencias como causa generadora de déficit si no se cambia el modelo actual⁴².

Además de las imprescindibles cesiones de instalaciones y medios materiales de prisiones a los Sistemas de Salud, procederá vencer las reservas económicas con la imaginación y generosidad que, por ejemplo, acompañó el proceso de transferencias al País Vasco. Sin forzar en demasía los números, cabrá constatar cómo atender un servicio de por sí muy caro, con la descentralización podría ver disminuidos notablemente sus costes, al evitar la “doble financiación” (tratamiento crónicos, medicamentos adquiridos de manera harto onerosa, facturas de hospitales por quienes ya eran pacientes en el momento de que entrar en prisión, etc.⁴³); además, y de optimizar esa gestión –los argumentos económicos parecen avalar los mejores rendimientos de la integración, al poder presumir de la existencia de economías de escala, gama y alcance–, bien cabrá proponer que el “*per cápita*” que hoy recibe la Comunidad Autónoma de residencia del recluso cambie de manera significativa. Así, podría ser reasignado al sistema penitenciario, para volver al Servicio de Salud correspondientes en función de la atención efectivamente prestada, o –y por supuesto– añadir una partida que vaya creciendo con el tiempo destinada a la conservación de una equivalencia de cuidados y, al tiempo, sirva de refuerzo y permita acciones preventivas, de restauración y, también, de coordinación operativa para una mejor atención sanitaria a los internos⁴⁴.

Conforme cabe apreciar, cuestiones de enjundia (sin ignorar las propias de los procedimientos destinados a culminar la parte político-administrativa que habilite la ulterior negociación de los aspectos estrictamente asistenciales de la transferencia), pero con precedentes de éxito a través de instrumentos conocidos que, con una voluntad decidida, podrían llevar a buen fin el empeño. De lo contrario, seguirá haciéndose más profunda una doble brecha: de un lado, la de la propia calidad asistencial en las prisiones; de otro, la proveniente de la pérdida de equidad respecto a cuantas Comunidades ya ostentan la competencia en la materia.

En cuanto hace a la primera quiebra, baste el parecer que de manera compartida suscriben representantes de la OMC, de los Grupos Parlamentarios en el Senado de Podemos-Común-Compromis-En Marea, Popular y Socialista, el SPSP y el Subdirector General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria: “observamos cómo el deterioro asistencial en sanidad se va extendiendo como un movimiento sísmico por todos los centros penitenciarios en la geografía del Estado”⁴⁵. El episodio descrito sobre el tratamiento de la hepatitis C constituye prueba evidente de tal afirmación; y, con carácter general, lo son algunos otros como la falta de continuidad en la información sanitaria con los Sistemas de Salud autonómicos, la ausencia de reposición en el personal facultativo, la reducción de la asistencia de urgencias o, por no seguir –remitiendo al último epígrafe del ensayo, donde se

⁴² ARROYO COBO, J. M.: “Integración de la Sanidad Penitenciaria: un reto decididamente asumido por algunos”, cit., p. 41.

⁴³ Sobre tales disfunciones, GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., p. 54.

⁴⁴ REPULLO, J. R.: “Sanidad Penitenciaria: reflexiones sobre la inercia de los sistemas y la baja efectividad de las políticas sanitarias en España”, cit., p. 48.

⁴⁵ HOYOS PEÑA, C. *et alii*: “Situación actual de las transferencias de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Supl. núm. 2, 2018, p. 63.

abordarán con mayor detalle–, la inviabilidad de cumplir con las programaciones previstas para el seguimiento de patologías crónicas de carácter físico o mental⁴⁶.

Situación tan grave es difícilmente sostenible tanto a la luz del derecho a la salud reconocido a todos en el art. 43 CE, como –sin pretender reproducir una polémica que trasciende el objetivo aquí acometido– el derecho a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social y las medidas orientadas hacia la reeducación y reinserción social específicamente contemplado para los privados de libertad en el art. 25 CE⁴⁷. “Al fin y al cabo se trata de garantizar los derechos de los internos como usuarios de la salud, la accesibilidad de este colectivo a los recursos sanitarios, la calidad de las prestaciones sanitarias y la equidad en el acceso a los ciudadanos”⁴⁸.

En cuanto hace a la pérdida de equidad interterritorial como segundo elemento de fisura, preciso será recordar cómo, por encima de la ideología identitaria nacionalista que impulsó la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña, y de Sanidad Penitenciaria al País Vasco, obran datos significativos sobre la mejora en la salud de los presos en ambas Comunidades Autónomas.

Así, cuando por RD 3482/1983, de 29 de diciembre, la Generalidad de Cataluña recibió el traspaso de servicios en materia de Administración Penitenciaria (ampliado, en los medios adscritos, a partir de un acuerdo de la Comisión Mixta de Traspasos, por RD 131/1986, de 10 de enero), estuvo en disposición de ordenar los servicios penitenciarios en esa Comunidad, dotando de autonomía económica a los centros situados en su territorio (Decreto 235/2003) y de un Reglamento de organización y financiamiento de servicios en la ejecución penal (Decreto 329/2003); todo ello acompañado de las pertinentes Instrucciones y Circulares destinadas a crear un sistema propio⁴⁹. Tal capacidad de autogestión ha tenido lógicas consecuencias en materia de Sanidad Penitenciaria, donde, por ejemplo, el tratamiento de la hepatitis C no solo no ha generado los problemas que en el resto del Estado, sino que ofrece unos mejores resultados tanto en la actualidad (2.8 puntos menos en el índice de prevalencia⁵⁰), como en el plazo previsto para poder eliminar la enfermedad (2021 frente a 2030)⁵¹. Trascendiendo tal dato concreto, lo cierto es que en Cataluña ya ha tenido lugar la

⁴⁶ Por todos, ARROYO COBO, J. M. y ASTIER PEÑA, M. P.: “Calidad asistencial en Sanidad Penitenciaria. Análisis para un modelo de evaluación”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 5, núm. 2, 2003, pp. 36-55; GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., pp. 53 y 54 y HOYOS PEÑA, C.: “Situación actual de las transferencias de Sanidad Penitenciaria en las Comunidades Autónomas”, cit., pp. 63 y 64.

⁴⁷ GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., p. 53.

⁴⁸ ARROYO COBO, J. M.: “Integración de la Sanidad Penitenciaria: un reto decididamente asumido por algunos”, cit., p. 40.

⁴⁹ Una amplia exposición del proceso y sus consecuencias en TAMARIT SUMALLA, J. M.: “El sistema penitenciario català: fonament i exercici de la competència”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 23, 2016, pp. 235-273.

⁵⁰ CRESPO, J. et alii: “¿Es posible la eliminación del virus de la hepatitis C en el entorno penitenciario?”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 19, núm. 3, 2017, p. 6. Los datos comparativos en GENERALITAT DE CATALUNYA: “Descriptors estadístics serveis penitenciaris 2016-2017”, 2017, en http://www.gencat.cat.justicia/estadistiques_serveis_penitenciaris/1_pob.html.

⁵¹ Previsto en Cataluña (a partir de análisis de series temporales diagnósticas y terapéuticas de 15 años de antigüedad en pacientes de la Comunidad Autónoma) para 2021, y para el resto de España en 2030, MARCO, A.: (...)

instauración de un modelo único de atención a la enfermedad crónica, con seguimiento trasversal de patologías e información asistencial compartida a través de la plena integración de los Equipos de Atención Primaria Penitenciaria en el Instituto Catalán de Salud (Orden del Departamento de Justicia JUS/290/2014), con desaparición de las diferencias a nivel laboral y creación de grupos de trabajo trasversales y coordinados⁵². Sin perjuicio de las dificultades y problemas puntuales que ha suscitado, y de seguro aparecerán en un futuro, un verdadero ejemplo a imitar en muchos extremos, bajo la aspiración de dotar a los internos en II.PP. de un derecho a la salud equiparable al del resto de los ciudadanos⁵³.

Más de 25 años después (y tras diversos fracasos anteriores en los cuales pesó de manera definitiva el problema del traslado de los condenados por delitos de terrorismo), también tuvo lugar la transferencia de competencias (solo) en materia de Sanidad Penitenciaria al País Vasco (RD 894/2011, de 24 de junio). Lejos de optar por un modelo autónomo de gestión –como en su momento hizo Cataluña–, el planteamiento vasco apostó de inicio por la plena integración en el Sistema Autonómico de Salud (Osakidetza)⁵⁴, y sus resultados no se hicieron esperar. Sirvan los datos de cuanto aquí se ha tomado como ejemplo: el diseño de una estrategia regional para afrontar la hepatitis C, que incluía sin restricciones a la población reclusa (Orden del Consejo de Salud de 14 de julio de 2015)⁵⁵, permitió no solo el acceso a antivirales de acción directa antes que el resto de España, sino una planificación específica y por centros, que en algunos ha llevado al circuito óptimo de tratamiento con tasas de adherencia del 100% de los infectados⁵⁶.

Una conclusión se impone: no más demoras. El derecho a la salud de los presos no debe conocer más retrasos, ni trato diferencial por razón del territorio; tampoco que cuestiones de costes y disputas sobre quien los deba de asumir supongan una doble condena para el colectivo.

3. EL ASPECTO SALIENTE DEL CONFLICTO JURÍDICO Y UN APUNTE SIGNIFICATIVO SOBRE SU TRASFONDO

La denegación o postergación en la atención a internos afectados de VHC, así como la controversia relativa a quién debía hacerse cargo del coste de los nuevos fármacos para el tratamiento del VHC, no quedaron en un mero debate político o quejas ante el Defensor del Pueblo, sino que acabaron suscitándose en los Tribunales a través de dos vías: la de Vigilancia Penitenciaria y la Contencioso-Administrativa.

“Eliminar la hepatitis C en prisiones: cómo y cuándo”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Supl. núm.2, 2018, p. 21.

⁵² MORRAL PARENTE, R.: “Cronicidad y Atención Primaria: rol de la Sanidad Penitenciaria”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 17, núm. 2, 2015, pp. 33-36.

⁵³ FERNÁNDEZ NÄGER, J.: “El modelo del Institut Català de la Salut para la Sanidad Penitenciaria”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 17, núm. 2, 2017, pp. 6-9.

⁵⁴ Los detalles sobre el proceso en ZULAIKA, D. *et alii*: “Un nuevo modelo asistencial penitenciario: la experiencia del País Vasco”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 14, núm. 2012, pp. 21-28.

⁵⁵ OSAKIDETZA: *Estrategia para la atención de la hepatitis C en Euskadi*, 2015, en http://www.osakidetza.eus/contenidos/informacion/hepatitis_c/es_de/adjuntos/estrategia-hepatitis_c-es.pdf.

⁵⁶ OLARIAGA-ARRAZOLA, S. *et alii*: “Abordaje del tratamiento de la hepatitis C en prisión”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 20, Supl. 2, 2018, pp. 66 y 67.

Las reclamaciones de los internos accedieron a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria mediante de queja (y de allí, cuando procedió, a la Audiencia Provincial), siendo pioneros los casos suscitados en Alicante y Sevilla⁵⁷ (a los cuales acude, para su fundamentación, un meritorio auto de la Audiencia Provincial de Orense⁵⁸). En el primero de ellos fueron necesarios hasta tres autos en un mismo expediente para que la Administración Penitenciaria asumiera la obligación de hacerse cargo del tratamiento, una vez acreditada su necesidad a través de los servicios médicos de centro y del médico forense, y certificada la posibilidad de realizarlo en prisión (a partir de informes de la Unidad de Enfermedades Infecciosas del Hospital Universitario de Alicante), como se venía haciendo con los pacientes en libertad: de forma ambulatoria y con controles programados.

Más complejo es aún el asunto suscitado en el segundo de los supuestos, donde, tras rechazar la excarcelación para recibir terapia fuera del ámbito penitenciario, se admitió la queja instando la aplicación de la triple terapia a pacientes coinfectados, sin necesidad de inclusión en ensayos, pues así se estaba haciendo al común de los ciudadanos.

Los anteriores pronunciamientos afirman la competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a partir de cuanto disponen los art. 34 (respeto a la vida y salud de los internos, en franco deterioro) y 76.1 LOGP (que les confiere atribuciones para salvaguardar los derechos de los internos, posibilitando su intervención para obligar a II.PP. a proporcionar solución adecuada). Su criterio se expande y es seguido por sucesivos pronunciamientos judiciales bajo los mismos argumentos, acatados por la Administración Penitenciaria (de ahí que disponga la ya mencionada atención en el Hospital Gregorio Marañón), pero sin asumir sus costes, ni tampoco adoptar una política general al respecto – conforme recoge el Informe Anual del Defensor del Pueblo⁵⁹ –. Aspecto, este último, en el cual los órganos de instancia mencionados declararon su incompetencia para conocer.

⁵⁷ Su consulta en APDHA: *Vulneración del derecho a la salud de las personas presas*, 2013, pp. 27-41, en https://www.apdha.org/media/informe_tratam_hepatitis_nov2013.pdf. Un análisis de ambos en GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: “Sanidad Penitenciaria y tutela judicial del derecho a la salud de los internos. Especial referencia a la atención a la hepatitis C”, 2015, p. 11, en <http://www.derechopenitenciario.com/común/fichero.asp?id=4294>.

⁵⁸ AAP Orense 13 abril 2016, bajo los términos recogidos en BARRIO FLORES, L. F.: “Atención farmacéutica en otros ámbitos asistenciales: la legislación, luces y sombras”, 2007, p. 12, en https://65congreso.sefh.es/ponencias/Barrios_Legislacion.pdf.

⁵⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual 2014 y debates en las Cortes Generales*. Defensor del Pueblo, Madrid 2015, pp. 162-164, en <https://defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe2014.pdf>. En el constata cómo, “en la actualidad, hay un cierto número de internos a los que les han sido prescritos estos fármacos por los especialistas de los servicios de salud públicos correspondientes, que no los estarían recibiendo, pues la Administración Penitenciaria considera que el importe económico ha de ser satisfecho por las Comunidades Autónomas, toda vez que se trata de fármacos de dispensación hospitalaria. Ante la negativa autonómica a correr con estos gastos, la Administración Penitenciaria, a través de los Servicios Jurídicos del Estado, inicia actuaciones judiciales. Entre tanto, los internos enfermos no reciben el tratamiento prescrito y su estado de salud se deteriora. Estas circunstancias motivan que el Defensor del Pueblo indique a la Administración Penitenciaria la necesidad, por motivos humanitarios, de que se proceda al pago de tales fármacos sin perjuicio de que paralelamente se inicien actuaciones judiciales si se estima que hay base legal para ello”. De igual modo, alude a la actuación de II.PP. con los pacientes coinfectados, señalando que “ha negado el fármaco a los reclusos coinfectados con hepatitis C y VIH, amparándose en que la ficha técnica de los medicamentos no lo contempla, cuando la Agencia Española del Medicamento advierte de que en esas circunstancias es más necesario todavía”. Concluye, a resultados de tal comprobación, que “este asunto será objeto de atención en 2015”.

La cuestión económica surge de la negativa de distintos Servicios de Salud autonómicos a obedecer el requerimiento, formulado por el Subsecretario del Ministerio del Interior, en orden a que dispensaran el tratamiento de la triple terapia a los internos, por considerarlos medicamentos de uso hospitalario (H). El motivo de la oposición de la Administración autonómica radicaba, en lo sustancial, en que la calificación otorgada por la AEMPS era de diagnóstico hospitalario (DH), haciendo innecesaria la hospitalización y, por tanto, en aplicación del art. 209. 3 RP, procediendo su administración en el recinto penitenciario y a expensas de II.PP.

La segunda de las sentencias sobre el tema⁶⁰, cuyos argumentos se acomodan en lo fundamental a la primera⁶¹ y son seguidos fielmente por el resto de los pronunciamientos a los cuales se ha tenido acceso⁶², reconoce que obra una “cuestión temporal que nubla las dificultades interpretativas [de los asuntos] que se debaten en el procedimiento”, pues el art. 209.3 RD es anterior en el tiempo al art. 24.3 RD 1345/2007, de 11 de octubre, por el cual se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

A partir de tal constatación, capaz de justificar algunos pasajes susceptibles de provocar cierta confusión, cabe glosar las razones fundamentales en virtud de las cuales la cuestión debatida, quién ha de asumir el coste –nunca la procedencia de la prestación, conforme todas insisten en aclarar–, va a llevar a una atribución de responsabilidad a la Administración Penitenciaria:

– El elemento de convicción fundamental aparece situado en la calificación que de los nuevos medicamentos efectúa la AEMPS. En atención a las categorías contempladas en el art. 24.3 RD 1345/2007, fueron catalogados con DH, no como H. A sus resultas, el diagnóstico ha de ser realizado en medio hospitalario o en establecimiento que dispongan de medios adecuados o por médicos especialistas, pero su administración puede ser efectuada fuera del hospital.

– La anterior consideración ha de primar sobre el dato de que, en el cartón de ambos, aparezcan el dato adicional de ser considerados SC (“Sin Cupón [precinto]”), pues tales siglas únicamente aluden a una categoría propia, los DIHSC (coloquialmente conocidos como medicamentos de Diagnóstico Hospitalario y Dispensación Hospitalaria o DHDH). Lejos de llevar a considerar el añadido como un dato determinante para su transformación en medicamentos H, tan solo indica que su dispensación queda reservada a la Farmacia Hospitalaria, pero –según queda cumplida constancia– su administración perfectamente puede tener lugar –así ocurre con los administrados a los ciudadanos en libertad– de manera ambulatoria; por tanto, también en el recinto penitenciario.

De este modo, la reserva singular acordada por el Ministerio del ramo al calor de cuanto establece el art. 2.6 Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios [con igual tenor que su sucesor, el art. 3.6 RD 1/2015,

⁶⁰ STSJ, Cont.-Admtivo, Castilla y León/Valladolid 30 junio 2015 (Rec. 92/2015).

⁶¹ STSJ, Cont.-Admtivo, La Rioja 4 junio 2015 (Rec. 82/2014).

⁶² SSTJ, Cont.-Admtivo, Baleares 3 febrero 2016 (Rec. 314/2014), Comunidad Valenciana 12 julio 2016 (Rec. 309/2014) y Aragón 22 diciembre 2016 (Rec. 217/2014).

de 24 de julio, por el cual se aprueba el texto refundido de aquella norma], únicamente indica la necesidad de visado para su dispensación por una Farmacia Hospitalaria a los pacientes no hospitalizados, pero en modo alguno sirve para diferenciar los medicamentos clasificados como H o DH, pudiendo ser de aplicación a ambos (RD 1718/2010, de 17 de diciembre).

– En fin, y aun cuando tal dato (si unido al anterior) pueda llevar a confundir no solo a juristas, sino también a los profesionales del sector sanitario⁶³, los Tribunales consideran que no es definitivo el parecer contenido en los protocolos aprobados por la AEMPS para el boceprevir y el telaprevir cuando indican que “el tratamiento de la triple terapia debe dispensarse y controlarse en unidades hospitalarias que cumplan una serie de requisitos mínimos para la óptima vigilancia de la salud”⁶⁴. No sin informes de expertos que obran en autos sosteniendo otro parecer, valoran que el tratamiento ambulatorio es el apropiado: aun cuando el diagnóstico, la dispensación y los controles por equipos multidisciplinares haya de tener lugar en un hospital, ello no enerva la posibilidad de su administración en prisión.

Todas las argumentaciones topan con un obstáculo fundamental que no logran sortear con tino: los medicamentos DH [según indica el art. 24.3 b) RD 1345/2007] son aquellos en los cuales no solo su administración, sino también su “seguimiento, puede realizarse fuera del hospital”; dato este que los diferencia de los medicamentos H, cuyo seguimiento ha de hacerse en un centro hospitalario [art. 24.3 a) RD 1345/2007]. Ante tal callejón sin salida, obvian el último dato y afirman el parecer anticipado, imputando la obligación y el coste a II.PP.

Con independencia del parecer que merezca el criterio expuesto, este conjunto de sentencias sugiere una triple reflexión:

– En primer lugar, en ningún momento toman en consideración las dificultades para la ejecución de la obligación de hacer a que habrá lugar, dando pie a que el Ministerio de Interior justifique la necesidad de un dispositivo centralizado para poder ejecutarlas. La razón admite difícil réplica pues, conforme se verá, las carencias sanitarias de los centros penitenciarios son patentes tanto en personal facultativo, como en Especialistas en Farmacia Hospitalaria (y ya se conoce el parecer del Tribunal Supremo respecto a la custodia de medicamentos –en particular aquellos como los ahora analizados–, que le llevó a anular el art. 213.4 RP, según hará también con sucesivas Instrucciones de II.PP. del mismo tenor) e instalaciones (ausencia de Servicios de Farmacia o Depósitos de Medicamentos autorizados en muchos recintos), convirtiendo el traslado, muchas veces no deseado, en la única alternativa viable.

⁶³ Así, por ejemplo, la Comisión de Farmacia y Terapéutica del Hospital Universitario y Politécnico de la Fe (Valencia) o la Guía de Farmacia Hospitalaria de Andalucía no dudan en calificarlos como DH; sin embargo, el Hospital Clínico de Valladolid los clasifica, sin ambages, como H [los tres informes en http://gruposdetrabajo.sefh.es/genesis/genesis/Enlaces/InformesHosp_abc.htm], al igual que sucede con el informe del Comité de evaluación de nuevos medicamentos realizado por el Departamento de Sanidad del País Vasco [en <https://www.osikedetza.euskadi.eus/informacion/evaluacion-de-nuevos-medicamentos-en-el-ambito-hospitalario/85-pkcevio3/es/>].

⁶⁴ Su formulación más acabada, y ya publicada en la fecha de la sentencia, en AEMPS: “Criterios y recomendaciones generales para el tratamiento con boceprevir y telaprevir en la hepatitis crónica C (VHC) en pacientes monoinfectados”, cit., pág. 6.

– En segundo término, el manifiesto fracaso del modelo cuando varias de las sentencias aluden a la ausencia de convenio entre el Ministerio del Interior y las Consejerías competentes en sanidad de las CC.AA. La falta de medios propios no queda cubierta formalmente por el instrumento de colaboración previsto en los arts. 207.2 y 209.2 RP, convirtiéndose la interpretación de los preceptos penitenciarios, por su falta de acomodo a la normativa sanitaria, en territorio continuamente abierto a conflictos. Más aún, falta un criterio judicial unitario, pues, ante supuestos semejantes, las sentencias abocan con frecuencia a resultados opuestos: en ocasiones decidirán la asunción de los costes derivados de la atención sanitaria especializada por los centros sanitarios públicos, argumentando que quienes reúnen la condición de asegurados no la pierden por su condición de internos⁶⁵; por contra, otras estimarán pertinente la liquidación girada por la Administración autonómica a la estatal, en la medida en la cual la Comunidad no esté vinculada por convenio para asumir competencias en materia penitenciaria⁶⁶.

– A la postre, es muestra fehaciente de cuanto arriba se ha sostenido a partir de otros argumentos distintos, y a reglón seguido continuará con la prueba palmaria de algunos datos más acerca de la necesidad de alcanzar esa asistencia sanitaria “integral” (art. 207.1 RP) y “equivalente” (art. 208.1 RP) que la norma proclama en favor de los privados de libertad.

4. ALGUNAS OTRAS CUESTIONES PENDIENTES EN LA ATENCIÓN SANITARIA A LOS INTERNOS

En un reciente debate en el Senado, un diputado del Grupo Mixto aconsejaba sobre la conveniencia de “hacer un análisis del sistema penitenciario español que (...) no destaca por ser uno de los más eficientes y progresistas que pueda haber en el marco europeo”⁶⁷. La afirmación, efectuada con contexto sanitario, invocaba el último Informe para el Gobierno español del CPT del Consejo de Europa⁶⁸ donde, además de la conclusión general de “invita[r] a las autoridades españolas a considerar el traslado de la administración de la atención sanitaria bajo la responsabilidad del Servicio Nacional de Salud”, destacan tres notas negativas sobre el modelo estatal de salud penitenciaria: las quiebras patentes en la relación médico-paciente (puntos 80 y 88), la presencia de un significativo número de vacantes, fundamentalmente de Facultativos (punto 79), y la falta de instalaciones y profesionales adecuados para ciertos tratamientos que, o se estaban dispensando en prisión cuando no procedía, o no eran recibidos por los internos en condiciones apropiadas (puntos 82 a 85). Entre estos últimos aparece mentado precisamente el abordaje del problema del VHC, para recomendar “que las autoridades españolas se aseguren de que el principio de igualdad en la asistencia sea respetado, facilitando el mismo acceso al tratamiento

⁶⁵ Así, por ejemplo, SSTSJ Aragón 23 diciembre 2016 (Rec. 188/2015) y 18 enero 2017 (Rec. 189/2015) o Andalucía/Sevilla 7 y 28 septiembre 2017 (Rec. 442 y 551/2017).

⁶⁶ SSTSJ Madrid 30 septiembre y 22 diciembre 2016 (Recs. 424 y 513/2015); 8 junio, 10 noviembre y 14 diciembre 2017 (Recs. 472, 329 y 484/2016) y 18 enero y 8 y 22 febrero 2018 (Rec. 181, 134 y 141/2017).

⁶⁷ Intervención del Senador Iñarritu García (Grupo Mixto) en la “Moción por la que se propone la creación de una Ponencia de Estudio, en el seno de la Comisión de Interior, sobre traspaso de la Seguridad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas”, cit., pp. 5 y 6.

⁶⁸ “Informe para el Gobierno español sobre la visita llevada a cabo en España por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, de 16 de noviembre de 2017, CPT/Inf. (2017) 34, pp. 64-74.

antirretroviral a los internos diagnosticados con hepatitis C que a la comunidad en general” (punto 86).

4.1. Aspectos disfuncionales más salientes de la Sanidad Penitenciaria española

La apresurada visita relatada (del 27 de septiembre al 10 de octubre de 2016), así la necesaria selección de centros (solo 6), no fue obstáculo para el certero diagnóstico de algunos de los problemas más salientes de la Sanidad Penitenciaria española sobre los cuales cabrá proporcionar algún detalle más:

1.- La vida del recluso aparece organizada sobre la base de la seguridad y una vida disciplinada a tal efecto, a la cual aparece sometida la atención sanitaria⁶⁹; sin embargo, la institucionalización no puede llevar a cuanto es vivido por los facultativos y ATS/DUE como el principal de los problemas para el ejercicio de su trabajo: la prioridad de lo “regimental” frente a lo sanitario⁷⁰; es decir, la sustitución *de facto* de la relación médico-paciente⁷¹ por otra de doble agencia en la cual, en vez de la habitual del médico cuando hace clínica (consciencia de los costes e implicaciones de salud pública) o certificar e informar sobre actos o procesos con repercusiones en materia de prestaciones, se inclina hacia la función de autoridad, pues actúa “a las ordenes inmediatas del Director del Establecimiento” (art. 21.2 RP)⁷². Trásvase, además, dentro de una cadena jerárquica, como colaboradores en la seguridad y buen orden del recinto, sometidos a fiscalización judicial y administrativa (frecuentes peritajes judiciales, informes obligados de los internos a los responsables del centro, aceptación de directrices de funcionamiento que condicionan la *lex artis*, etc.) y que ciertamente conducen a un secreto profesional diluido y comprometen la labor asistencial⁷³. De ahí lo recomendable de tender una clara línea de independencia de los sanitarios frente a la autoridad local en la prisión (discerniendo con claridad lo administrativo y lo clínico); también su necesaria vinculación a una red, tanto de Sanidad Penitenciaria como del Sistema de Salud correspondiente⁷⁴ como garantía de independencia, libertad profesional y observancia de los principios de ética médica⁷⁵.

2- Aun cuando los primeros años de la década de los 80, con la creciente preocupación por la propagación del SIDA, trajera consigo la incorporación y transferencia sostenida de gran cantidad de personas y medios destinados a reforzar las plantilla sanitarias de los centros penitenciarios (lo cual convirtió a la organización española en verdadero

⁶⁹ SÁINZ DE LA MOYA, P. *et alii*: “Informe CAPRI sobre la calidad asistencial sanitaria en centros penitenciarios españoles”, *Revista Española de Seguridad Penitenciaria*, Vol. 5, núm. 2, 2003, pp. 38-48.

⁷⁰ ASTIER PEÑA, M. P. y DIVAR CONDE, J. M.: *Calidad asistencial en sanidad penitenciaria en España*, Madrid, Ministerio del Interior/SGIP/Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria, 2010, pp. 34 y 73-74.

⁷¹ GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., p. 53.

⁷² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. F. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Madrid, 2011, BIB\2011\5655.

⁷³ VEGUÉ GONZÁLEZ, M. y ÁLVARO BRUN, E.: “El secreto médico en Instituciones Penitenciarias”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 3, núm. 2010, págs. 34-41.

⁷⁴ REPULLO, J. R.: “Sanidad Penitenciaria: reflexiones sobre la inercia de los sistemas y la baja efectividad de las políticas sanitarias en España”, cit., p. 44.

⁷⁵ ARROYO COBO, J. M. y ASTIER PEÑA, M. P.: “¿Qué hay de la calidad asistencial en la Sanidad Penitenciaria? Una revisión sistemática”, cit., p. 26.

modelo europeo)⁷⁶, con el transcurso de los años la degeneración ha sido patente, comenzando por la manifiesta insuficiencia de personal, especialmente facultativos. Dato que conduce a algunos factores *supra* resaltados, como guardias en Enfermería sin la presencia de médico, inviabilidad de atender según conviene las urgencias, falta de seguimiento en los programas para pacientes o, por no seguir, insuficiencia o retrasos en las iniciativas asistenciales y no estrictamente asistenciales⁷⁷. Al factor vegetativo, dado por el envejecimiento sin reemplazo, cabe unir unas condiciones de trabajo no solo duras (escasa autonomía funcional, importante fiscalización por superiores jerárquicos u órganos de la Administración de Justicia, riesgos físicos y psíquicos, etc.)⁷⁸, sino poco valoradas en lo económico y en lo social⁷⁹, con retribuciones inferiores a las de trabajos comparables, ausencia de una carrera o expectativas profesionales de promoción, problemas en la gestión de personal y en la organización de las tareas cotidianas, falta de una acción de formación continuada y especializada que impide un adecuado reciclaje o, entre un elenco mucho más amplio, aislamiento laboral en la red penitenciaria y fuera de ella. Todo ello acaba conduciendo a una clara desmotivación, con el resultante de la búsqueda de nuevos horizontes profesionales, bajas laborales a resultas de cuadros claros de *burnout* o últimas convocatorias de empleo público con vacantes no cubiertas⁸⁰.

Desde este punto de vista, no cabe duda que la transferencia de las competencias a las Comunidades Autónomas y la integración en sus Sistemas de Salud pondrían fin en gran medida de los problemas apuntados, con la equiparación en condiciones laborales y creación de redes de trabajo, información y formación tanto entre quienes prestan sus servicios en el entorno penitenciario como en cuantos lo hacen fuera de él⁸¹.

3.- A pesar de los esfuerzos institucionales (puntuales) por hacer evaluaciones de calidad de la Sanidad Penitenciaria⁸², y la documentación del Programa de Calidad de algún centro⁸³, no deja de ser una triste realidad la adhesión a un modelo de atención anticuado (muy medicalizado, centrado en la enfermedad y no en la salud y con poco interés en prevención, protocolos de actuación, trabajo en equipo, desarrollo profesional y seguimiento de calidad), donde no existe una cultura de evaluación de necesidades antes de adoptar

⁷⁶ Baste comprobar el conjunto de Resoluciones de la época convocando concursos para la provisión o traslados de puestos de Facultativo, ATS/DUE o Farmacéutico, recogidos, por ejemplo, en la muestra de MONTERO HERNÁNDEZ, T.: *Compendio de legislación y jurisprudencia penitenciaria*, Alicante (Editorial Club Universitario), 2009, pp. 479 y ss.

⁷⁷ Amplio muestrario de disfuncionalidades que recoge ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Revisión de aspectos normativos y funcionales del personal de los Cuerpos Facultativos y de los Enfermeros de Instituciones Penitenciarias”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 17, núm. 3, 2015, pp. 17-23.

⁷⁸ GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., p. 54.

⁷⁹ SÁIZ DE LA HOYA, P. *et alii*: “Informe CAPRI sobre la calidad asistencial sanitaria en centros penitenciarios españoles”, cit., p. 11.

⁸⁰ GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., p. 54.

⁸¹ ARROYO COBO, J. M. y ASTIER PEÑA, M. P.: “Calidad asistencial en Sanidad Penitenciaria. Análisis para un modelo de evaluación”, cit., pp. 66 y 67.

⁸² Baste dejar cuenta aquí del Informe CAPRI, realizado en 2002, y el análisis llevado a cabo en 2010 bajo la Dirección Técnica de la Sociedad Aragonesa de Calidad Asistencial, ya referenciados en notas precedentes.

⁸³ Así, por ejemplo, el que detalla GARCÍA MATA, J. R.: “Puesta en marcha de Programas de Calidad en un Servicio basado en grupos de mejora”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 5, núm. 2, 2003, pp. 35-37.

decisiones, la ley y el control administrativo priman sobre evidencias clínicas y de salud pública y aparecen escasamente desarrollados tanto la auditoría clínica como otros sistemas de calidad que, a partir de datos fiables, permitan una adecuada planificación en la cobertura de necesidades⁸⁴.

De este modo, es patente la descoordinación con el sistema extrapenitenciario, que arranca de una falta de comunicación fluida entre los diversos niveles y servicios implicados, al obedecer a dos Administraciones diferentes, lo cual motiva retrasos y anulaciones de citas⁸⁵, dificultades para ingresos hospitalarios⁸⁶, historias clínicas paralelas en las cuales constan decisiones sin el conveniente diálogo⁸⁷ o una inadecuada ejecución de anotaciones con problemas de seguimiento y control documental; descoordinación o carencia de medios que alcanza expresión acabada en la falta de acondicionamiento de zonas específicas para la hospitalización y consulta por motivos de seguridad en numerosos hospitales públicos (las conocidas como Unidades de Custodia Hospitalaria o Unidades de Acceso Restringido a que aluden los arts. 207 y 208 RP)⁸⁸. Fácil es colegir, a sus resultados, desajustes patentes (según el Informe del Comité Europeo, los supuestos de trastornos mentales y tratamiento del VHC, a título de muestra saliente, requerirían una atención por especialistas dentro del recinto penitenciario, en la actualidad no dispensado o insuficientemente proporcionado⁸⁹) que, de nuevo, y si reconducida la situación a la plena integración en el Sistema Sanitario, serían mucho más fáciles de abordar.

Con todo, las anteriores no son sino manifestaciones externas de un modelo legal fracasado, que respondía a un patrón desfásado ya cuando surgió y a cuyo desarrollo cabe plantear firmes óbices. Así, el Título IX RP, bajo la rúbrica “De las prestaciones de la Administración Penitenciaria”, dedica su Capítulo Primero, Sección Primera, a “La Asistencia Sanitaria”. Lo hace sobre un planteamiento claro: abandonar el modelo integral de asistencia sanitaria a los internos previsto en la LOGP y en el RD 1981, dispensado totalmente por sistema sanitario de II.PP., y sustituirlo por uno mixto. Actúa, por ende, apartándose del patrón establecido en los arts. 46 a) y c) [coordinación o integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único, para así extender los servicios a toda la población], 50 [constitución de un Servicio de Salud como núcleo de integración gestionado por la Comunidad Autónoma respectiva] y 56 LGS [Área de Salud como estructura fundamental].

⁸⁴ ARROYO COBO, J. M. y ASTIER PEÑA, M. P.: “Calidad asistencial en Sanidad Penitenciaria. Análisis para un modelo de evaluación”, cit., pp. 43 y 46.

⁸⁵ Como constante que permanece en el tiempo motivada por traslados de presos o la falta de residencia de los internos, el problema descrito con detalle por MIRET, C. *et alii*: “La demanda de cuidados médicos de emergencia por la población penitenciaria”, *Anales de Medicina Interna*, Vol. 12, 1995, pp. 178 y 179.

⁸⁶ Con igual perspectiva histórica y actual, FARACO, I.: “Aceptación de un programa de diagnóstico y tratamiento de la infección por el virus de la hepatitis C por la población interna en el CP de Sevilla”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 15, núm. 3, 2003, p. 37.

⁸⁷ GARCÍA GUERRERO, J.; VERA REMARTÍNEZ, E. J. y PLANELLES RAMOS, M. V.: “Cambios en el uso de recursos hospitalarios desde la prisión: un estudio de 16 años”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 11-19.

⁸⁸ Los datos, con detalles significativos, en DE LA TORRE MARTÍN, C.; DE LA TORRE MARTÍN, B. y GRIFOL CLAR, E.: “Diseño, planificación y organización de la Unidad de Custodia Hospitalaria del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 19, núm. 2, 2017, p. 11.

⁸⁹ “Informe para el Gobierno español sobre la visita llevada a cabo en España por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, cit., pp. 68-72.

La alternativa elegida ha conducido a un sistema que parte de reconocer “a todos los internos sin excepción” la garantía de “una atención médico-sanitaria equivalente al conjunto de la población” (art. 208.1); añade, empero, un elemento diferencial de relieve: “las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados”.

Tal elemento taxonómico en el operativo, “forzado” y “claudicante”⁹⁰, llevará a separar la atención primaria de la especializada, para sentar que la primera “se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos” (art. 209. 1 RP), dotándose a tal efecto de los medios adecuados (arts. 36, 1 LOPG e inciso final del art. 209. 1.1° RP y art. 209.1.2°). Por su parte, la especializada “se asegurará preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud. Se procurará que aquellas consultas cuya demanda sea más elevada se presten en el interior de los Establecimientos, con el fin de evitar la excarcelación de los internos”; y, si en régimen de hospitalización, “se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario” (art. 209.2.1° y 2° RP).

La imprescindible conexión entre ambas modalidades, destinadas a vincular de manera natural al Sistema Sanitario y al Penitenciario, tiene lugar a través de un instrumento que debe garantizar la finalidad compartida de una atención médico-sanitaria equivalente: los convenios y protocolos firmados entre ambas Administraciones. A ellos queda encomendado “establecer, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas” (art. 209.2.3° RP).

Los convenios de colaboración son, por tanto, la pieza fundamental en el esquema. A ellos, además de las anteriores cuestiones operativas, quedan confiadas otras nucleares, como determinar los “criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita” (art. 207.2 RP). De fallar, todo el modelo se resentirá de manera inmediata.

Y, como ha podido observarse, los convenios han demostrado quiebras trascendentales. En primer término, y según dan fe los pronunciamientos judiciales arriba citados, en numerosas ocasiones no existen u obran serias dudas sobre su vigencia (en algunos procedería remontarse a cuantos, al parecer, fueron firmados en 1995⁹¹); y en otros consta el intento de negociación sin que haya llegado a buen puerto (conforme ocurre con los de Galicia, Principado de Asturias, Aragón y Comunidad Valenciana⁹²). De esta manera, y en medio de una clara falta de transparencia e incumplimiento de la norma, únicamente

⁹⁰ RUIZ SÁENZ, A.: “¿Son los internos en instituciones penitenciarias titulares del derecho a asistencia sanitaria pública? Reflexiones en torno a la Sanidad Penitenciaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. Extra 1, 2014, p. 225.

⁹¹ Al no haber podido localizarlos, basten las continuas referencias a su firma masiva en tal fecha que aparece, por ejemplo, en SERRANO TÁRRAGA, M. D.: “Derecho a la salud de los internos en centros penitenciarios y Sanidad Penitenciario”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 7, 2010, p. 533.

⁹² La noticia, luego no confirmada con la suscripción de ningún convenio, en <http://institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/noticia0304.html>; el contraste sobre tal ausencia de convenio en la página web de II.PP., <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/convenios/>.

parecen estar en vigor (con dudas sobre el en su día firmado con la Comunidad Foral de Navarra, por desconocer si actúa la prórroga u obra la denuncia contemplada en su cláusula 7ª⁹³) los de las Comunidades de Murcia⁹⁴, Andalucía⁹⁵, Extremadura⁹⁶ y Madrid⁹⁷.

Esta disparidad de trato por razón de territorio, en función de la existencia o no de convenio, si bien no tiene mayores consecuencias en materia de financiación general (pues el “*per cápita*” de partida es igual para todas las Comunidades, excepto en el caso de Madrid, con dos criterios de corrección derivados de asumir la asistencia hospitalaria de todas las “super especialidades” y la alta concentración de centros penitenciarios por hospital – Cláusula 4ª del Convenio de aplicación–), habilita la posibilidad de tratos apreciablemente diversos en función de la existencia o no de convenios, y aun entre cuantos los tienen, según cabe comprobar en las distintas obligaciones intercambiadas en cada una de las Áreas que cada uno contemplan.

Además, la formulación tan amplia de sus términos y la ausencia de protocolos específicos (con claro incumplimiento del contenido mínimo exigido en los arts. 207.2 y 209.2.3º RP) constituyen fuente continua de problemas, tanto de descoordinación como de financiación, los cuales han encontrado eco en cientos de reclamaciones judiciales formuladas por los pacientes como de demandas interadministrativas⁹⁸.

4.2. Una muestra patente sobre la necesidad de profundas reformas: la prestación farmacéutica

No solo por los ejemplos judiciales *supra* mencionados, sino por el caos normativo que la envuelve, la prestación farmacéutica constituye prototipo paradigmático de lo expuesto⁹⁹. Afirmado el derecho de los internos a su dispensación en condiciones equivalentes al del resto de los ciudadanos (“tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención [medico-sanitaria]”), reza el art. 207.2 RP), el art. 209.3 contempla que “la dispensación

⁹³ http://www.institucionpenitenciaria.es/web/expert/sites/default/descargables/ConveniosPDF/629_-_Departamento_de_Salud_del_Gobierno_de_Navarra.pdf.

⁹⁴ Convenio de Colaboración en materia sanitaria entre el Ministerio de Interior (SGIP) y la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, de 21 de junio de 2013 (BORM núm. 220, 21 septiembre 2013, pp. 35635 y ss.)

⁹⁵ Resolución de 1 de octubre de 2013 de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de Colaboración en materia Sanitaria entre el Ministerio del Interior (SGIP) y la Consejería de Salud y Bienestar Social (Servicio Andaluz de Salud) de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 16 de agosto de 2013 (BOE núm. 243, 10 octubre 2013, pp. 82702 y ss.)

⁹⁶ Resolución de 2 de octubre de 2013 de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de Colaboración en materia Sanitaria entre el Ministerio del Interior y la Consejería de Salud y Política Social de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de 29 de agosto de 2013 (BOE núm. 249, 17 octubre 2013, pp. 84563 y ss.)

⁹⁷ Resolución de 20 de enero de 2014, de la Secretaria General Técnica, por la que se publica el Convenio Específico de Colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Ministerio de Interior en materia de asistencia sanitaria especializada en el ámbito penitenciario, de 1 de enero de 2014 (BOE núm. 25, 29 enero 2014, pp. 5853 y ss.)

⁹⁸ LÓPEZ MELERO, M.: “El artículo 25.2 como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra, 2013, pp. 151 y 152.

⁹⁹ Igual consideración para BARRIO FLORES, L. F.: “Régimen jurídico de la Sanidad Penitenciaria”, en VV.AA., *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 244 y 245.

farmacéutica y las prestaciones complementarias básicas se harán efectivas por la Administración penitenciaria, salvo en lo relativo a los medicamentos de uso hospitalario y a los productos farmacéuticos que no están comercializados en España”.

Este último literal pronto quedó afectado por la declaración de nulidad del apartado 4º art. 213 RP, en tanto opuesto a lo establecido en los arts. 103.1 LGS y 3.5 Ley 25/1990, el 20 de diciembre, del Medicamento, pues disponía que “la custodia de medicamentos cuya ingestión sin control médico represente un riesgo para la salud, será responsabilidad de los servicios sanitarios penitenciarios”. Al no existir en la mayor parte de los centros ningún profesional de la Farmacia, se consideró contrario a lo previsto en normas jerárquicas superiores, a cuyo tenor “la custodia, conservación y dispensación de medicamentos debe llevarse a cabo exclusivamente por las oficinas de farmacia o por los Servicios de Farmacia de los Hospitales, Centros de Salud y Estructuras de Atención Primaria del SNS”¹⁰⁰.

Para corregir tal desafuero, el primer paso fue la legalización como Servicios de Farmacia Hospitalaria, en 1991, de los tres hospitales penitenciarios en aquel momento existentes (el ya desaparecido Hospital General Penitenciario y los Psiquiátricos de Alicante y Sevilla). Manifiestamente insuficientes, la SGIP propuso la creación de 17 Servicios más, a ubicar en un centro de cada Comunidad Autónoma (dos en Andalucía y Madrid –por el elevado número de centros– y en Castilla y León –debido a la dispersión geográfica–). La base legal para tal empeño aparecía en la disp. adic. 5ª Ley 25/1990 (cuyo literal mayoritariamente reprodujeron las diferentes Leyes de Ordenación Farmacéutica de las CC.AA.): “se podrá solicitar de la autoridad competente la creación de depósitos de medicamentos en los centros penitenciarios si las necesidades asistenciales lo requieren y se sujetarán a las condiciones y requisitos que se reglamentarán”.

La falta del desarrollo mentado condujo a una compleja y anárquica situación que aún perdura¹⁰¹. Algunas Comunidades (Baleares y La Rioja, en su Ley de Ordenación Farmacéutica de 1998, y Aragón, en la suya de 1999) fijaron la obligatoriedad de los Depósitos de Medicamentos y la posibilidad de establecer Servicios de Farmacia Hospitalaria, ciertamente no son problemas en ciertos casos para intentar legalizar el Servicio de Farmacia (Baleares); no faltaron, empero, cuantas no aceptaron inicialmente la propuesta, por considerar que esos “establecimientos sanitarios” no venían contemplados en ninguna ley.

Más tarde, y a pesar de haberse solventado el problema de concepto reseñado, al seguir todas las normas autonómicas la estela de la Ley 31/1992, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña, en el sentido de considerar a los centros penitenciarios como centros sociosanitarios o socioasistenciales¹⁰², la cuestión aquí abordada permanece sin solución. Algunas CC.AA. dispusieron la obligación de crear Servicios de Farmacia Hospitalaria en cualquier centro sociosanitario –incluidos recintos penitenciarios– con más de cien camas (Extremadura o Valencia, por ejemplo, cincuenta en el caso de

¹⁰⁰ STS, Cont.-Adm. tivo, 18 octubre 1997 (Rec. 336/1996).

¹⁰¹ Una descripción exhaustiva en YUSTE CASTILLEJO, A.: “Evolución histórica del modelo de atención sanitaria en las instituciones penitenciarias”, cit., pp. 14-18.

¹⁰² Según constatan ALIBERAS, J.; CATALÁN, D. y PONS, J.: *Modelos asistenciales de prestación farmacéutica en centros sociosanitarios. Informe de evaluación de tecnologías sanitarias*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad/Departament de Salut de Catalunya, Madrid, 2015.

Galicia); en otras simplemente aparece la facultad, sin determinar sus condiciones, aun cuando cabría presumir la necesidad de desarrollo reglamentario para precisar unos términos que, sin duda, deberían obedecer a la capacidad del centro, tipo de paciente, tratamiento y atención médico farmacológica indicada.

De este modo, la referencia legal a que los centros penitenciarios “podrán solicitar de la Administración competente en cada caso autorización para mantener un Depósito de Medicamentos para la asistencia a los internos, bajo la supervisión y control de un farmacéutico de los servicios farmacéuticos autorizados del hospital del Sistema Nacional de Salud más cercano” (disp. adic. 4ª RD Ley 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos Productos Sanitarios –LG–), constituye una previsión de mínimos y conduce a un panorama que clama por una solución razonable y sostenible frente a la situación presente: en 2016, según denuncia la Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria (SEFH), de las 74 instituciones penitenciarias existentes en España, tan solo 16 contaban con un Servicio de Farmacia homologado (únicamente 11 a cargo de Especialistas en Farmacia, según requiere el art. 83.1 LG), y de las 35 que disponían de un Depósito de Medicamentos, únicamente 8 habían logrado la oportuna autorización¹⁰³.

Mal cabrá cumplir la Ley si no obran ni los medios, ni el personal adecuado. Cuestión tanto más flagrante cuando incluso obran pautas internas de ordenación –inadecuado instrumento “normativo” muchas veces carente de la necesaria publicidad, según contempla el art. 6 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público–, como la contenida en la Instrucción 13/2011 de la SGIP (por no mentar su precedente, la Instrucción 16/2007¹⁰⁴), en la cual se llegaba a contemplar –desconociendo el precedente judicial terminante en sentido opuesto– que “en los centros que carezcan de farmacéutico o este se halle ausente, el Director encargará este cometido al Subdirector o Jefe de los Servicios Médicos”¹⁰⁵.

El enunciado de anomalías podría seguir de parar mientras en el caótico sistema destinado a la gestión de la compra de medicamentos. Separados los conceptos para diferenciar entre aquellos de adquisición centralizada de cuantos otros son gestionados por los propios centros, durante muchos años faltó cualquier procedimiento al efecto (acudiendo al ISFAS, adquisición directa a nivel centralizado o descentralizado –por el Especialista en Farmacia u otras personas habilitadas *ad hoc*–, recurso a oficinas de farmacia, etc.), al punto de permitir afirmar, desde la experiencia, que “los medicamentos destinados a los presos han sido adquiridos por vías insólitas, en algunos casos de dudosa legalidad y de forma onerosa para las arcas públicas”¹⁰⁶.

¹⁰³ SEFH: *El valor de la Farmacia Hospitalaria*, 2016, pp. 13 y 18, en <http://www.sefh.es/sefhpdf/El-Valor-de-la-FM-pdf>.

¹⁰⁴ Su contenido en SERRANO TÁRRAGA, M. A.: “Derecho a la salud de los internos en centros penitenciarios y Sanidad Penitenciaria (II)”, cit., pp. 541-542.

¹⁰⁵ SGIP: “Instrucción 13/2011: Prescripción, adquisición, dispensación y sustitución de productos farmacéuticos”, en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/expert/site/default/datos/descargables/instruccionescirculares/CIRCULAR-13-2011.pdf>.

¹⁰⁶ GARCÍA GUERRERO, J.: “Transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas: la visión de los profesionales”, cit., p. 54.

El gasto en tal partida ascendió en 2016 a 16.186.367, 92 € en consumo de fármacos adquiridos a través del sistema centralizado, y 18.331.118, 75 € en los adquiridos por los propios centros¹⁰⁷. Cifras inferiores a la de ejercicios precedentes (hasta un 17,65% respecto a 2015), pero todavía muy importantes como para poder prescindir del imprescindible rigor a la hora de abordar a un intento de racionalización, el cual sigue tres vías principales:

– En primer lugar, la Instrucción 1/2016, de 1 de junio, deroga los arts. 4 y 5 de la precedente –la mentada Instrucción 13/2011, declarada parcialmente nula¹⁰⁸–, así como determinadas frases o incisos de su Anexo referidos a la sustitución de medicamentos, para insistir en la obligación de los médicos de recetar atendiendo a los principios activos recogidos en la Guía Farmacoterapéutica de Prisiones¹⁰⁹; en caso contrario, el farmacéutico del centro –donde lo hubiere, o aquel que ocupare su función a estos efectos– procederá a recordar al facultativo su obligación de atenerse a aquel listado. Si quien está llamado a prescribir insistiere en su parecer, solicitará el correspondiente visado a la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria, frente a cuya negativa únicamente cabe la propuesta por el médico de la alternativa indicada en la Guía o la opción de compra por el interesado¹¹⁰.

De poco han servido las precedentes anulaciones de Instrucciones semejantes por el Tribunal Supremo (ni el recurso de alzada de inmediato planteado por el SPSP a la última de ellas¹¹¹), pues si discutible es esta forma de proceder, más aún lo es el hecho de mantener cuanto antes fue censurado en vía judicial en torno a las exigencias de cualificación profesional adecuada para cumplir con el cometido de conservación, adquisición y dispensación de medicamentos¹¹².

– En segundo término, cabe observar el esfuerzo evidente en cuanto hace al consumo de fármacos a través de la implantación de un control de stock de farmacia (SIFA)¹¹³; medida que viene acompañada, en la adquisición centralizada, por la encomienda de tal cometido al INGESA¹¹⁴.

– En fin, y detectado el elemento de fuga importante que suponía la adquisición descentralizada, obra un elemento de corrección fundamental en los convenios de colaboración firmados con las Comunidades Autónomas en esta década (no constando tal en el de Andalucía, precisamente uno de los focos de mayor conflictividad al respecto), a partir

¹⁰⁷ SGIP: *Informe General 2016*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, pp. 165-167.

¹⁰⁸ STS, Cont.-Adm. 28 marzo 2016 (Rec. 2415/2013).

¹⁰⁹ SGIP: *Guía Farmacoterapéutica de Instituciones Penitenciarias*, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.

¹¹⁰ SGIP: “Instrucción I-1/2016: Adquisición de pedidos farmacéuticos. Guía Farmacoterapéutica. Dispensación. Principio activo. Medicamentos genéricos. Sustitución de fármacos”, 1 junio 2016, en http://institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/instruccionesCirculares/Circular_1_2016.pdf.

¹¹¹ SEPS: “Carta junio 2016”, en <http://www.seps.es>.

¹¹² ARENAS JAÉN, I.: *Vida sanitaria en prisión*, 2017, en <http://www.aeds.org/XIIICongreso/ponencias/TFM-Inmaculada-Arenas.pdf>.

¹¹³ ALGORA DONOSO, M. I.: *La farmacia en el Sistema Penitenciario español: el Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 95.

¹¹⁴ Al respecto, los Convenios suscritos con el Ministerio de Sanidad (INGESA) el 17 de septiembre de 2013 y 25 de septiembre de 2014, conforme deja constancia la SGIP en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/convenios>.

de los cuales se garantiza el suministro, custodia y conservación de los medicamentos, de uso ordinario u hospitalario, precisos para atender las necesidades de los centros penitenciarios a través del Sistema de Salud autonómico correspondiente (Clausula Tercera. 7 Convenios de Colaboración con las Comunidades de Murcia y Extremadura y Clausula 4.1º Convenio de Colaboración con la Comunidad de Madrid). Ninguna noticia obra, en cambio, sobre idéntico compromiso en otras CC.AA., dando pie, de este modo, a un nuevo elemento de discordancia territorial.

5. CONCLUSIONES

De “doble condena” ha sido calificada la situación de los internos cuando a la privación de libertad se une una deficiente atención a su salud. El ejemplo dado por el abordaje del tratamiento de la hepatitis C en las cárceles, con reivindicaciones continuas en la calle, cientos de páginas en los medios de comunicación, quejas reiteradas ante los Defensores del Pueblo, permanentes debates parlamentarios y ardua conflictividad judicial, constituye palmaria muestra de la necesidad de proceder, de una vez por todas, a la transferencia de competencias en materia de Sanidad Penitenciaria a las Comunidades Autónomas. En paralelo a tan fundamental como urgente decisión, igualmente conviene acometer el ajuste de la normativa penitenciaria a la sanitaria y llevar a cabo las profundas transformaciones que exige su deficiente gestión administrativa. En juego está la efectividad de un derecho a la salud que no admite más demoras, como garantía del equivalente reconocido al resto de los ciudadanos que ostentaban quienes cumplen ya la pena, suficiente por sí sola, a la cual fueron condenados.

Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social

Gestation by substitution. Need for a legal response to a social reality

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE

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

*"No hay ningún viento favorable para el que no sabe a qué puerto se dirige."
"Muchas veces las cosas no se le dan al que las merece más, sino al que sabe pedir las con insistencia."*

Arthur Schopenhauer¹

Resumen

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida por la cual una mujer asume el compromiso de gestar a un niño para que una o varias personas puedan establecer una filiación respecto del mismo. El objetivo de este trabajo es analizar: Primero: la problemática general y la inscripción de los niños en el Registro Civil. Y segundo: los principales efectos y el reconocimiento, por parte de la jurisprudencia del orden social, del derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Abstract

Gestation by substitution is a technique of assisted reproduction by which a woman commits to carrying a child so that one or several people can become the parents of it. The objective of this work is to analyse: First: the general issue and the registration of the children in the Civil Registry. And second: the main effects and the recognition, by the jurisprudence of the labour courts, of the right to maternity benefit in the cases of surrogacy.

Palabras clave

Gestación por sustitución; maternidad subrogada; interés superior del menor; prestación por maternidad; turismo reproductivo

Keywords

Gestation by substitution; surrogate motherhood; the child's best interests; maternity benefit; reproductive tourism

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

La ciencia avanza muy rápidamente en materia de reproducción, lo que ha supuesto importantes desafíos para el Derecho. Actualmente se puede hablar de filiación biológica y junto a ella existen otro tipo de filiaciones que tienen un importante peso y relevancia. Se trata de la filiación adoptiva y la filiación no biológica. En este sentido, hay que traer a colación la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida², pues en la filiación no biológica se incluyen algunas técnicas de reproducción asistida³.

¹ Arthur Schopenhauer (1788-1860), filósofo alemán.

² En 2006 se dicta esta Ley con el fin de acomodar la legislación vigente a todos los avances acaecidos en este terreno y de corregir las deficiencias detectadas hasta el momento. Deroga las dos Leyes anteriores: la Ley (...)

La gestación subrogada es una nueva técnica de reproducción asistida por la que una mujer (gestante) accede a gestar el hijo de otra persona o pareja (padres comitentes o padres intencionales). Se puede definir la gestación subrogada como un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando –o no– también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos⁴. Sin duda, se está en presencia de un contrato civil de arrendamiento de obra que implica necesariamente la utilización de la fecundación *in vitro*, y en el que intervienen como mínimo tres partes⁵.

Los términos utilizados en este trabajo son: madre gestante para quien da a luz al niño, madre y padre comitentes para quienes contratan la gestación, padre biológico para quien aporta material genético (esperma/gametos), y gestación por sustitución para referirse al fenómeno en sí, derivado del contrato de gestación subrogada.

Con el fin de reducir al máximo posible el vínculo entre la gestante y el futuro bebé, si es posible se pretende que los óvulos y espermatozoides utilizados sean aportados por los padres de intención, o bien por un donante⁶.

Este tipo de método de reproducción tiene como principales usuarios las parejas de heterosexuales a quienes ciertas contraindicaciones médicas les impiden un embarazo llevado a buen término. Si bien, en los últimos años se trata de un método también cada vez más común entre las parejas homosexuales, y hombres y mujeres solteras.

Se está ante una cuestión objeto de una amplia controversia y recibe un tratamiento normativo dispar en los distintos Estados de nuestro entorno más cercano. La gestación por sustitución se prohíbe, por ejemplo, en: Austria, Bulgaria, Finlandia, Francia, Alemania, Malta, Italia, Islandia, Hungría, Portugal o España. Está abiertamente admitida, por ejemplo, en varios Estados de EE. UU., Rusia o India. Y, en cambio, está admitida con ciertas restricciones, entre otros, en: Reino Unido, Bélgica, Holanda, Dinamarca o Grecia⁷.

En este sentido, se puede señalar que en el ámbito comparado hay una dispar regulación y tratamiento de la gestación por sustitución. No existe actualmente una tendencia hacia la armonización de regulaciones. Algunos países prohíben esta técnica, de manera que,

35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modificó la anterior.

³ En este sentido, se debe traer a colación que la CE, en su art. 39.2, garantiza por los poderes públicos la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Un comentario en DE TORRES SOTO, M.: “La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución Española”. En VV. AA., *La Reforma Constitucional: Propuestas y Desafíos*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

⁴ SELMA PENALVA, A.: «Vientres de alquiler y prestación por maternidad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.9, 2013, págs. 1 y ss., versión electrónica.

⁵ Véase FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada». *RAD*, n. 6, 2011, versión electrónica.

⁶ En este sentido, se ha de traer a colación que en algunos de los países en los que esta práctica está permitida, se incluyen en la legislación que la regula la prohibición de que la gestante y la donante de óvulos sea la misma persona.

⁷ Sobre el tratamiento y reconocimiento en los distintos países acúdase a VILAR GONZÁLEZ, S.: «Situación actual de la gestación por sustitución». *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, págs. 903 y ss.

al no permitir a sus ciudadanos acudir a la subrogación para ser padres, esos sujetos se marchan a otro país que sí permita esta técnica. Por ello, se puede diferenciar entre: países «de origen» de parejas comitentes, y otros que «de destino» de esas parejas. De este modo, se produce el fenómeno del «Turismo Reproductivo».

En España, además de la prohibición legal, la gestación por subrogación va en contra del respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. Así, la persona humana no puede ser objeto de comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, requeridos por el necesario respeto a la dignidad de la persona y su integridad moral (arts. 10.1 y 15 CE). También el Código Civil señala que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres (art. 1271) y el art.1275 impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. Preceptos que impiden que la vida humana sea objeto de contrato⁸.

Además, desde la perspectiva del Derecho Penal, surge la duda de si la conducta de la madre gestante y los padres intencionales o comitentes podría acarrear alguna responsabilidad. El art. 221 CP fija penas de prisión de 1 a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad de 4 a 10 años para los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Y, además, en su número 2 prevé estas mismas penas para la persona que reciba al menor y el intermediario, aunque la entrega se hubiese efectuado en país extranjero⁹.

En este sentido, se debe traer a colación la STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (Rec. 245/2012) y la opinión de parte de la doctrina científica¹⁰.

La situación descrita y existente en España es lo que hace que en la realidad práctica el itinerario generalizado para acceder a la paternidad por vía de la gestación por sustitución

⁸ Véase ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”. *Revista de Información Laboral*, n.4, 2017, págs. 2 y ss., versión electrónica.

⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 205, 2018, págs. 8 y 9, versión electrónica. Además concluye que si la lectura de este art. 221 CP se enfoca a la luz de las nociones previas que ofrece el art. 10 Ley 14/2006, la conclusión es que la conducta de la madre gestante, los padres comitentes e incluso el eventual intermediario entre las partes en el contexto de un contrato de gestación por sustitución sí podría ser sancionable a nivel penal. En efecto, toda vez que el art. 10.2 de la Ley 14/2006 establece que la filiación en los supuestos de gestación por sustitución quedará determinada por el parto, la mujer gestante y a la sazón verdadera madre del menor estaría entregando a su hijo los padres comitentes eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación y mediando para ello una compensación económica. Le lleva a concluir que tal conducta encajaría en el tipo penal del art. 221 CP. Además, la norma extiende extraterritorialmente la aplicación de la Ley penal española para aquellos casos en que esta conducta se desarrollase en el extranjero pero terminase propagando sus efectos al territorio y al ordenamiento jurídico español; tal y como se desprende de la aplicación del art. 23.2 LOPJ y el art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York el 25 de mayo de 2000, ratificado por España y en vigor desde el 18 de enero de 2002).

¹⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “El Tribunal Supremo ante la gestación por sustitución: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 2, 2017, pág. 154.

sea acudir a un país extranjero donde se desarrollará íntegramente todo el proceso: celebración del contrato, realización de las intervenciones médicas pertinentes, nacimiento del menor y posterior formalización de los trámites legales y burocráticos correspondientes.

La reproducción conseguida a través de la maternidad por sustitución o vientre de alquiler, definida como un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando –o no– también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos, ¿se considera una situación protegida en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Y con qué amplitud?

Es una de las preguntas que se hacen múltiples parejas o personas individuales en España en los últimos años, ante la habitualidad de la utilización de esta técnica.

A todo ello se hará referencia en los apartados siguientes, con especial detenimiento en lo que afecta a la prestación por maternidad.

2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O GESTACIÓN SUBROGADA

Como ya se ha dejado constancia en este trabajo, se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientres, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro.

La gestación por sustitución ha dado lugar a un importante impacto en la conciencia de nuestra sociedad, en un sentido tanto cuantitativo (por el número total de hijos nacidos mediante esta técnica y que llegan a nuestro país desde el extranjero) como cualitativo (en relación a la relevancia mediática de muchas de las personas que han recurrido a esta vía para ser padres). Lo cual, unido a las delicadísimas cuestiones éticas y morales a las que afecta la maternidad subrogada, ha terminado por suscitar un acalorado debate ideológico en el seno de la opinión pública; tal y como muestran los innumerables artículos de prensa sobre esta materia, las infinitas entradas de blogs y páginas web que aparecen en internet (desde colectivos que defienden una y otra postura) o, también, la gran acogida de las producciones cinematográficas que lo tratan¹¹.

La realidad social ha dado lugar que también se abra un debate en el ámbito jurídico-legal. Es preciso un estudio jurídico, sistemático y pausado, sobre el estado actual de la materia.

Desde finales del año 2016, principalmente, son varias las novedades relevantes que se están produciendo en esta materia. Hay que destacar la jurisprudencia creada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de reconocer el derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución.

¹¹ Un comentario y referencias en BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., pág.7, versión electrónica.

La gestación por sustitución es un tema que presenta, en la actualidad, una gran complejidad. Para algunos, se trata de una práctica lícita, que debe ser admitida jurídicamente. Frente a ello, los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, sus órganos y funciones más esenciales, no pueden ser objeto de comercio. De este modo, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites. Con respecto al hijo, la legalización de la gestación subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que ésta dependerá, en última instancia, de una transacción económica. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos. Por todo ello, se ha concluido desde el punto de vista de la ética que, ciertamente, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos¹².

Se ha comenzado a hablar de *Turismo Reproductivo*. Se utilizan estos términos para definir el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a los diversos tratamientos de reproducción. Este turismo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. El turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas. Especialmente se produce respecto a los niños nacidos en Rusia, Ucrania o la India.

Otro supuesto distinto es cuando el acuerdo se ha realizado en un país como EE.UU. y conforme a las normas de ciudadanía, el niño que nace allí adquiere la ciudadanía de EE.UU. y por lo tanto podrá viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense. Las dificultades comienzan cuando regresan y los comitentes procuran la inscripción del certificado de extranjero y esto es denegado por razones de orden público. Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la afiliación, adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad.

Prueba de ello se encuentra el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja. Se trata de un matrimonio de varones casados en Bélgica que tienen gemelos en California mediante un contrato de gestación subrogada. Una vez en Bélgica solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. El tribunal de primera instancia denegó la inscripción por violación del orden público, pues considera la legislación belga que los contratos violan el orden público y la dignidad humana. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la Corte de Apelación de Lieja, a fecha 6 de septiembre de 2010, y llegó a la conclusión que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico.

¹² LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos Bioética XXIII*, 2012/2ª, págs. 253-267.

No obstante, no sucedió lo mismo en Francia, con el conocido caso *Mennesson*¹³. El matrimonio francés *Mennesson* se desplaza a California y celebra con una norteamericana el contrato de gestación por sustitución, por el que dará a luz dos hijos de la pareja, concebido con los gametos del padre y un óvulo donado. Los tribunales franceses basándose en razones de orden público, por vulneración de la ley francesa, consideran que su anulación de la inscripción no priva a los niños de su filiación materna ni paterna reconocida por el derecho californiano. Los *Mennesson* recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. PROHIBICIÓN Y PROBLEMÁTICA EXISTENTE. DISPARIDAD NORMATIVA

El artículo 10 Ley 14/2006 dispone que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero¹⁴. La ley descarta lo que se denomina vientre de alquiler o mujer subrogada, ya que la filiación queda determinada por el parto, incluso, aún sin la existencia de dicha norma, el contrato sería nulo por ilicitud de causa y razón de su objeto, al considerarse fuera del comercio de los hombres la capacidad de gestar. Y el número 3 de este mismo precepto deja la puerta abierta a formas de poder reconocer a esos niños mediante la acción de reclamación de paternidad o mediante la adopción.

Las incertidumbres y los problemas no desaparecen, al contrario, aumentan con lo establecido por la Ley 14/2006 en este artículo en torno a la maternidad por subrogación. A este respecto, el Comité de Bioética de España (CBE) en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 8 de mayo de 2017¹⁵. El Comité señala varios problemas, de ellos destacan: Primero: el hecho de que la maternidad subrogada sea contraria a la ley nacional y que sin embargo se consiga por parte de españoles, ser padres en otros países donde sí es legal. Los menores que han nacido en otros países por esta técnica, como señala el Tribunal Supremo no pueden verse privados en nuestro país de los derechos a su inscripción en el Registro Civil como hijos de españoles o al derecho a la inserción familiar en igualdad de condiciones que un hijo nacido de forma natural¹⁶. Aunque la gestación subrogada esté prohibida en España las familias consiguen registrar a los hijos en nuestro país¹⁷. Segundo: También el Comité considera que este tipo de contrato de gestación por sustitución daña los intereses superiores del menor, por ello el Comité afirma que deben considerarse nulos los contratos celebrados en el extranjero, sancionando a las agencias que los faciliten; que debe promoverse internacionalmente un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación en garantía de la dignidad de la mujer y del niño; que debe asegurarse una transición segura que no deje desprotegidos a los niños resultantes de los procesos de maternidad subrogada internacional en los que pueden estar

¹³ *Affaire Mennesson c. France* (Requête n. 65192/11), 26 de junio de 2014, disponible en HUDOC (<http://www.echr.coe.int/>).

¹⁴ En este sentido, ATIENZA (“De nuevo sobre las madres de alquiler”. Revista El Notario del Siglo XXI, n.27, de 13 de octubre de 2009) señala la importancia de la no prohibición de la subrogación en nuestro sistema, argumentando que la distinción entre nulidad y sanción enlaza con la distinción entre dos grandes tipos de normas: las normas constitutivas y las normas regulativas.

¹⁵ Consúltese la Nota de prensa del 19 de mayo de 2017.

¹⁶ STS de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016.

¹⁷ Instrucciones 18-2-2009 y 5-10-2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

inmersos varios españoles y que para ello se garantice que la filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS¹⁸.

La problemática principal que surge es: en primer lugar, a la hora de dilucidar si cabe otorgar eficacia jurídica en España a la filiación obtenida de conformidad con las leyes de terceros Estados que sí permiten esta suerte de negocios jurídicos y determinan la filiación a favor de los sujetos comitentes, previa renuncia de la madre gestante de todos sus derechos ligados a tal condición. Y, en segundo lugar, cuando los padres comitentes solicitan el descanso por maternidad y las prestaciones correspondientes en el ámbito de la Seguridad Social.

Todo ello ha dado lugar a un largo debate, tanto en sede doctrinal como en sede jurisprudencial, y defendiéndose posiciones encontradas en el plano administrativo y en el judicial, y dentro de éste, con planteamientos también distintos en la jurisdicción civil y la laboral.

En relación con el acceso de la filiación al Registro Civil español, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre de 2010 establece el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, señala un criterio que permite la inscripción cuando se cumplen determinados requisitos mínimos¹⁹.

En este mismo sentido se pronuncia la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (LRC), en vigor desde el 30 de junio de 2017. Confirma los criterios de la DGRN, pues permite el acceso al Registro civil español tanto de resoluciones judiciales extranjeras (art. 96) como de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98), si se cumplen determinadas condiciones y requisitos. La LRC establece el orden público como límite a la posibilidad de inscribir en el Registro civil español certificaciones registrales de filiación provenientes de otros países²⁰.

¹⁸ <http://www.comitedeBioetica.es/>

Un comentario en DE TORRES SOTO, M.: “La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución Española”, op. cit., págs. 19 y ss., edición electrónica. Se trata el problema del acceso a la identidad biológica del hijo.

¹⁹ La Instrucción Dirección General de Registros y Notariado sobre «régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», de 5 de octubre de 2010, que, basándose en el interés superior del menor, ordena, sin prejuzgar la cuestión de fondo –la filiación–, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación.

²⁰ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 205, 2018, pág. 12, versión electrónica. Considera que el recurso a un concepto jurídico indeterminado no resuelve definitivamente la cuestión y todo apunta a que se reproducirán de nuevo posiciones encontradas, y se mantendrá abierto el importante debate doctrinal y jurisprudencial entablado en torno a esta materia. También señala, reproduciendo a otro autor (DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. Anuario de Derecho Internacional Privado, tomo XII, 2012, pág. 308) que «la entrada en vigor de la nueva LRC (...) no impedirá que siga habiendo resoluciones contradictorias y que impere la inseguridad jurídica, porque el art. 10 Ley 14/2006 seguirá existiendo y ese es el principal y de momento único freno que existe en nuestro ordenamiento para rechazar el acceso al Registro Civil de estas filiaciones».

Por otro lado, la STS (Sala de lo Civil) de 5 de febrero 2014 fija un criterio mucho más estricto. El TS deniega la inscripción en base a la nulidad del contrato de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento. En la argumentación del TS destaca la idea de que al ser nulo el contrato de subrogación en nuestro Ordenamiento, sería contrario al orden público español reconocer la filiación establecida por el mismo en California. Sin embargo, tal y como apunta el voto particular de la sentencia, el orden público ha de valorarse caso por caso, y no de forma preventiva²¹.

Lo cierto es que el legislador español no puede permanecer ajeno a una realidad que ha penetrado en nuestras vidas, suscitando un debate en el ámbito social, ético y jurídico²².

Una parte de la doctrina científica reclama, desde hace tiempo, la razonable necesidad de la regulación en España del convenio de gestación por sustitución²³. Se trata de un criterio compartido por cada vez más autores. Se plantean la revisión de la radical prohibición de la gestación por subrogación o encargo. Este problema debe ser afrontado diligentemente en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como está sucediendo en otros países de nuestro entorno o fuera de él, mediante la elaboración de una legislación razonable²⁴.

Desde que surgió y se generalizó las gestaciones por sustitución en España ha habido varios intentos de regulación. Se pueden destacar: Primero, el presentado por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia. A comienzos del año 2015 (20 de febrero) presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley para la creación de un marco regulatorio de la gestación subrogada, para su debate en la Comisión de Justicia. Reclama «*la derogación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida contempladas por la ley*» para articular tanto la irreversibilidad del acuerdo a efectos de filiación como la imposibilidad de «*impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación*»²⁵.

²¹ Se ha de traer a colación la argumentación del TEDH en el caso *Menesson*. Una cosa es que el Estado español o francés tengan un margen de apreciación para considerar que un contrato como el de subrogación contradice el orden público; y otra es denegar el reconocimiento por este motivo cuando el menor respecto del cual pretende inscribirse la filiación se encuentra ya en el país. En este caso hay que tener en cuenta el interés superior del menor por encima del orden público.

²² Repárese que el primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976, a través de Noel Keane, que creó la *Surrogate Family Service Ins.*, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación.

²³ Así lo pone de manifiesto VELA SÁNCHEZ, en numerosos de sus trabajos. Destacan: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares, Granada, 2012; *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas*. La cuestión jurídica de las madres de alquiler. Colección Derecho Español Contemporáneo, Editorial Reus, Madrid, 2015, págs. 11 y ss.; y “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia”. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional. *Diario La Ley*, n. 8927, Sección Doctrina, 2017. *La Ley* 1450/2017.

²⁴ Consúltense FLORES RODRÍGUEZ, J.: «*Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa*. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11», *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014, pág.5. Para este autor, de acuerdo con lo establecido por el TEDH, hay que establecer un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación.

²⁵ Un análisis sobre esta proposición en HIERRO HIERRO, J.: “*Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada*”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017, págs. 98 y 99.

Segundo, la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, 8 de septiembre de 2017)²⁶. El debate sobre la gestación subrogada ha estado presente en el Parlamento durante esta legislatura debido a la diferencia de posiciones existente entre los partidos en esta materia²⁷. Su principal defensor es Ciudadanos, quien ha presentado la proposición de ley en el Congreso²⁸. La propuesta utiliza los términos “gestación por sustitución”²⁹.

Con la Propuesta se pretende superar la situación originada tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN). La Instrucción ha abierto la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero, haciendo así factible, la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que, obviamente, implica responsabilidades parentales. Y ello aunque esta relación de filiación sea fruto de una gestación subrogada. De esta forma, según el Grupo Parlamentario Ciudadanos, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la Ley 14/2006, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España³⁰.

La Proposición de Ley se estructura en siete Capítulos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. El primero de los Capítulos recoge las disposiciones generales, en concreto el objeto y los principios rectores de la Ley, las definiciones necesarias, los requisitos de la gestación por subrogación y la naturaleza altruista de la misma. El segundo Capítulo regula los derechos de los cuales son titulares, y los requisitos que deben cumplir, los sujetos intervinientes en el procedimiento de gestación por subrogación, así como el

²⁶ Según la Exposición de Motivos “nuestro ordenamiento jurídico no satisface una de las exigencias básicas de todo Estado democrático de Derecho: ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos se pueda hacer realidad, en consonancia con la riqueza con la que hoy se expresa. El ciudadano de hoy, no es el de los siglos pasados; la libertad de hoy, no es la de los tiempos pasados. Ha evolucionado el ciudadano, tanto como la familia y las formas de concebir y vivir la familia. Cerrar los ojos a esta evidencia es como cerrar los ojos a la luz que ilumina nuestro progreso como sociedad y Estado”.

²⁷ Aunque el resto de formaciones se ha mostrado en contra de esta práctica, desde el PP, su dirigente Javier Maroto llegó a pedir la libertad de voto en esta materia, ya que, en diferentes ocasiones, se ha apartado de la opinión de su partido y ha defendido esta práctica. Los ‘vientres de alquiler’ también han estado presentes en esta legislatura dentro de la negociación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Tanto PSOE como Unidos Podemos han señalado esta práctica como un tipo más de violencia contra la mujer, una situación que llegó a denunciar el partido naranja. Finalmente, no se incluyó dentro del documento pactado.

²⁸ Artículo 1: Objeto. “La presente Ley tiene como finalidad regular el derecho a la gestación por subrogación, entendiéndose por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales”.

²⁹ Y define, «Gestación por subrogación»: Es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, los progenitores subrogantes. Véase artículo 3. Definiciones.

³⁰ Continúa diciendo la Exposición de Motivos que la citada Instrucción vela también por el interés superior del menor, contenido normativamente en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. La Convención incluye, entre otros derechos, los del menor a tener los mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad, cuestiones a las que la Instrucción da respuesta, como no podía ser de otra manera, permitiendo a la vez la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos mediante gestación subrogada en otros Estados.

contenido del contrato de gestación y la forma en que debe formalizarse. El tercer Capítulo aborda el proceso de la fecundación y posterior parto, así como la relación de filiación entre el progenitor o progenitores subrogantes y el menor, incluyendo los casos de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes o el fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación. El cuarto Capítulo está reservado a la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al Registro Nacional de Donantes, así como la inscripción en el mismo de las mujeres que libremente deseen participar en la gestación por subrogación. El quinto Capítulo regula las condiciones de funcionamiento que deben reunir los centros y servicios sanitarios para llevar a cabo la gestación por subrogación, incluyendo la obtención de la calificación y autorización necesarias y su inscripción en los Registros de centros y actividades. El sexto Capítulo aborda el asesoramiento y orientación de la utilización de la gestación por subrogación, que son competencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. El séptimo y último Capítulo se refiere a las infracciones y sanciones de aquellas conductas contrarias a lo establecido en la Ley.

Se ha de tener presente que tras la Proposición de Ley presentada por Ciudadanos, la Cátedra de Bioética Jérôme Lejeune ha comentado al respecto los distintos aspectos de la Proposición³¹. Y concluye que la ley propuesta por Ciudadanos, si bien intenta ser garantista, de hecho, no garantiza la salud de la donante, de la gestante y del bebé, tanto en fase prenatal como una vez nacido. Lo que lleva a la Cátedra de Bioética a poner de manifiesto que su criterio es contrario a la ley de regulación de tal práctica.

La actividad política, el debate, de esta problemática está servida. Son numerosas las preguntas al Gobierno registradas en la Cámara Baja sobre esta materia, entre ellas otra de la portavoz socialista en la que reclamaba datos sobre el número de hijos de padres españoles gestados en el extranjero a través de esta práctica entre 2010 y 2016. El resultado fue 975 inscripciones. El Gobierno también informó de que este casi millar de niños procede de una decena de países, destacando Estados Unidos y Ucrania, desde donde se pide la filiación en el 80,2 por ciento de los casos³².

³¹ Para la Cátedra de Bioética, desde una perspectiva jurídica, la propuesta vulnera los derechos del niño. Desde una perspectiva médica, y teniendo en cuenta el principio básico de toda ética médica “primero no hacer daño”, la propuesta de ley no asegura la salud de la mujer donante ni gestante, así como la salud del bebé que va a nacer, bien prioritario que debe ser salvaguardado en toda intervención médica. Y desde una perspectiva Bioética: la gestación por subrogación no respeta principios fundamentales de una ética cuyo objeto es el bien, la vida y la salud de las personas.

³² En el documento el Ejecutivo especifica que son 553 los registros que tiene contabilizados en los diferentes consulados del país en Estados Unidos, lo que supone el 56,7 por ciento del total. El de Los Angeles es el que presenta mayor número de inscripciones, con 281 en total. Le siguen Chicago, con 144, y San Francisco con 95. Desde Ucrania se han sumado 231 casos, en los últimos seis años, que representan el 23,6 por ciento. También destacan las cifras del consulado de la India y Nepal, en donde se han contabilizado 97 casos, a pesar de que tanto India, en 2013, como Nepal, en 2015, prohibieron la gestación por sustitución para extranjeros. En este ranking, México con 51 casos y Tailandia con 27, son otros de los países destacados, por delante de Grecia, Rusia, Canadá y Reino Unido, en los que el Ejecutivo sólo tiene constancia de cuatro inscripciones. Sin embargo, el texto precisa que en el consulado en Londres “se tiene conocimiento de trámites iniciados” en esta materia, de igual modo que se han registrado estos procesos en Rusia, Portugal o Sudáfrica. Además, se señala que existen otros países que regulan esta práctica en sus leyes, como Bélgica o los Países Bajos, pero no hay datos de trámites por parte de padres españoles.

4. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL Y CONSECUENCIAS

La generalización de la utilización de la técnica de reproducción asistida consistente en la gestación por sustitución, en los últimos años, y la ausencia de normativa reguladora en España ha dado lugar a que la amplia problemática que se plantea, especialmente en el ámbito laboral, se resuelva por nuestros tribunales de justicia. Son ellos quienes salen al paso y dan solución a las reivindicaciones de los trabajadores que acuden a estas técnicas reproductivas³³. Así, la doctrina judicial y la jurisprudencia están procediendo a regularizar la situación que se produce para estos niños mediante la flexibilización de los requisitos legales³⁴.

4.1. Doctrina Europea y Comunitaria

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre esta cuestión en dos sentencias de 26 de junio de 2014: Asunto 65192/11, *Mennesson contra Francia*, y Asunto 65941/11, *Labasse contra Francia*³⁵. En ambos casos la corte europea concluyó que el Estado francés había conculcado el artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, al denegar la inscripción en el registro civil francés de la filiación determinada por una autoridad extranjera en que se reconocía como padres a los comitentes de un contrato de gestación por sustitución.

En las sentencias se pone de manifiesto el amplio margen de apreciación que tienen los Estados europeos para regular cuestiones tan sensibles como la maternidad subrogada, sin embargo el tribunal termina optando por el reconocimiento de la filiación de las gemelas nacidas en California fruto de un contrato de subrogación por entender que es necesario proteger el interés superior del menor, en concreto el respeto a su vida privada e intimidad. El Tribunal tiene presente el interés superior del menor por encima del concepto de orden público al plantearse el reconocimiento de una filiación resultante de un contrato de subrogación celebrado en el extranjero. Es decir, en esa tensión que se ha mencionado entre la regulación interna de Francia y la necesidad de dar solución al problema que plantea el fenómeno del «turismo reproductivo». El TEDH admite el reconocimiento a pesar de que la regulación interna francesa con respecto a la subrogación es claramente prohibitiva, por ser contraria a los principios del orden público francés en cuanto a la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil.

Más tarde, la STEDH de 27 de enero de 2015: Asunto *Paradiso et Campanelli contra Italia*, también ratifica la doctrina sentada. El TEDH condenó al Gobierno italiano a indemnizar al matrimonio *Paradiso y Campanelli*, por cuanto había existido una vida familiar *de facto* entre los comitentes y el niño. Así, la decisión de las autoridades italianas de retirar

³³ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., págs. 3 y ss., versión electrónica. Este autor hace un análisis sobre las principales dudas e interrogantes que surgen cuando un trabajador acude a estas técnicas reproductivas; muy especialmente en lo referido a los eventuales permisos o ausencias, la suspensión de su contrato de trabajo y la extinción contractual basada en tales causas.

³⁴ Véase POQUET CATALÁ, R.: “La prestación por maternidad en la gestación por sustitución”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 198, 2017, pág.53.

³⁵ En estos dos Asuntos los hijos se habían desarrollado en el vientre de mujeres gestantes a partir del esperma de los padres comitentes y los óvulos de mujeres donantes.

a los padres comitentes la custodia del bebé, suponía una injerencia en los derechos garantizados en el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos. A tal efecto, el tribunal recuerda que la retirada del menor de su entorno familiar es una medida extrema a la que solo se debe acudir como último recurso y como respuesta a la necesidad de proteger al niño frente a una amenaza inmediata para él (maltrato físico o psicológico, abusos sexuales, desequilibrio psicológico de los padres, etc.). No obstante lo anterior, considerando que el niño había desarrollado un vínculo afectivo con la familia de acogida, el Tribunal no impone al Estado italiano la obligación de devolver al menor a los interesados.

Ahora bien, la doctrina expuesta ha sido rectificada por la Gran Sala. La STEDH de 24 de enero de 2017 revoca la anterior sentencia de 27 de enero de 2015. Ahora reconoce que las autoridades italianas tuvieron que hacer una difícil elección entre permitir a los padres comitentes continuar su relación con el niño o tomar medidas con el fin de proporcionar al niño una familia de conformidad con la legislación sobre adopción, el TEDH rectifica su criterio y concluye que no se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio³⁶.

En el ámbito de la Unión Europea, la Doctrina del Tribunal de Justicia de la UE está reflejada en la STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C-167/2012³⁷, y en la STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C-363/2012³⁸.

El TJUE considera que la maternidad subrogada no puede equipararse a la maternidad biológica a efectos de reconocimiento de un permiso por paternidad pues ésta presupone un embarazo y un parto.

³⁶ Véase ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad", op. cit., págs. 26 y 27. El cambio de doctrina lo apoya el TEDH en varios argumentos: -El Convenio no reconoce el derecho a ser padres. -No existe un consenso entre los Estados miembros con respecto a los contratos de maternidad subrogada. -La legislación italiana, al prohibir una adopción privada basada en un acuerdo entre particulares, no pretende sino luchar contra prácticas ilícitas, algunas de las cuales pueden equivaler a la trata de personas. -Las medidas adoptadas por las autoridades italianas persiguieron el objetivo de prevenir el desorden y de proteger los derechos y libertades de los demás (especialmente el interés de las mujeres y de los niños). -Estos intereses públicos prevalecen sobre el deseo de ser padres. -Las medidas adoptadas por el Gobierno italiano radican en un claro interés por disuadir a los nacionales de recurrir al exterior para realizar prácticas que están prohibidas en el propio territorio. -El hecho de permitir que el niño se quede con los padres comitentes equivaldría a legalizar la situación creada por ellos, en violación de importantes normas del derecho italiano. -Aunque la terminación de la relación con el niño no es directamente imputable a los demandantes, si es consecuencia de la inseguridad jurídica que ellos mismos han creado al vulnerar la legislación italiana y venirse a vivir a Italia con el niño. -No había existido una vida familiar de facto, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica.

³⁷ POLO SÁNCHEZ, M^a C.: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, CD. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia». *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014

³⁸ TAPIA HERMIDA, A.: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 – asuntos C-167/12 y C-363/12 →». *Revista de Trabajo y de Seguridad Social (CEF)*, n. 374, 2014. Se debe tener presente que las Sentencias resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas por Gran Bretaña e Irlanda sobre cómo debían interpretarse las Directivas 89/391/CEE, 2006/54/CE y 2000/78/CE.

El Tribunal deniega esta protección social apoyándose en: primero, entiende que el objetivo de la Directiva no lo es tanto la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y el puerperio, como la protección de las relaciones especiales entre la mujer y el hijo durante el período posterior al parto; deduciendo de esta finalidad que *«la atribución del permiso de maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño»*. Una madre subrogante no entra en el ámbito de aplicación del art. 8 Directiva 92/85, incluso aunque pueda amamantar al hijo tras su nacimiento, de tal forma que los Estados miembros no están obligados a conferir a dichas trabajadoras el permiso de maternidad. Segundo, el hecho de que la madre subrogante no tenga derecho al permiso no supone una violación del principio de no discriminación, ni directa, ni indirecta. Y tercero, asimismo rechaza que la negativa a la concesión del permiso por maternidad a una mujer que sufre incapacidad para engendrar hijos y acude a la gestación por sustitución sea una discriminación, pues si bien la Directiva 2000/78 no define que ha de entenderse por discapacidad, y dicho concepto debe configurarse en base a la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada por la UE, llegando la sentencia a la conclusión de que la imposibilidad de gestar hijos es una discapacidad, en el sentido aplicable a la citada Directiva, y dicha discapacidad debe suponer un impedimento para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, por lo que la falta de capacidad para gestar un hijo por medios convencionales *«no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él»*. Es decir, que la afección que padece la madre subrogante no supone una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78³⁹.

Además, hay que traer a colación que el Parlamento Europeo ha condenado expresamente este tipo de prácticas. Concretamente, la Resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre los Derechos del hombre y la democracia sobre las políticas de la UE en esta materia, en el Capítulo dedicado a los derechos de las mujeres y los niños, señala que el Parlamento Europeo *«condena la práctica de la subrogación que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un “commodity”; considera que las prácticas de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular, en el caso de las mujeres más vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos»* (parágrafo 115). El Parlamento Europeo hace una llamada de atención, se dirige a los países en los que estos negocios están permitidos, para que traten de acabar con estas prácticas⁴⁰.

³⁹ Así y un amplio estudio en POQUET CATALÁ, R.: “La prestación por maternidad en la gestación por sustitución”, op. cit., págs.57 y 58.

⁴⁰ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, op. cit., pág. 2, versión electrónica. El rechazo del Parlamento Europeo a estas prácticas se fundamenta en la vulneración que suponen a la dignidad de la mujer permitiendo la mercantilización de su cuerpo y de la función reproductiva, sobre todo, teniendo en cuenta la especial incidencia que este tipo de prácticas puede tener en las mujeres más vulnerables de países en desarrollo.

4.2. Doctrina Civil

Ahora, es preciso determinar en qué términos y condiciones puede producirse la inscripción en el Registro Civil español de la relación paterno-filial de los padres comitentes y los hijos nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada producida en un país que se admite⁴¹.

La DGRN ha sido siempre favorable, en base al principio general del interés superior del menor, a la posibilidad de inscribir, en nuestro Registro Civil, la filiación de menores nacidos en virtud de convenio de gestación por encargo realizado en país cuya legislación lo permita. Ahora bien, es preciso que los solicitantes sean declarados judicialmente como padres o madres y que conste la ruptura absoluta y definitiva del vínculo del menor con la mujer gestante⁴².

Frente a ello, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011⁴³ y la STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014⁴⁴ niegan que dicho principio fundamental pueda servir para lograr una tal inscripción, pues la satisfacción del interés superior del menor no puede conseguirse infringiendo la ley imperativa española como es el art. 10.1 Ley 14/2006.

La STS de 6 de febrero de 2014 (Sala 1ª) (rec. 835/2013), concluye sobre la pugna de dos padres para obtener la inscripción de dos niños, como hijos propios, en el Registro Civil español⁴⁵. Se trataba de un supuesto de maternidad subrogada, contrato celebrado en California, Estado en el que la maternidad por sustitución da lugar al establecimiento de vínculos legales de filiación entre los comitentes y el niño nacido de una tercera mujer, con independencia de que el nacido tenga o no material genético de tales comitentes. La Sentencia valora si procedería trasladar al Registro Civil español la inscripción del nacimiento de unos niños mellizos practicada por las autoridades del estado norteamericano de California, que fijaban la filiación a favor de un matrimonio homosexual de españoles que habían actuado como padres comitentes en un contrato de gestación por sustitución.

La citada sentencia desestima el recurso interpuesto por los padres comitentes, contra la resolución que estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN declara que, por contravenir el art. 10 Ley 14/2006, la resolución decreta la inscripción en el Registro Civil español de los hijos de los

⁴¹ Una crítica y una amplia exposición en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Cuadernos de Derecho Transnacional, n. 2, 2015, págs. 45-113.

⁴² Un análisis práctico sobre las ocasiones en que la DGRN ha aceptado o denegado la inscripción de los recién nacidos en el Registro Civil en HIERRO HIERRO, F. J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”. Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 190, 2016, págs. 8 y 9, versión electrónica.

⁴³ Repárese que la mencionada sentencia resuelve el recurso planteado frente a la Sentencia 193/2010 del Juzgado de 1ª Instancia n.15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

⁴⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, n. 8, 2016.

⁴⁵ CORDERO GORDILLO, V.: «La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución». *Trabajo y Derecho*, n. 7-8, 2015, pág.2, versión electrónica. El Ato Tribunal afirma que el control de legalidad de la certificación registral extranjera no puede limitarse sólo a los aspectos formales.

demandados es contraria al orden público español, cancelando la inscripción correspondiente⁴⁶.

Para la Sala, en su fallo mayoritario, las normas aplicables a la gestación por sustitución forman parte del orden público internacional español. Y, para sostener esta afirmación, el TS se manifiesta con la máxima contundencia al aseverar que estas técnicas reproductivas «vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a ambos, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población». Todo ello lleva al TS a considerar que la decisión de la autoridad registral de California de reconocer la filiación a los españoles es contraria al orden público internacional español; pues conculca normas que regulan valores y principios constitucionales, como la dignidad de la persona, el respeto a su integridad moral y la protección de la infancia. Y es por ello que no cabe reconocer dicha decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación de los recién nacidos. Además, el TS aclara que su fallo no incurre en discriminación por razón de sexo u orientación sexual y que tampoco vulnera el principio del interés superior del menor. En relación a esto último, los padres intencionales apelaban a la situación de desprotección en que se dejaría a los menores de no inscribir su filiación en el Registro Civil español. El TS sostiene que la filiación de los menores no puede surgir de un contrato de gestación por sustitución, contrario a la Ley y el orden público, sino que la única respuesta válida frente a la situación planteada es acudir a las figuras legalmente reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, como la adopción o el acogimiento familiar. Además, si el padre comitente hubiese aportado su propio material genético, podrá reclamar que se reconozca su paternidad a todos los efectos; lo que, a su vez, abriría la puerta a que el cónyuge del reconocido padre biológico se convirtiese en padre adoptivo del menor sin necesidad siquiera de que mediase la ordinaria declaración de idoneidad por parte de la autoridad pública competente⁴⁷.

Tras las Sentencias *Mennesson* y *Labassee* del TEDH, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que se ha producido un giro de ciento ochenta grados en el panorama jurisprudencial. Considera que ya no se debe tener presente la doctrina establecida en la STS de 6 de febrero de 2014. La DGRN dicta la Circular de 11 de julio de 2014, que declara plenamente vigente su Instrucción de 5 de octubre de 2010. En la citada

⁴⁶ Véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO MEJUTO, S. J.: «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», op. cit., págs. 55 y ss. Afirman que nuestro Tribunal Supremo no considera viable, en atención al orden público que impera en nuestro ordenamiento, la ejecución de la decisión administrativa extranjera que decreta la inscripción de los hijos así nacidos con atribución de maternidad/paternidad a los padres comitentes, pero por el bien superior de los menores facilita la “reconversión” de la situación fáctica a una situación legalmente aceptable en nuestro país. Esta postura es compartida por estos autores plenamente y consideran que ha de iluminar cualquier decisión que se adopte en la jurisdicción social. Pues existiendo resortes legales para la solución del litigio carece de toda lógica buscar otras vías que colisionan frontalmente con nuestro sistema de Derecho.

⁴⁷ En el mismo sentido, BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., págs. 10 y 11, versión electrónica.

Instrucción, la DGRN, básicamente, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución siempre que se den tres requisitos: que el proceso reproductivo se haya desarrollado en un país cuya legislación lo permita, que al menos uno de los progenitores sea español y, sobre todo, que la filiación se derive de una resolución judicial firme dictada por el tribunal extranjero competente.

Por último, el Auto del TS de 2 de febrero de 2015 (dictado a raíz del incidente de nulidad presentado frente a la STS de 6 de febrero de 2014), rechazó la rectificación del criterio mantenido en dicha sentencia habida cuenta que, a su juicio, tiene presente el interés superior del menor. Y ello, sobre la base de que el ordenamiento español permite la determinación de la filiación paterna, así como la adopción y el acogimiento⁴⁸.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, por todo cuanto se ha visto, resulta evidente que la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero por gestación subrogada dista todavía mucho de ser una cuestión pacífica y resuelta, pese al convencimiento que muestra en su proceder la DGRN⁴⁹. Existe la posibilidad de que las resoluciones registrales que, en la práctica, están reconociendo la filiación de los hijos nacidos en el extranjero por gestación subrogada se impugnen y la Sala Primera del Tribunal Supremo las puede invalidar⁵⁰.

Las necesidades de la sociedad, el carácter abierto de la familia en nuestro ordenamiento, tantas veces proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la necesidad de un status civilis único para el niño nacido en un Estado con un sistema de filiación y llevado a otro Estado con un sistema radicado en principios opuestos, reclaman hoy que se abra un debate⁵¹.

4.3. Doctrina Laboral: Consolidación y firmeza de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

4.3.1. Planteamiento y desarrollo del problema existente

Mientras que no esté regulado en nuestro ordenamiento jurídico el negocio gestacional, serán los Jueces y Tribunales quienes deban determinar su posible eficacia y sus pretendidas consecuencias jurídicas en España.

También en los tribunales del orden social ha sido muy discutida la cuestión sobre si los nacimientos de hijos de gestación por sustitución dan o no derecho a los permisos y prestaciones de Seguridad Social pertinentes (descanso por maternidad y prestación económica correspondiente).

⁴⁸ Interpretación criticada por SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, op. cit., pág. 14, versión electrónica.

⁴⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., pág. 13, versión electrónica.

⁵⁰ ÁLVAREZ ALONSO, D.: “Maternidad”. En AA. VV., “Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Coord. García Murcia, J. Thonson-Aranzadi, Pamplona, 2017.

⁵¹ Véase un comentario en ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, n. 2, 2014, págs. 5-49.

Las sentencias de las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas han resuelto, en sentido contradictorio, si procede o no la prestación de maternidad en los supuestos de nacimientos derivados de convenio de gestación por sustitución realizado en país cuya legislación lo admita⁵². Hay que señalar que la mayoría de las sentencias han concedido la citada prestación⁵³.

En la actualidad ya se puede afirmar que existe una línea clara y consolidada sobre la resolución e interpretación de los principales problemas que en el ámbito laboral surgen cuando se produce la gestación por sustitución.

La SJS n.2 de Oviedo de 9 de abril de 2012 resolvió sobre el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social en caso de maternidad. En primer lugar, recuerda que la finalidad de la prestación por maternidad es doble: atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio. Y además, atender los primeros cuidados del recién nacido. Es esta finalidad segunda la que prima más, en los últimos años. En segundo lugar, la maternidad por sustitución está prohibida en España, pero la prohibición no es motivo, para que no se le reconozca a la madre la prestación, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados. Y por último, el Juzgado recurre al principio de igualdad para reconocer el derecho de la actora a disfrutar del permiso de maternidad. Si se reconoce que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, se atenta contra el principio de igualdad si se deniega la prestación⁵⁴.

Sin perjuicio del análisis detenido que seguidamente se realizará, hay que adelantar que ya en el año 2016 se observa una línea clara en el Tribunal Supremo que concede, a pesar de la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, ciertos efectos a tal situación, en concreto en el marco de la prestación por maternidad⁵⁵.

⁵² Se pueden traer a colación varios de los pronunciamientos en los que se deniega el derecho a prestación por maternidad en supuestos de gestación por sustitución, entre otras, las SSTSJ Madrid de 7 de julio de 2014 y 5 de octubre de 2015; SSTSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014 y 3 de mayo de 2016; STSJ Andalucía, Sevilla, de 4 de febrero de 2015. Véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Rec. 3818/2015)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 10, 2017, pág. 185.

⁵³ Son muy numerosas las Sentencias que se pueden citar en este sentido. Una reciente es la STSJ Baleares de 30 de enero de 2017 (sentencia n. 96/2017). Otras anteriores la STSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 y la STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013 (sentencia n. 216/2013). Especial interés tiene consultarse las SSTSJ Murcia, de 3 de noviembre de 2014 y 30 de marzo de 2015, pues reconocen el derecho de la prestación por maternidad al padre biológico en un supuesto de gestación por sustitución en el que la madre es trabajadora por cuenta propia y pertenece a una mutualidad de previsión social que no contempla tal protección.

⁵⁴ En este sentido, HIERRO HIERRO («Gestación por sustitución y prestación de maternidad»). *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 6, 2012) apunta el recurso a la interpretación amplia y generosa de la referencia contenida en el artículo 2 RD 295/2009 que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea sus denominación, lo habría de ser empleado también para los supuestos de filiación.

⁵⁵ SSTJ de 19 de octubre de 2016 (R.º 1650/2015), 25 de octubre de 2016 (R.º 3818/2015), 16 de noviembre de 2016 (R.º 3146/2014) y 30 de noviembre de 2016 (R.º 1307/2015). MERCADER UGUINA, J. R.: «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTJ de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.1, 2017.

4.3.2. Acceso a las prestaciones de la Seguridad Social de los padres subrogantes

El 29 de diciembre de 2016 se eleva consulta al Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre derecho al subsidio por maternidad previsto en el art. 177 del texto refundido de la LGSS, en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero.

La Entidad gestora asume la doctrina sentada en las Sentencias números 881/2016 y 953/2016 dictadas, en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo (TS), con fechas 25 de octubre y 16 de noviembre, respectivamente. Para ello es necesario dictar los criterios que permitan adaptar, sin perjuicio de posteriores adaptaciones, las vigentes previsiones normativas a las particularidades de los hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, al tratarse de una situación que no está recogida entre las situaciones protegidas por la prestación por maternidad. Concretamente serán de aplicación, con la necesaria adaptación, los arts. 177 y ss. LGSS y el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁵⁶.

La STS de 16 noviembre de 2016 (n. 953/2016), Ponente: Segoviano Astaburuaga. Reconoce la prestación por maternidad a trabajadora que es madre tras haber tenido un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre, en aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, y de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, puesto que de no otorgarse la protección por maternidad se produciría una discriminación en el trato dispensado al hijo por razón de su filiación, y los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos⁵⁷.

La STS de 30 de noviembre de 2016 (RCUD 3183/2015), Ponente: Blasco Pellicer, con voto particular. Confirma el derecho a la prestación de maternidad del artículo 131 bis LGSS, en sustitución de la de paternidad reconocida por el INSS, al padre biológico de un hijo recién nacido en Illinois e inscrito como español en el registro consular de Chicago, en

⁵⁶ Consúltense la respuesta emitida por el INSS ante la Consulta 29/2016 (JUR\2017\9486). Se observa que las especialidades afectan a: Situación protegida; Inscripción de la filiación en el Registro Civil español; Beneficiario del subsidio; Hecho causante; Períodos mínimos de cotización; Prestación económica; Nacimiento, duración y extinción del subsidio; Internamiento hospitalario del recién nacido; no es aplicable la opción en favor de otro progenitor; Maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato; y Efectos económicos del derecho reconocido.

⁵⁷ Repárese que la Sentencia contiene un voto particular emitido por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto. PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)”. *Revista Aranzadi digital*, n. 1/2017, pág.4.

virtud de la gestación por sustitución (“madre de alquiler”), que renuncia a la patria potestad, pese a la nulidad de pleno derecho de ese acuerdo de gestación⁵⁸.

Con fecha de 20 de febrero de 2017, la Subdirección General de Ordenación Jurídica, Instituto Nacional de la Seguridad Social, responde a la Consulta 4/2017, sobre subsidio por maternidad. Hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Ampliación de la Consulta 29/2016⁵⁹.

Tras la Consulta 4/2017 se aclara que: primero, en casos de gestación por sustitución en los que solo está determinada la filiación de uno de los progenitores, y en los que, aunque figure como progenitora la madre biológica, la misma ha renunciado válidamente al ejercicio de la patria potestad, el progenitor comitente que disfrute del permiso/subsidio por maternidad no podrá disfrutar además del permiso y correspondiente prestación por paternidad. Segundo, en los supuestos de gestación por sustitución en los que la filiación se determine a favor de dos progenitores comitentes será de aplicación la previsión del artículo 23.3 RD 295/2009 conforme a la cual, en caso de disfrute compartido de los períodos de descanso o permiso por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos. Tercero, en los casos en los cuales inicialmente solo conste la filiación en favor de un progenitor comitente y posteriormente adopte al menor otra persona con la que aquél ya mantenía una relación conyugal o una relación de afectividad análoga a la conyugal, no cabe reconocer dos prestaciones por maternidad independientes, una en referencia al nacimiento y la otra a la adopción. Y por último, se señala que esta doctrina mantenida por el INSS será aplicada para resolver los expedientes que en la fecha de emisión de la primera de las sentencias se encontrasen en trámite en vía administrativa. También se tendrá presente en el caso de que con anterioridad a esa fecha hubiera sido denegada la prestación por maternidad y la resolución fuera firme en vía administrativa; si bien, la posibilidad de atender una eventual solicitud de revisión habrá de tener en cuenta ciertas instrucciones fijadas expresamente en la consulta.

El último pronunciamiento del Tribunal Supremo relevante desde el punto de vista aquí analizado ha sido en la STS de 22 de noviembre de 2017, Sala de lo Social (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 1504/16, Ponente: Moralo Gallego, S., desestimando el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, confirma el derecho de una trabajadora a prestación por maternidad derivada de un contrato de gestación por sustitución⁶⁰.

⁵⁸ Véase VICENTE PALACIO, M. A.: “Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la maternidad subrogada)”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, n. 12, 2017, págs. 125 y ss.

⁵⁹ Hay que tener presente que también la Consulta 4/2017 se ha visto ampliada el 07/03/2017. En la ampliación se puntualiza el tratamiento que merecen aquellos casos en que el nacimiento mediante gestación por sustitución se hubiera producido antes de que la Entidad gestora asumiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que se refiere la Consulta 29/16 en los que, por esa razón, no se hubiera reconocido al progenitor comitente, único respecto del que inicialmente se determinó la filiación, derecho a prestación por maternidad por período alguno. En estos casos, y con carácter excepcional, resultará posible reconocer la prestación por maternidad a la persona que mantenía con el comitente una relación conyugal o análoga, que adopta al menor.

⁶⁰ Confirma la STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2016 (rec. 6519/15) y la SJS n.33 de Barcelona de 24 de julio de 2015, recaída en autos n. 1089/2014.

Del caso analizado en la sentencia hay que tener presente los hechos más relevantes. Primero, D^a Asunción solicitó prestación de maternidad por el nacimiento de dos hijos gemelos, consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. Este contrato se formalizó en California (EE. UU.) y validado por sentencia de la Corte Superior de Californiana, que declaró la maternidad de D^a Asunción una vez producido el nacimiento, previa renuncia a la paternidad y maternidad de los padres biológicos. Segundo, el Registro Civil del consulado español en los Ángeles, California, inscribió el nacimiento, especificando como única filiación a D^a Asunción como madre. Tercero, en España el INSS denegó la prestación por maternidad, argumentando que la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución. Cuarto, tanto el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña reconocieron el derecho a la prestación por maternidad.

Al resolver el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina el Tribunal Supremo en esta ocasión (Sentencia de 22 de noviembre de 2017)⁶¹ sigue la doctrina establecida sobre la materia, así en la STS de 25 de octubre de 2016 (rec. 3818/15) y la STS de 16 noviembre de 2016 (rec. 3183/15), y reiterada en dos resoluciones posteriores (SSTS de 30 de noviembre de 2016 (rec. 3129/15 y 3183/15).

Confirma el Alto Tribunal el derecho de D^a Asunción a la prestación por maternidad. Los argumentos de la sala son varios, algunos de ellos ya analizados. Se traen a colación: Primero: La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación de los menores, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. Segundo: Para la interpretación de la normativa sobre protección de la maternidad debe tenerse en cuenta lo declarado por jurisprudencia civil (STS de 6 de febrero de 2014, Rec. Casación 245/2012), según la cual «la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma». Tercero: cuando los menores forman un núcleo familiar con la madre subrogada, que les presta atención y cuidados parentales y tiene relaciones familiares "de facto", debe protegerse este vínculo, siendo un instrumento idóneo para ello la prestación por maternidad. Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad –atendiendo a la doble finalidad que tiene, tal y como se consigna en el argumento sexto– al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución. Y quinto: Tanto la suspensión del contrato por maternidad como la prestación por maternidad tienen una doble finalidad: «atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre» y «proteger las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor».

⁶¹ Repárese que esta última Sentencia no tiene votos particulares, a diferencia de lo que venía siendo habitual.

Los puntos clave de la doctrina sentada, por la Sala de lo Social, del Tribunal Supremo son: En primer lugar, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no puede suponer que al menor nacido se le prive de derechos, pues hay que diferenciar entre la nulidad del contrato de gestación, establecida en el ordenamiento jurídico español, y la situación en que se encuentra el menor nacido, cuyos derechos no pueden verse perjudicados por dicha nulidad. Se refrenda la validez de la inscripción de la filiación, tanto derivada de una sentencia extranjera firme como de una certificación registral extranjera. Se admite que la condición de progenitor no es solo biológica sino que también puede proceder de la inscripción en el Registro Civil de una filiación derivada de negocio gestacional. En segundo lugar, el superior interés del menor y la potenciación de los vínculos familiares. Y ello por cuanto el interés superior del menor debe ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado, otorgando una protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia, aunque se trate de relaciones familiares "de facto", entre el menor y los padres comitentes de un contrato de gestación subrogada. En tercer lugar, la protección integral de la familia y de los hijos, y de no discriminación ya que de no otorgarse la protección por maternidad, en los casos de menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se estaría produciendo una discriminación en el trato dispensado, por razón de su filiación. Y por último, la aplicación analógica de los supuestos de adopción o acogimiento, respecto del acceso a las prestaciones por maternidad. Pues la cobertura de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, en relación con la maternidad comprende no solo el supuesto de maternidad biológica, ya que el período de descanso de 16 semanas se reconoce también en los supuestos de adopción o acogimiento familiar, aunque no haya que proteger la salud de la madre, en orden a permitir el desarrollo de las especiales relaciones entre la madre (padre) y su hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor. Y esas relaciones entre los nuevos familiares y el menor se producen también en los supuestos de nacimiento por maternidad subrogada, por lo que estas situaciones han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos de adopción y acogimiento, considerando, también, que la propia normativa de la Seguridad Social considera jurídicamente equiparables a la adopción y/o al acogimiento.

La solución alcanzada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en esta compleja y polémica materia es innovadora y claramente protectora del menor. Todo ello, cuando la técnica de la maternidad subrogada está prohibida en nuestro país y, además, su posible regulación no es fácil, pues está sujeta a un importante debate social, entre otros, con posiciones claramente enfrentadas⁶².

5. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos. Esta técnica no sólo plantea interrogantes jurídicos en sí misma, sino que cuestiona, indica G. Cassano, el verdadero concepto de "familia" desde el punto de vista social, moral y legal. No se trata de un conjunto nuevo de problemas, pues ya desde hace

⁶² En este sentido también se ha manifestado, GALA DURÁN, C.: "Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada". Editorial Aranzadi, La Administración Práctica, n. 4, 2017, pág.6, versión electrónica.

décadas estos casos eran conocidos. Y también ya desde hace años la doctrina ha reflexionado sobre los aspectos legales de la gestación por sustitución. Sin embargo, en fechas recientes se han multiplicado las opiniones y los estudios de todo tipo sobre esta técnica, con ocasión de diversos casos que han sido resueltos por tribunales y órganos registrales españoles, extranjeros e internacionales⁶³.

Como se ha querido dejar constancia y se puede observar en los apartados anteriores, se está en presencia de un tema interdisciplinar. La figura de la gestación por sustitución, gestación subrogada o maternidad subrogada, que son las tres denominaciones más utilizadas por la doctrina y más oportunas, produce efectos desde el punto de vista jurídico, al menos, del Derecho Civil, del Derecho Internacional Privado y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución suscita la cuestión de sus efectos legales en España. Se trata de una cuestión tanto técnica como valorativa en la que se han visto implicados la DRGN, los tribunales de justicia y, en especial, el Tribunal Supremo así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El centro de la polémica real estriba en el alcance de la excepción de orden público internacional en relación con las certificaciones o sentencias extranjeras⁶⁴.

La gestación por sustitución al tratarse de una situación nueva, no regulada, ha dejado a los padres a través de este método de reproducción asistida fuera de la cobertura prestacional que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ofrece a los trabajadores que son padres biológicos, adoptivos o de acogida, todo ello aunque son iguales las necesidades surgidas tras la llegada de un nuevo miembro a la familia, independientemente de cómo ésta se haya producido.

La gestación por sustitución, hasta ahora solo “afrontada” por la Administración y los Tribunales, está generando importantes controversias. Por eso conviene reparar en los aspectos más importantes de esta forma de maternidad y paternidad como generadora de derechos de conciliación en el ámbito laboral y, consecuentemente, de prestaciones sociales. No obstante, su dudosa legalidad exige un cambio legislativo profundo y sosegado, en todos los ámbitos, pues se corre el riesgo de que la equivalencia con figuras ya reguladas provoque nuevas e importantes incertidumbres jurídicas que lejos de solucionar estas situaciones, las empeoren.

⁶³ Así lo han puesto de manifiesto CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op. cit., págs. 46 y 47.

⁶⁴ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ («Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op. cit., pág. 45) consideran que mientras que el TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente. El TEDH sí que ha defendido los derechos individuales y no la autoridad de la Ley. El TEDH sí que ha apostado por el interés del menor y ha dejado claro que la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución debe ser razonada y proporcionada. Sólo de ese modo se protege el derecho a la vida privada y a la identidad personal transfronteriza de los menores.

Han existido años de incertidumbre e inseguridad jurídica al respecto, donde el INSS negaba la concesión a los padres comitentes las prestaciones por maternidad y paternidad, y también resoluciones contrapuestas en función del Tribunal Superior de Justicia competente al resolver los recursos de suplicación. Pero tras la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en Unificación de Doctrina, siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y priorizando el interés superior del menor, se concede a los padres comitentes los permisos y prestaciones reconocidos por la ley a los padres biológicos, adoptivos y de acogida. En el ámbito laboral y de la Seguridad Social, la doctrina es clara al respecto.

Cabe recordar que hasta el momento no se ha modificado la normativa, tanto respecto del personal laboral como del personal funcionario, que regula la prestación por maternidad. Si bien, alguna Comunidad Autónoma ha optado ya por extenderlo al haber dictado una Instrucción reconociendo expresamente a favor de su personal el derecho al permiso por maternidad en el supuesto de gestación subrogada⁶⁵.

En España se reconocen las prestaciones de maternidad previstas en el art. 177 y ss. LGSS, a un padre que había concertado una maternidad subrogada. Los argumentos han sido que dichas prestaciones no se limitan a la recuperación de la mujer tras el parto sino en la inserción de los menores en el núcleo familiar, dando igual si ha nacido de forma natural, por reproducción asistida, gestación subrogada o adopción o acogimiento familiar. Otro argumento ha sido el principio de protección integral e igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, contenido en el art. 39.2 CE.

Pero ello está dando lugar a que en la práctica se traten de forma desigual, sin ninguna justificación: Primero, los casos de contratos de gestación por sustitución celebrados por españoles en países donde tales contratos son legales y que, una vez obtenida la filiación por parte de los sujetos comitentes, éstos regresan a España y obtienen las prestaciones de maternidad. Y segundo, los otros celebrados en España, donde está prohibido dicho contrato, y además pueden incurrir en responsabilidad penal.

Y ahora..., ya en la primavera de 2018, sigue existiendo la necesidad de emprender una reforma urgente de esta materia que sea capaz de conciliar todos los derechos e intereses en conflicto. En definitiva, la dignidad de la madre gestante; los intereses de los menores que nacen fruto de estas prácticas y que pueden verse discriminados por razón de su nacimiento; y el deseo de ser padres en relación con los sujetos comitentes.

⁶⁵ Véase GALA DURÁN, C.: "Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada", op. cit., pág.6, versión electrónica.

La garantía prestacional por contingencias profesionales en el sistema especial de empleados de hogar: Interrogantes de ordenación y aplicación¹

The benefit guarantee for professional contingencies in the special system of household employees: ordinance and application questions

FRANCISCA MORENO ROMERO

*PROFA. AYUDANTE DRA. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID*

Resumen

El régimen jurídico vigente de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social, constituye un mosaico incompleto de normas de distinta procedencia –pre y post constitucionales– inseparables de una extensa doctrina jurisprudencial que le dan contenido, hasta el punto que podríamos afirmar que la doctrina referida constituye el manual de interpretación, integración y adecuación del conjunto normativo, con los inevitables claroscuros.

Con el marco general referido, el régimen de responsabilidades empresariales por incumplimiento de las obligaciones de relación jurídica y cotización, se modifica sólo para el Régimen (hoy Sistema Especial) de Empleados de Hogar y sólo para las contingencias profesionales. De esta forma se sustituye la responsabilidad prestacional del empresario por el reconocimiento directo de las prestaciones por la entidad competente, unido al mantenimiento de la deuda por cotizaciones y la aplicación de la correspondiente sanción administrativa.

El estudio de la normativa aplicable permite indagar sobre la finalidad de la reforma, su aplicación y efectos derivados, así como sobre la técnica jurídica empleada y su alcance.

Abstract

The current legal regime of corporate responsibility in the area of social security benefits constitutes an incomplete mosaic of norms of different origins - pre and post constitutional - inseparable from an extensive jurisprudential doctrine that gives it content, to the point that we could say that the referenced doctrine constitutes the manual of interpretation, integration and adaptation of the body of rules, with the inevitable contradictions.

Within the referenced general framework, the regime of corporate responsibilities for breach of the obligations of legal relationship and contribution, is modified only for the Regime (today Special System) of Domestic Employees and only for professional contingencies. In this way, the employer's benefit liability is replaced by the direct recognition of benefits by the competent entity, together with the maintenance of the debt arising from contributions and the application of the corresponding administrative sanction.

The study of the applicable regulations allows us to investigate the purpose of the reform, its application and derived effects, as well as the legal technique used and its scope.

Palabras clave

responsabilidad empresarial, alta de pleno derecho, Empleados de Hogar, recargo de prestaciones, contingencias profesionales

Keywords

Corporate responsibility; full coverage; Household Employees; benefit surcharge; professional contingencies

¹ Una primera aproximación a esta materia la efectué en la comunicación “Los viejos y nuevos perfiles de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones: la muerte anunciada que nunca llega...” presentada al XXVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social sobre “Descentralización productiva: Nuevas formas de trabajo y organización empresarial”. 2018.

1. LOS CIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES HACEN IMPOSIBLE SU REFORMA

Hace casi veinticinco años, el tema de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones adquirió identidad propia en el Pacto de Toledo aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de abril de 1995. En efecto, en su recomendación número 12, referente al reforzamiento del principio de solidaridad, se establecía que: “La Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social”.

En este orden se afirmaba que:

“La regulación actual data del año 1966. La evolución experimentada por el Sistema de la Seguridad Social desde entonces ha originado un desfase entre la citada regulación y las nuevas realidades sociales, de manera que resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes. De ello deriva la necesidad de abordar una reforma de las líneas legales que han de configurar el instituto de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores en materia de Seguridad Social...”².

Años después y tras un largo periodo de intervenciones cuasi legislativas del Tribunal Supremo, el voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo 633/2000 (de Sala General) de 1 de febrero de 2000 afirmaba que “... todo el sistema de responsabilidad empresarial establecido por los artículos 41 y 126 la Ley General de la Seguridad Social puede incurrir en inconstitucionalidad por infracción del artículo 25 de la Constitución, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, que considera que este precepto está implícita también la garantía del principio "non bis in ídem" (sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981, 154/1990 y 177/1999, entre otras); la inconstitucionalidad puede derivar también de la vulneración del principio de proporcionalidad (sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982, 66/1985, 50/1995, 66/1995 y 136/1999)...”³.

Posiblemente, la advertencia del Tribunal Supremo estuvo presente en el informe parlamentario que sirvió para la renovación del Pacto de Toledo en 2003, que incluyó una nueva recomendación sobre la misma materia en términos más radicales al establecer que:

² La Recomendación referida en el texto, añade que la reforma que ha de tener como pilares fundamentales los siguientes principios:

Mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del Sistema de la Seguridad Social. Una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad. La necesidad de preservar el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social”.

³ Añade el Voto particular de la Sentencia que “... el carácter desmesurado del sacrificio que impone (responsabilidad más sanción administrativa formal más abono de las cotizaciones con recargo) puede afectar a otros derechos constitucionales (artículos 33 y 31 de la Constitución Española) y a la propia efectividad del derecho a la Seguridad Social en la medida en que los límites del principio de automaticidad determinan en algunas prestaciones, que la declaración de responsabilidad de un empresario insolvente impida el efectivo abono de la prestación al trabajador (sentencias de 22 de abril de 1.994 y 3 de noviembre de 1.994). El voto particular fue formulado por el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren los Magistrados Fernando Salinas Molina y José María Marín Correa.

“Se prevé la reforma general de la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en materia de Seguridad Social, por parte de empresarios y trabajadores (la cual data de 1966).”

A pesar de los planteamientos referidos, prácticamente nada sucedió, como veremos.

Es sorprendente que el régimen jurídico vigente de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social, constituya un mosaico incompleto de normas de distinta procedencia –pre y post constitucionales– inseparables de una extensa doctrina jurisprudencial que les dan contenido, hasta el punto que podríamos afirmar que la doctrina referida constituye el manual de interpretación, integración y adecuación del conjunto normativo, con los inevitables claroscuros. Desde esta perspectiva resulta aún más sorprendente “la existencia de una aceptación general de las reglas de juego, por mucho que se dude de su constitucionalidad, se critique su ordenación preconstitucional, su falta de adaptación a la realidad social actual y en definitiva, su contraposición con la existencia de un modelo público de Seguridad Social que se enmarca entre las funciones de Estado, arropado por el principio de garantía institucional”⁴.

Situándonos en su ordenación jurídica inicial, básicamente vigente, contenida en la LSS.1966⁵, con escasas reformas posteriores, su estructura ha soportado todo tipo de envites, el impacto constitucional, la construcción jurisprudencial⁶ asumiendo labores legislativas⁷,

⁴ TORTUERO PLAZA, J.L. “O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario” “(El derecho del trabajador a las prestaciones VERSUS la conducta fraudulenta del empresario)”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 4/2017 pág. 44. (<http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/34>)

⁵ La Ley de Seguridad Social de 1966, aprobada por Decreto 907/1966 (LSS), de 21 de abril, fijó las bases y reglas de responsabilidad en orden a las prestaciones del sistema, remitiendo a los artículos 94 a 96 su detalle en relación a la imputación de responsabilidades y anticipo de prestaciones, alcance de la responsabilidad empresarial y procedimiento para su exigencia. La Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social impuso en su artículo 17 la exigencia de responsabilidad a resultados del incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de afiliación y cotización, sin perjuicio de la atenuación de aquella o el anticipo de prestaciones.

El primer Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, aprobada por Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo, trató la materia en sus artículos 23, 96 y 97, luego transcritos en los artículos 41, 126 y 127 del segundo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS). Junto a ésta, otras normas contienen previsiones específicas en lo atinente al recargo de prestaciones o la cesión ilegal de trabajadores.

El marco normativo vigente se encuentra contenido en el tercer Texto Refundido contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) dedicando a la materia referida los artículos 47, 167 y 168. Junto ellos siguen vigentes los artículos 94 a 96 de la LSS, de aplicación reglamentaria en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972, dictado en desarrollo de la Ley de Financiación y perfeccionamiento, aplicación reglamentaria que históricamente ha venido revalidando de forma constante la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Por lo que refiere a la normativa reglamentaria, conviene destacar que el único intento de ordenación reglamentaria en desarrollo de la LGSS (y por supuesto de los textos anteriores), se produjo a mediados de los años 90, sin que finalmente viera la luz.

⁶ La construcción general del régimen de responsabilidad realizado por la jurisprudencia de unificación está contenida básicamente en las Sentencias de 8 de mayo de 1997, 1 de febrero de 2000 (ambas de Sala General) y 17 de marzo de 2006 referida a la jubilación.

⁷ Los propios Tribunales enfatizan que “...es tarea que no incumbe a los Tribunales de Justicia sino al Gobierno” Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2010.

las valoraciones doctrinales críticas⁸, hasta la posible tacha de inconstitucionalidad contenida incluso en decisiones judiciales, que pretendían la reacción del legislador y anunciaban una posible ruptura con el *statu quo*. A pesar de lo referido, nada ha sido suficiente para propiciar una nueva ordenación jurídica⁹ más acorde con el mandato constitucional.

Retomemos el hilo conductor ya iniciado. Ya vimos que la voluntad reformadora de la responsabilidad empresarial adquirió identidad propia en el Pacto de Toledo aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de abril de 1995¹⁰, al incorporar la recomendación número 12, donde se establecía que: “la Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social”. Posteriormente, en el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social de octubre de 1996, que tenían como objetivo la consolidación del Sistema de la Seguridad Social, en abril del 2001 el Gobierno del Partido Popular, la CEOE-CEPYME y CCOO suscribieron el “Acuerdo para

⁸ Entre los trabajos doctrinales cabe hacer referencia a SALA FRANCO, T., “El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)” *RISS*, nº6, nov.-dic. 1974; HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J., *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Universidad de Murcia, Murcia, 1994; MARTÍNEZ LUCAS, J.A., “La configuración jurídica de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78, 1996; GALA DURÁN, C., *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997; MOLINER TAMBORERO, G., “La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social. Déficit regulador de la misma. Criterios Jurisprudenciales”, en AA VV, *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, nº 38, Madrid, 2001; DESDENTADO BONETE, A., “Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y Práctica”, en *Actualidad Laboral*, núm. 4 y 5, 2004; MUÑOZ MOLINA, J. *Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 y BLASCO PELLICER, A., *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2005. Desde una perspectiva más amplia, MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. Responsabilidades empresariales, en AAVV *Tratado práctico a la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, edit. Comares, 2006. Para otros supuestos de responsabilidad puede verse detenidamente, 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 AAVV, *La responsabilidad empresarial*, Murcia, edit. Laborum, págs. 379 y siguientes. TORTUERO PLAZA, J.L. (IP), MORENO ROMERO, F., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., MARTÍN-SERRANO JIMENEZ, E. VICENTE PALACIO, A. (I). “La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social”. (Primer premio FIPROS 2011, REF.PF 2011/23. Orden TIN 73172011).

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf>

Las construcciones teóricas de referencia en DE LA VILLA GIL, L.E., “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo en la construcción del ordenamiento laboral español” en AA VV, *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Mudespa-UNED, Madrid, 2000. Igualmente deben traerse a colación las construcciones teóricas de referencia obligada en esta materia de ALONSO OLEA M. y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*, en sus sucesivas ediciones, la última edic. 18, Madrid, Civitas, DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social*, 2ª edic. 1979 y ALARCÓN CARACUEL M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social*, 1991.

⁹ En el mismo sentido, GALA DURÁN afirma que “dado los antecedentes con mención - expresa en la recomendaciones del pacto de Toledo-, por desgracia es difícil que en un futuro próximo veamos nueva regulación normativa o al menos desarrollo reglamentario acorde con nuestro sistema de seguridad social (...) concluyendo que esa falta de regulación actualizada resulta cada vez más inadmisibles”, GALA DURÁN, C. “La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación alta y cotización. Un problema sin soluciones”, en AAVV. *La responsabilidad del empresario*, Murcia, edit. Laborum, pág. 330.

¹⁰ Publicado en el BOCG, Serie E 12 de abril de 1995 Núm. 134.

la mejora y desarrollo del Sistema de protección social¹¹. El acuerdo, que no consiguió la unanimidad de los interlocutores sociales, dedica el apartado XI a la “Responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social”¹² y se plasmó en la reforma del artículo 126 de la LGSS, operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Es necesario reconocer que la Ley 24/2001 dio un paso importante y único desde 1966 hasta la actualidad¹³, en la ordenación de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Con todo, la reforma no cambió el modelo y, por tanto, su adaptación constitucional quedó postergada. Igualmente, quedó pendiente el necesario desarrollo reglamentario, dejando un espacio infinito abierto a las múltiples interpretaciones jurisprudenciales.

El apuntado carácter restrictivo de la reforma del 2001 seguramente estuvo presente en el informe parlamentario que sirvió para la renovación del Pacto de Toledo en 2003, que incluyó una nueva recomendación sobre la misma materia en términos más radicales al establecer que: “Se prevé la reforma general de la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en materia de Seguridad Social, por parte de empresarios y trabajadores (la cual data de 1966).” A pesar de la rotundidad, quizás provocada por las tachas de su posible inconstitucionalidad, tampoco la previsión de cambio de modelo y ninguna otra reforma¹⁴, vieron la luz en los años sucesivos. Aún más, la materia

¹¹ LÓPEZ GANDIA, J. “El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del pacto de Toledo”, *Revista de derecho social*, Nº 14, 2001, págs. 25-56.

¹² El acuerdo era consciente de la trascendencia de la materia, al establecer que:

“La regulación actual data del año 1966. La evolución experimentada por el Sistema de la Seguridad Social desde entonces ha originado un desfase entre la citada regulación y las nuevas realidades sociales, de manera que resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes.

De ello deriva la necesidad de abordar una reforma de las líneas legales que han de configurar el instituto de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores en materia de Seguridad Social, reforma que ha de tener como pilares fundamentales los siguientes principios:

Mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del Sistema de la Seguridad Social.

Una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad.

La necesidad de preservar el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social”.

¹³ Detenidamente sobre la reforma de la Ley 24/2001 y su contexto, GALA DURÁN, C. “La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial”, *Temas Laborales*, núm. 66, 2002 y PANIZO ROBLES, J.A., “Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002.

¹⁴ Por vía indirecta, podíamos decir, el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, impacto sobre la materia que nos ocupa, el parámetro de referencia en la fijación del límite del anticipo de prestaciones. De esta forma y de conformidad con lo establecido en el artículo 3.2, la referencia al salario mínimo interprofesional (fijado en la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) fue sustituida por el indicador público de renta de efectos múltiples. Los límites referidos se encuentran recogidos en el vigente artículo 167.3 TRLGSS.

Igualmente por vía indirecta podríamos entender que el tema de responsabilidad empresarial quedaba incorporada en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 que sirvió para su renovación parlamentaria. La recomendación 10ª, reservada a la “lucha contra el fraude”, se establece una propuesta en los siguientes términos:

“La Comisión entiende, por último, que deben reforzarse los instrumentos y medios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el régimen de sanciones a los empleadores que no cumplan con sus obligaciones frente a la Seguridad Social, para lo cual deben adecuarse los tipos penales, la regulación de la prescripción en

(...)

de la responsabilidad dejó de formar parte de las sucesivas renovaciones del Pacto de Toledo e, igualmente, de los diferentes acuerdos suscritos con los interlocutores sociales.

En definitiva y como ha destacado la doctrina, se ha producido “una especie de aceptación general del “statu quo”, que tan solo parece preocupar a la doctrina científica y al quehacer cotidiano de los órganos judiciales, en cuyas decisiones ya es “fórmula de estilo” la crítica y desesperanza ante la situación legal”¹⁵. Todo ello, sin olvidar, como ha puesto de manifiesto la doctrina, “a los sujetos afectados, que desconocedores –seguramente– de la situación legal ven –los trabajadores– como el sistema público les abandona a su propia suerte, y como –los empresarios, ciertamente incumplidores e incluso defraudadores– sienten la ira penalizadora del Sistema”¹⁶, sin que entre ambas situaciones exista proporcionalidad, ponderación e integración. Como ya hemos visto, ha sido la doctrina del Tribunal Supremo la que ha procurado extender los espacios de protección directa del trabajador –por todas, la Sentencia 17 de marzo de 2006 (Rec. 832/2005) que incorpora la jubilación a las situaciones de alta de pleno derecho recogidas en el artículo 166.4 del TRLGSS– y reconducir los espacios de imputación de la responsabilidad empresarial (Sentencia de 8 de mayo de 1997, Rec. 3824/1996) aplicando los principios de la responsabilidad por daños e incorporado criterios de moderación y proporcionalidad.

Finalmente, y con los antecedentes referidos, no parece que la renovación del Pacto de Toledo –que debió renovarse en el año 2016–, y que seguramente se producirá en el 2018, aborde el tema de la responsabilidad empresarial, en la medida en que muy probablemente su núcleo central irá referido a los temas vinculados a la viabilidad financiera del sistema. Con todo, y así lo ha afirmado la doctrina¹⁷ “las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018”¹⁸ que dejan en la cuneta la reforma operada por la Ley 23/2013, plantea dudas sobre cómo el Pacto de Toledo intentará recomponer el necesario equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad”.

el caso de estructuras organizadas para la defraudación, el blanqueo de capitales, su ocultamiento en paraísos fiscales y otros delitos graves contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.”

¹⁵ CARRILLO MÁRQUEZ, D., “Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones. En el desasosiego y la esperanza”, en AA VV (Coordinador LÓPEZ-CHACARTEGUI), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Edit. Bomarzo, Albacete, 2005.

¹⁶ TORTUERO PLAZA, J.L. “O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario” (El derecho del trabajador a las prestaciones vs. la conducta fraudulenta del empresario)... op. cit, pág. 44.

¹⁷ Con rotundidad, TORTUERO afirma que “La muy criticada reforma del 2013 que incorporó a nuestro sistema de pensiones un nuevo índice de revalorización y el factor de sostenibilidad, ha quedado en la cuneta ante el miedo político de sus consecuencias electorales. Lamentablemente retrocedemos en la historia y las pensiones vuelven a ser un instrumento electoralista cargado de irresponsabilidad, donde todo vale, incluso poner en serio riesgo la viabilidad financiera del sistema, al romper el necesario y buscado equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad”. TORTUERO PLAZA, J.L. “De nuevo, el sistema de pensiones como arma electoralista”, *Revista Temas*, núm. 282/2018, pág. 23.

¹⁸ Los cambios que se incorporan a la Ley de Presupuestos 2018 son relevantes. Pasamos de aplicar una revalorización del 0,25 en aplicación de la Ley 23/2013 a un incremento general del 1,6 % y del 3% para las pensiones mínimas, con efectos de 1/2018. Igualmente se determina que para el 2019 el incremento será también del 1,6 %, salvo que hubiera acuerdo en la Comisión de seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo, sobre un nuevo sistema de revalorización. Igualmente, y dentro del pacto por los presupuestos del 2018, se determina la suspensión de la aplicación del factor de sostenibilidad, también creado por la Ley 23/2013, que entraría en vigor en enero del 2019. Parece que habrá suspensión hasta el 2023, a expensas de lo que establezca la LPGE, y no derogación.

2. LOS DESAJUSTES EN EL MARCO REGULADOR DE LA REPOSABILIDAD EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

Hemos venido denunciado la injustificada e inexplicable inactividad del legislador sobre la importantísima materia que nos ocupa. Sin embargo, de forma desconcertante, sin justificación explícita del legislador –tanto en la Ley como en el R.D. que analizaremos– y fuera de los contextos propios de referencia (Pacto de Toledo y Acuerdos con los interlocutores sociales)¹⁹ la cuestión de la responsabilidad en materia de prestaciones ha sido objeto de regulación especial y singular. La ordenación se centró tan solo en el régimen especial de Empleados de Hogar, hoy integrado en el régimen general como un sistema especial, siendo el objeto de regulación singular y parcial, al quedar vinculada al reconocimiento del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, aunque con ordenación jurídica completa, esto es, Ley reformadora y Real Decreto de desarrollo. Inaudito después de cuarenta y cuatro años de silencio legislativo.

La nueva ordenación está incorporada al vigente artículo 251.c) del TRLGSS y establece que: “con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167”.

2.1. Delimitación y encuadramiento de la reforma: los excesos de la norma reglamentaria

2.1.1. Los desajustes cronológicos entre la Ley y el Reglamento: derechos reconocidos y no ejercitables

El origen de la norma y lógicamente con idéntico texto, procede de la disposición final 3ª.9 de la Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para

¹⁹ La Exposición de Motivos del RD, silenciando cualquier referencia al tema de la “responsabilidad” utiliza como vía de conexión y justificación de la reforma, el histórico criterio de la homogeneización de los regímenes y su consideración por el Pacto de Toledo. Así se explicita que: Esta norma cabe enmarcarla en el proceso iniciado como consecuencia del denominado Pacto de Toledo de 1995, en su recomendación cuarta y sus posteriores actualizaciones en 2003 y 2011, que determinan un principio de homogeneización gradual de la regulación de los distintos regímenes especiales y una ampliación de las contingencias protegidas que debe culminar en una equiparación con la acción protectora del Régimen General. Desde esta perspectiva es de interés en trabajo de VICENTE PALACIO, A. “La simplificación de la estructura del Sistema de la Seguridad Social. El final diferido de un extenuante maratón todavía inacabado”, en *Revista Economía Española y Protección Social*, IV/2011, pág. 107-142. Sobre el proceso de convergencia de Regímenes de la Seguridad Social, vid. CABEZA PEREIRO, J.: “Convergencia entre regímenes de Seguridad Social”. *Temas Laborales*. 66/2002, LUJAN ALCARAZ, J. y SANCHEZ TRIGUERO, C.: “Los regímenes especiales de la Seguridad Social” AA.VV. (SEMPERE NAVARRO coord.) “El modelo social de la Constitución de 1978”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social”. *Tribuna Social*. Nº 131/ 2001; TORTUERO PLAZA, J. L. y PANIZO ROBLES, J. A.: “Estructura del sistema de la Seguridad Social. Convergencia entre Regímenes”. Fundación Alternativas. Serie *Documentos de Trabajo del Laboratorio*. Madrid. Junio. 2003 y, GARCIA MURCIA, J. “La estructura del sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”. *Foro de Seguridad Social*. Mayo 2007. Más recientemente, puede verse el trabajo de BARCELÓN COBEDO, S.: «El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto», en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, 2011, págs. 352 y 356.

2011²⁰, que incorporó una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera a la LGSS, por la que extendía, con efectos de 1-1-2011, la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Igualmente, en el número 3 de la referida norma se estableció que “con respecto a las contingencias a que se refiere la presente disposición, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 de la LGSS”. Su desarrollo reglamentario está contenido en el artículo 4 del R.D. 1596/2011, de 4 de noviembre, que de conformidad con lo dispuesto en su disposición final quinta entró en vigor el día 1 de enero de 2012²¹.

Como decíamos, la Ley tan solo contiene un mandato de ordenación legal (Disp. 53 LGSS y hoy art. 251.c) TRLGSS) expreso y tajante, a saber, expulsar de la aplicación del régimen de responsabilidades regulado en el artículo 126 LGSS (hoy art.167 TRLGSS) al Régimen Especial (hoy Sistema Especial) para Empleados de hogar en lo referente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La referida expulsión se produce con efectos de 1 de enero de 2011. El vacío legal propiciado queda a la espera de la ordenación derivada –reformas reglamentarias necesarias–, así como de la sustantiva del régimen de responsabilidades, que no se produce hasta la aprobación del R.D. 1596/2011, de 4 de noviembre, que entró en vigor el día 1 de enero de 2012²². La pregunta derivada es

²⁰ Ver al respecto, PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social al inicio de 2011 (comentarios a la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)”. *RTSS. CEF*. Núm. 335. Febrero. 2011.

²¹ Estudios completos de la nueva ordenación pueden verse en, GARCIA NINET, J.I. *Empleados de hogar. Nueva normativa reguladora de su régimen jurídico de Seguridad Social*. Atelier libros Jurídicos (2012). RUANO ALBERTOS, S. *El Régimen Jurídico de los empleados de hogar*, Atelier Libros Jurídicos, colección Atelier Laboral (2013). Con distintos enfoques, son de interés los trabajos de PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un Sistema Especial en la estructura del Sistema de la Seguridad Social”, *RTSS, CEF*, nº. 346, Enero 2011, FERNÁNDEZ ORRICO, F. “Primer intento de mejora en la gestión del sistema especial para empleados de hogar por RDL 29/2012, de 28 de diciembre”, *Revista de Justicia Laboral* núm. 53/2013; SELMA PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *Actualidad Laboral*, nº 2, 2012; BLASCO RASERO, C. “El sistema especial de empleados de hogar y el proceso de homogeneización”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4/2013; MIÑARRO GANINI, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Edit. Rius, 2013. RODRIGUEZ CARDO, I.A. “El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, 2013; BARCELÓN COBEDO, S.: «El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto», op.cit.; VELA DIAZ, R. “De la Ley 27/2011 al DR-Ley 29/2012 de Mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *Rev. Temas Laborales* núm. 121/201, págs. 125-150 y *El nuevo Régimen de las personas Empleadas de Hogar. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012, pág. 115 y ss.; MUÑOZ MOLINA, J. “Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados de hogar”, *Relaciones Laborales*, nº 4, Abril 2013, pag. 87; GALA DURÁN, C. “La protección en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012”. En AA.VV., *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones críticas*, Dykinson, Madrid, 2014; QUESADA SEGURA, R. “El Sistema Especial de Seguridad Social de personas empleadas de hogar, una reflexión crítica”, en AAVV. *Estudios sobre seguridad social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*. 2017, págs. 957-978.

²² De conformidad con la disp. final 5ª del Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar (BOE 2-12-2011), entrará en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

clara, ¿cuál fue la ordenación aplicable en el periodo transcurrido entre la Ley y el Reglamento, esto es, entre el 1-I-2011 y el 1-I-2012. La respuesta, aunque resulte increíble, es que no existió normativa aplicable a las nuevas contingencias reconocidas, y ello, a pesar de que era conocida la inaplicación directa de la Ley, como bien reconoce la exposición de motivos del R.D. citado explicitando que "... al objeto de hacer plenamente efectiva la nueva extensión de la acción protectora de las personas incluidas en el aludido Régimen Especial de Empleados de Hogar, se hace preciso proceder tanto a la adaptación de los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobados, respectivamente, por los Reales Decretos 84/1996, de 26 de enero, y 2064/1995, de 22 de diciembre". En definitiva, era necesario realizar toda una adaptación de los elementos de relación jurídica y cotización vinculados a la extensión de las contingencias profesionales²³. El resultado del retraso injustificado de la norma reglamentaria fue que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales reconocidos por Ley y producidos durante el periodo 1-I-2011 a 1-I-2012, serían calificados como contingencias comunes en aplicación del viejo Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regulaba el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar²⁴. La conclusión no es baladí, ya que las trabajadoras²⁵ incluidas en el régimen tenían reconocido por Ley la protección por riesgos profesionales y, sin embargo, los siniestros producidos se calificarían como comunes con una minoración del nivel de protección. Igualmente los titulares del hogar familiar continuaron durante este periodo asumiendo la responsabilidad de las prestaciones en los casos de incumplimientos de sus obligaciones en materia de seguridad social.

²³ La cuestión fue subrayada por la doctrina, así BLASCO RASERO afirma que "En este aspecto y aunque, según se señala en la misma DA, la ampliación de la cobertura del REEH a los riesgos profesionales habría de entrar en vigor el 1 de enero de 2011, no se ha hecho efectiva hasta un año después, en tanto que el Real Decreto 1596/2011, de 14 de noviembre, de desarrollo de la DA 53ª de la LGSS, por el que se tenían que hacer las adaptaciones necesarias en los Reglamentos generales de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos a la Seguridad Social, y, sobre cotización y liquidación de otros derechos del Sistema, entró en vigor el 1 de enero de 2012 (según se indica en la DF 5ª del mismo RD)" BLASCO RASERO, C. . El sistema especial de empleados de hogar y el proceso de homogeneización...op. cit., En este sentido, también, BARCELÓN COBEDO, S.: «La relación laboral del hogar familiar tras el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre. Con una breve aclaración sobre la protección social», *Aranzadi Social*, nº 1, 2012, págs. 43 y 44. (BIB 2012, 512).

²⁴ "Un análisis del Régimen Especial del Servicio Doméstico (denominación posteriormente sustituida por la de Régimen Especial de Empleados de Hogar)" en BLASCO LAHOZ, J.F.: "*Regímenes Especiales de la Seguridad Social*". Tirant lo Blanch 2004; GALA VALLEJO, C.: "*Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*", 2ª ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004; GORELLI HERNANDEZ, J.: "*Régimen Especial de Empleadas de Hogar*", en AA.VV. *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos. 9ª ed. Madrid. 2007; LUJAN ALCARAZ, J.: *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Aranzadi. Pamplona, 2000; TORTUERO PLAZA, J. L. y PANIZO ROBLES, J.A.: "Estructura del sistema de la Seguridad Social. Convergencia entre Regímenes" Fundación Alternativas. Serie *Documentos de Trabajo del Laboratorio*. Madrid. Junio. 2003 o VAL TENA, A.: "El Régimen Especial de seguridad Social de los empleados de hogar". *Tribuna Social*. Nº 207. Marzo 2008; SELMA PENALVA, A.: "La reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de empleados de hogar". *Foro de Seguridad Social*. Mayo 2008.

²⁵ Utilizamos el término femenino en la medida en que los incluidos en el régimen (Sistema especial) son en su inmensa mayoría mujeres. En efecto en mayo de 2018 de un total 417.753 afiliados, son mujeres 398.585 (95%) y hombres 19.156 (0,5%).

2.1.2. Efectos derivados de la elevación de rango de la norma reguladora y la dudosa legalidad de la ordenación

Conviene comenzar con alguna reflexión sobre el rango legal de la norma ordenadora y los efectos derivados. El régimen especial de Empleados de Hogar era de ordenación reglamentaria, según los términos del artículo 10 de los sucesivos Textos Refundidos, lo que en principio quiere decir que la reforma operada por la Ley 39/2010 podría haberse realizado por norma reglamentaria. No obstante, el legislador quiso elevar el rango de la ordenación e incorporarla a la LGSS, posiblemente para excluir la aplicación del artículo 126 LGSS (hoy 167) y ante la ya diseñada futura integración en el Régimen general. La opción legislativa no tiene efectos neutros, como veremos. No obstante, el tema es complejo y plantea no pocos interrogantes, que se hubieran reconducido con una ordenación más detallada. Sobre todo porque inmediatamente después la Ley 27/2011, de 1 de agosto, dispuso que con efectos 1-1-2012, el Régimen Especial de Empleados de Hogar quedaría integrado en el Régimen General²⁶ –reabriendo una tendencia consolidada²⁷ y prevista en los Pactos de Toledo–

²⁶ Entre el año 2011 y 2012 la afiliación se incrementó de 296.949 personas a 414.453. El proceso implicó aflorar empleo sumergido, pero también, y debido a la obligación de cotizar desde la primera hora de trabajo (en el Régimen Especial, no había obligación de alta ni cotización por un trabajo inferior a 72 horas mensuales) la afiliación, alta y cotización de relaciones laborales que hasta ese momento no se consideraban como tales.

El incremento de afiliación, por nacionalidades, fue principalmente de mujeres de nacionalidad española, 116.943 (un 42'3% más); en el caso de las mujeres nacionales de terceros países, el incremento fue del 16'9% (24.117 mujeres afiliadas más que en 2011) y las nacionales de la Unión Europea con un aumento del 83'9% pasaron de 22.958 afiliadas a 42.228 en 2012. La entrada en vigor de la nueva regulación cambió la tendencia de que las mujeres extranjeras supusieran más del 50% de la afiliación al Sistema Especial, y su número en términos absolutos va descendiendo cada año. Una de las explicaciones, el ya comentado acceso a la nacionalidad española y que, como consecuencia de la crisis económica y el desempleo, el trabajo doméstico haya actuado como sector refugio para mujeres de todas las nacionalidades que se han quedado desempleadas, que acceden al mercado laboral por primera vez o que se reincorporan al mismo. La crisis, también tiene reflejo en el gasto de los hogares: el gasto dedicado a salario ha ido disminuyendo progresivamente desde el año 2006, pero especialmente en el cambio del 2011 al 2012 mientras que desde el 2012 el gasto dedicado a la seguridad social del personal doméstico, duplica el gasto en este concepto en el año 2011.

Los datos del 2016 son los siguientes: total afiliados 426.765. de los cuales son mujeres 405.959, siendo españolas 230.272 (56,7 % sobre el total de mujeres). Total de mujeres extranjeras es de 175.687, de las cuales son mujeres UE 48.389 y 3º Estados 127.298. La cifra de afiliados mayor de la serie se sitúa en abril de 2017, alcanzado los 429,3, reduciéndose en mayo de 2018^a un total de 417.753 afiliados.

Desde otra perspectiva que aproximaría el volumen de trabajo irregular, la cifra aumenta hasta las 617.400 personas que aseguraban estar ocupadas en actividades del hogar como personal doméstico, según la Encuesta de Población Activa (EPA) relativa al segundo trimestre del año. En su mayor parte (541.300) eran mujeres.

Los datos han sido tomados de: UGT. Trabajo doméstico en España: Hogar y cuidados. <http://www.ugt.es/Publicaciones/Informe%20convenio%20189%20sexto%20aniversario.pdf>

Los datos actuales han sido tomados de:

http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/AfiliacionAltaTrabajadores/AfiliacionesAltaLaboral/Afiliacion_ultimo_d_a_del_mes/Afiliados_ultimo_d_a_del_mes_por_CC.AA._y_provincias._

²⁷ Así lo recoge a modo de síntesis PANIZO ROBLES al afirmar que “El ejercicio 2012 se inicia, respecto de la estructura del sistema Seguridad Social, con la integración de dos Regímenes Especiales en el Régimen General. El primero afecta a los trabajadores agrarios por cuenta ajena, que venían incorporados en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y que han pasado a integrarse en el Régimen General, de acuerdo con lo previsto en la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social. El segundo incide en las personas que prestan servicios en el hogar familiar y que estaban incorporados en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, las cuales, a partir del 1º de enero de 2012, pasan también a formar parte del Régimen General. Con este paso, se culmina un proceso de simplificación de la estructura de la Seguridad Social que, si bien con antecedentes previos, va tomar un impulso a partir de 1985 (con la integración de seis Regímenes Especiales), 1993 (con la integración en el Régimen General del Régimen Especial de Funcionarios de la Administración

(...)

mediante el establecimiento de un Sistema Especial para dicho colectivo de trabajadoras, con el alcance indicado en dicha disposición donde se vuelve a recoger la no aplicación del artículo 126 (hoy 167) sin ninguna delimitación de contenido sustitutorio.

La norma reguladora contiene a su vez una carta en blanco otorgada por la inaplicación del artículo 126 de la LGSS (hoy 16 TRLGSS). En efecto, la expulsión en la aplicación, unida a la ausencia de cualquier pauta de ordenación, pretendía de forma clara y rotunda permitir al reglamento crear un régimen jurídico *ex novo*, como así lo hizo.

La afirmación realizada y derivada de la ordenación legal, es en sí misma inaudita, dado el carácter de la materia, su tradicional regulación en la Ley y su vinculación con los artículos 41 y 53 CE. Este déficit de rango legal podría haber sido subsanado en la Ley 27/2011 que determinó la integración en el Régimen General, con las singularidades correspondientes y que además es cronológicamente anterior al R.D. 1596/2011. Como hemos visto, no fue así.

Las afirmaciones hechas no solo constituyen una crítica en términos de legalidad, sino que obliga, al menos en nuestra interpretación, a realizar una valoración restrictiva del R.D. en la medida de vincular su contenido de manera exclusiva a las materias singularizadas en la Ley

En efecto, el artículo 4 del R.D. 1596/2011 estableció que: "... cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven en virtud de lo establecido en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto".

El giro en la ordenación jurídica de los efectos del incumplimiento empresarial en materia de afiliación, alta y cotización, es radical hasta el punto que la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones derivadas de contingencias profesionales desaparece. De esta forma, los incumplimientos empresariales traen como consecuencia el mantenimiento (puesto que ya existían) de la correspondiente sanción administrativa vinculada a la gravedad de la infracción en los términos de la LISOS y de las cotizaciones exigibles. Consecuencia adicional es la ruptura con la vieja crítica de posible vulneración del

Local), 2008 (integración en el Régimen de Autónomos de los trabajadores agrarios por cuenta propia) o 2010 (integración en el Régimen General del Régimen de Clases Pasivas del Estado, en lo que se refiere a los funcionarios que inicien la relación de servicios desde el 1º de enero de 2011). PANIZO ROBLES, J. A. "La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social", *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. 346, 2011, pág.5.

Como bien destaca BARCELÓN, "este acercamiento al RGSS dentro del sistema público de tutela obedece a la doble opción legislativa por, en primer lugar, acortar las diferencias existentes entre los distintos Regímenes que lo integran, tomando como referente al RGSS; y por, en segundo lugar, simplificar la actual estructura del Sistema de Seguridad Social mediante la reducción gradual del número de los regímenes especiales que existen actualmente". BARCELÓN COBEDO, S.: «La relación laboral del hogar familiar tras el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre», op. cit. págs. 46.

principio *non bis in idem* que, como vimos, fue utilizado por el voto particular de la STS 1-II-2000 (Rec. 619/1999) para plantear la posible inconstitucionalidad del sistema de responsabilidades empresariales en materia de prestaciones por infracción del artículo 25 CE.

La crítica sobre la técnica jurídica utilizada parece razonable y plantea serias dudas de legalidad que se hubieran evitado si cualquiera de las Leyes implicadas en la ordenación hubiera asumido el contenido del R.D. o, al menos, hubieran fijado las pautas de ordenación con una habilitación expresa –y no genérica respecto de todas las peculiaridades– al desarrollo reglamentario.

2.1.3. Los vicios del Reglamento: exclusiones *contra legem* y sus efectos

Siguiendo el criterio anunciado de interpretación restrictiva del R.D. impuesto por las estipulaciones de la Ley, en el sentido de que la delegación reglamentaria genérica va referida única y exclusivamente a las materias singularizadas en la Ley –y no es por tanto una carta en blanco para subsanar lo no previsto–, procederemos a identificar aquellas materias incorporadas *ex novo* en el R.D., así como a justificar su carácter *contra legem*.

La regla general que reconoce el derecho directo a la protección tiene como excepción los supuestos de incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación y/o alta, cuando el obligado a solicitarlas es la propia trabajadora, de forma que el referido incumplimiento impedirá el acceso a las prestaciones (art. 4.3 RD 1596/2011). La regla desprotectora incorpora una singularidad no prevista en la Ley, convirtiendo a la norma reglamentaria en un precepto “*contra legem*”²⁸. Podría pensarse que la norma se apoya en las “obligaciones de la empleada” con asimilación al trabajador autónomo²⁹. Sin embargo, en el supuesto de empleadas de hogar con obligaciones propias –quienes presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador–, éstas no se desvinculan de los empleadores, al exigirse el “necesario acuerdo”. De igual manera los actos de encuadramiento también deberán ir firmados, en todo caso, por sus empleadores³⁰. Finalmente, si bien la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar en estos supuestos corresponderá a la propia empleada, son responsables subsidiarios el empleador o empleadores, salvo que éstos acrediten la entrega

²⁸ Como así lo mantiene RODRIGUEZ INIESTA al advertir que “el apartado tercero de la disposición adicional 53ª de la Ley es claro y terminante y si allí se dijo que no había aplicación del artículo 126 de la Ley ante contingencias profesionales, no parece que la norma reglamentaria pueda ir más lejos y atribuir responsabilidades donde la ley no las alcance”. Y continúa firmando “que este criterio incluso lo apoya en las previsiones de otra norma con rango de ley y cuya vigencia es posterior... Se trata de la disposición adicional 39 de la ley 27/2011... Que insiste en la no aplicación para las contingencias profesionales del régimen de responsabilidades prevista en el artículo 126 de la LGSS”, RODRIGUEZ INIESTA, G. “Ante incumplimientos empresariales del empleador doméstico (afiliación, alta y cotización) ¿cabe exigirle responsabilidad prestacional por contingencias profesionales?”, en AAVV. *La responsabilidad del Empresario*, Murcia, Ediciones Laborum, 2012, pág. 147.

²⁹ Sobre esta asimilación de los empleados de hogar, en ciertos aspectos, a los trabajadores autónomos, véase, entre otros: BARCELÓN COBEDO, S.: «El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto», op.cit. págs. 352 y 356.

³⁰ Art. 43 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, redactado por el número cuatro del artículo 2 del R.D.-Ley 29/2012, 28 diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social («B.O.E.» 31 diciembre), con efectos desde 1 de abril de 2013

de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho (art. 34 bis del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

Dada la presencia del empleador y su participación activa (acuerdo con la empleada, firma de los actos de encuadramiento y responsable subsidiario de la cotización), no cabe duda que el posible incumplimiento de las obligaciones por parte de la empleada, trae su causa, bien en una imposición del empleador, bien con su connivencia, o bien en una falta de la diligencia debida. La vinculación descrita entre empleador y empleada, así como la presencia de aquél con carácter obligatorio en los trámites de encuadramiento, rompen la posible asimilación con el trabajador autónomo³¹ y refuerzan la extralimitación de la norma reglamentaria.

Igualmente advierte la norma reglamentaria que “no será de aplicación a los empleados de hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la LGSS” (art.164 TRLGSS), como precisa el artículo 3.2 del RD 1596/2011.

Nuevamente, el precepto reglamentario plantea dudas sobre su legalidad. La Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011, elevó el rango de ordenación al incorporar su contenido en una nueva disposición adicional 53 de la LGSS, donde se especificaron las singularidades de ordenación, especialmente y con carácter único, como hemos visto, la no aplicación del régimen de responsabilidades regulado en el artículo 126 de la LGSS. La referencia contenida en el párrafo segundo del número 1 de la referida disposición adicional – “por las contingencias indicadas se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, están previstas para los trabajadores incluidos en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”–, no parece que permita a la norma reglamentaria incorporar una nueva exclusión de la importancia del “recargo” establecido en la Ley. Lo razonable y técnicamente correcto hubiera sido que la no aplicación se hubiera incorporado en la Ley, dada la singular vinculación entre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los incumplimientos del empleador en las medidas de prevención de riesgos laborales y el recargo de prestaciones. Materia esta ajena a la responsabilidad empresarial por incumplimientos de las obligaciones sobre relación jurídica y cotización y, por tanto, merecedora de mención especial por la Ley. Tampoco la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que integra el Régimen Especial en el General, con identificación de las peculiaridades, menciona la inaplicación del “recargo de prestaciones”. Y finalmente, tampoco lo hace el vigente artículo 251 del TRLGSS que de forma taxativa establece que “los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en este

³¹ La asimilación al trabajador autónomo tiene su reflejo en el propios art. 4.3 del RD al determinar que “(...) si el empleado de hogar ha cumplido tales obligaciones pero no se halla al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”.

Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades:...", donde no está la inaplicación del recargo³².

En definitiva, entendemos que desde una perspectiva técnico-jurídica la "no aplicación a las empleadas de hogar del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la LGSS" contenida en el artículo 3.2 del RD 1596/2011, es *contra legem*.

Sin perjuicio de la afirmación realizada, la exclusión en la Ley –y no en el Reglamento– podía tener elementos de justificación formal, no siempre pacíficos como veremos. En este sentido, habría que hacer referencia a normas claves. Por un lado, el artículo 3.4 de la ley 31/ 1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al establecer que "la presente ley tampoco será de aplicación a las relaciones laborales de carácter especial del servicio del hogar familiar". No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene". El mandato de la Ley tiene su reflejo en el artículo 7.2 del R.D. 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, que dispone en términos genéricos que "el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico"³³. La ordenación no ha escapado a la crítica doctrinal, señalando que "una de las deficiencias más relevantes del R.D. referido es el deficiente tratamiento de los deberes y responsabilidades en materia

³² Artículo 251 Acción protectora. Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en este Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades:

- a) El subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive.
- b) El pago de subsidio por incapacidad temporal causado por los trabajadores incluidos en este sistema especial se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.
- c) Con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167.
- d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.

³³ Aplicado la normativa precedente contenida en el art. 13 del RD 1424/1985, la STSJ de Baleares 1281/2005, de 2-11-2005, afirmaba que: "Tratándose de la relación especial del servicio del hogar familiar la deuda de seguridad no tiene el alcance previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo art. 3.4 se excluye de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no pudiendo exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma para los empresarios en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, aunque el art.13 del RD 1424/85 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LPRL, en los que ordena al empresario la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud, debiendo preverse incluso las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador".

de prevención de riesgos laborales...”³⁴, al resultar los deberes del empleador de absoluta vaguedad y lo contradictorio que resulta con las notas de claridad y concreción...”³⁵. Si bien la mejora en la ordenación jurídica es notable, la singularidad de los términos y espacios –exclusivos y excluyentes– en que se produce la prestación de servicios, no termina de encontrar una fórmula de garantía adecuada y proporcional.

Posiblemente, la no aplicación de la Ley 31/1995 habría permitido la incorporación al TRLGSS (art. 251) de la inaplicación del recargo³⁶.

Por otro lado y en la medida en que normalmente la actividad de la empleada se desarrolla en el hogar familiar del titular, el artículo 13 de Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que entre las facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su condición de autoridad pública y para el desempeño de sus competencias, está “...entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo”. Pero al mismo tiempo advierte que “...si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”, en armonía con la inviolabilidad del domicilio reconocida en el artículo 18.2 CE.

No cabe duda de que la actividad laboral de la empleada en el hogar constituye un factor de riesgo generador de siniestralidad³⁷ e igualmente es merecedora de una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo, no siendo causas suficientes para su minimización las singularidades del empleador y del lugar de ejecución³⁸ como bien advierte la OIT³⁹.

³⁴ Sobre esta relación laboral, como obra clásica es obligada la referencia a QUESADA SEGURA, R. *El contrato de servicio doméstico*, Wolters Kluwer, 1991. Para la ordenación actual pueden verse entre otros los trabajos de LLANO SANCHEZ, M. “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, en *Actualidad Laboral* número 6/2012 y DESDENTADO DAROCA, E. “Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España”, *Investigaciones Feministas* Vol. 7 Núm. 1 (2016) 129-148 <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/viewFile/52060/48750> ;

PANIZO ROBLES, J. A. “La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 346, 2011, op. cit.; MIÑARO SANCHEZ, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar*...op. cit.; RUANO ALBERTOS, S. *El Régimen Jurídico de los empleados de hogar*, op. cit; BARCELÓN COBEDO, S. La relación laboral del servicio del hogar familiar...op. cit; LOPEZ GANDIA J. y TOSCANI GIMENEZ, D. *El nuevo régimen laboral y de la Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Albacete, edit. BOMARZO, 2012.

³⁵ MIÑARRO YANINI, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar*...op. cit, pag.41

³⁶ En el supuesto de que la ley delegante, como es el caso, autorice al gobierno para “regular, aclarar o armonizar” los textos a refundir, no cabe duda, como ha afirmado el TCO, que esta función “le habilita [al Gobierno] para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático” (STC 166/2007, de 4 de julio), respetando las exigencias del artículo 82 CE. En este orden y por la vía de la inaplicación de la Ley de Prevención, hubiera permitido incorporar al TRLGSS (art. 251) la no aplicación del recargo.

³⁷ Véase al respecto los sucesivos informes DADO (Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio), elaborado por el Instituto Nacional de Consumo.

³⁸ Por ello, se señalaba que la desprotección de las personas que prestaban servicios en el hogar familiar era debida, de una parte, al mantenimiento de un sistema de cobertura de los riesgos sociales que había perdido su razón de ser, y, de otra, a las dificultades existentes en el control sobre el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social (al desarrollarse los servicios en un ámbito –el hogar familiar– sobre los que operan los (...)

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que debió ser la Ley y no el Reglamento, el vehículo jurídico que determinara la inaplicación del recargo de prestaciones regulado en el artículo 164 TRLGSS, de lo que deriva la calificación de *contra legem* del artículo 3.2 del R.D. 1596/2011.

Una última reflexión globalizadora que permite apreciar como la sucesión normativa sobre la materia no deja de plantear interrogantes. Sin perjuicio de entender que la exclusión del recargo en el artículo 3.2 del RD 1596/2011 es *contra legem* por constituir una materia reservada a la Ley y no al reglamento y, también sin perjuicio de entender que existían razones para su exclusión, la sucesión normativa plantea problemas de aplicación. Como vimos, la exclusión del recargo es silenciada –además de en la norma de origen– por la Ley 27/2011, ordenadora de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General mediante la creación de un Sistema especial, que identifica las peculiaridades de la integración. Finalmente, tampoco la exclusión del recargo aparece en el artículo 251 del vigente TRLGSS, donde nuevamente se identifican las peculiaridades de ordenación. La conclusión es que la norma aplicable es el referido artículo 251 y como norma de desarrollo estará vigente el R.D. 1596/2011, en lo que no se oponga a la Ley.

Si entendíamos que la exclusión del recargo en el R.D. 1596/2011 era *contra legem* y además entendemos que su ordenación se opone a las previsiones del artículo 251 del TRLGSS, la conclusión lógica sería que el recargo de prestaciones previsto en el artículo 164 de la referida norma es plenamente aplicable al Sistema Especial de Empleados de Hogar.

La conclusión referida nos conduce a otro espacio de delimitación. En efecto, el recargo es aplicable cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se actualizan como consecuencia del incumplimiento –infracciones– de las medidas de prevención de riesgos laborales y salud laboral. Sin embargo, como también vimos, la Ley 31/1995, excluye de su aplicación “las relaciones laborales de carácter especial del servicio del hogar familiar”. En definitiva, el espacio de obligaciones/incumplimientos/infracciones se situaría en los genéricos términos de los artículos 3.4 de la Ley 31/1995 y 7.2 del R.D. 1620/2011, que establecen que “el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo

derechos constitucionales de intimidad personal y familiar y de inviolabilidad del domicilio), con las dificultades para garantizar que la cobertura social fuese efectiva. Vid. SELMA PENALVA, A. “*La reforma del régimen especial...*” op. cit. El mismo autor se ha referido, en un trabajo posterior, “...a las dificultades que pueden tener los órganos del Estado para comprobar la efectividad de unos servicios que se prestan dentro de domicilios particulares y, frente a esas dificultades, las posibilidades de fraude y de mantenimiento o incluso proliferación de situaciones de economía sumergida (al respecto, véase, por ejemplo: SELMA PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *Actualidad Laboral*, nº 2, 2012, págs. 160 y 161).

³⁹ A este respecto ver Convenio OIT 189 de 2011 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, así como el Informe IV Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Conferencia internacional del Trabajo, 99ª reunión 2010. Su contenido y análisis en los términos del texto es utilizado acertadamente como instrumento de integración por RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar...op. cit.*, págs., 93-94. Igualmente, como bien subraya RUANO, la Recomendación número 201 de la OIT, señala la posibilidad de considerar las condiciones a establecer por los Ministros bajo las cuales los inspectores estarían autorizados a entrar en los lugares en los que se realice el trabajo, con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones aplicables al trabajo doméstico, pero siempre con el debido respeto a la privacidad del hogar, pág.129.

doméstico”. La amplitud, generalidad y falta de concreción de las obligaciones referidas dificultan la aplicación del recargo, que por su construcción jurídica exige espacios de identificación indubitada. Por tanto, la inseguridad jurídica es absoluta.

De las reflexiones anteriores habría que concluir en la necesidad de incorporar la exclusión del recargo en el artículo 251 del TRLGSS.

Parece instalarse como costumbre, que la Ley cumpla las funciones de reglamento y que los reglamentos cumplan las funciones de la Ley, esto es, incorporen materias no recogidas en la Ley y que exigen el rango adecuado. En ocasiones, el reglamento busca enlaces competenciales en la ley, aunque no siempre adecuados y suficientes; en otras, suponemos que a sabiendas de su falta de competencia, ni siquiera se articula el enlace. En definitiva se trata de lo que podíamos denominar “una invasión de competencias descendente y ascendente”, si bien como es obvio adquiere relevancia jurídica la invasión ascendente, que incorpora una tacha de ilegalidad. En definitiva, en materia de seguridad social, cada vez es más frecuente el “*totum revolutum* competencial”⁴⁰.

2.2. Ámbito de aplicación y efectos derivados de la inaplicación del sistema general de responsabilidades empresariales

La terminología utilizada por las distintas normas que han intervenido en la configuración e integración del régimen especial, exige realizar algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación de la inaplicación de régimen general de responsabilidades, así como sus efectos.

En efecto, sea cual sea el incumplimiento empresarial (por tanto, todos), la trabajadora tiene un derecho directo frente a la entidad gestora en orden al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, esto es, subsidios por incapacidad temporal y prestaciones e indemnizaciones por incapacidad permanente y muerte y supervivencia; prestaciones por contingencias profesionales que se unen a las ya existentes de riesgo durante el embarazo y la lactancia (Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, art.1). Lo referido exige una matización importante.

⁴⁰ Así lo puse de manifiesto, referido a la incapacidad temporal en MORENO ROMERO, F. *Claroscuros de las normas modernizadoras de la gestión y control de la incapacidad temporal*, ponencia presentada al XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS (Brasil, 2015), pág. 42

<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/n99xp553/Ow9ym7WLSu521uP2.pdf>

Con valoración similar, GOMEZ GORDILLO afirma que “con demasiada frecuencia, la Seguridad Social resulta terreno fértil para el desorden normativo, que aporta a los operadores jurídicos, a los afiliados y a los beneficiarios de prestaciones un espacio de inseguridad jurídica que no responde a la sistemática exigible a un marco normativo de tanta relevancia y que contradice paradójicamente su propia denominación como sistema jurídico de «Seguridad» Social. Cuando a los típicos problemas de sucesión normativa se adiciona una actividad normativa reglamentaria poco escrupulosa con el respeto de los márgenes de actuación reconocidos al poder ejecutivo en el desarrollo y ejecución de la normativa legal o, lo que resulta aún más grave, la imposición de obligaciones no previstas en las normas mediante la elaboración de disposiciones administrativas carentes de naturaleza normativa elaboradas por órganos sin potestad reglamentaria, la materialización de derechos que afectan a colectivos necesitados de la protección del Sistema se produce en un entorno de arbitrariedad que repugna al Estado de Derecho”. GOMEZ GORDILLO, R. “Responsabilidad del INSS en el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 501/2012 de 17 febrero (AS 2012, 651)”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 10/2013.

Aunque el R.D. 1596/2011, refiere básicamente a la ordenación del impacto producido por la incorporación al ámbito de protección del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, cuando ordena el régimen aplicable a los casos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, utiliza la expresión “contingencias profesionales” – y no accidente de trabajo y la enfermedad profesional–, lo que quiere decir que en la nueva ordenación quedan integradas las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, que así son calificadas por los artículos 186 y 189 del TRLGSS, al determinar que “tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales”. En definitiva, la delimitación de todas las contingencias integradas en la nueva ordenación, alcanza a todas las de carácter profesional. Otra interpretación –qué sería posible dada la deficiente técnica legislativa⁴¹– nos llevaría al absurdo de aplicar distintos regímenes dependiendo de si la contingencia profesional es accidente de trabajo y enfermedad profesional, o es riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Sin perjuicio del análisis que realizaremos en el epígrafe siguiente, caben anticipar ciertos efectos derivados del nuevo régimen de responsabilidades por contingencias profesionales, así como la identificación de ciertos desajustes de ordenación.

Uno de los efectos derivados de la no aplicación del régimen común de responsabilidades del empresario en materia de prestaciones, alcanza a la cuantía de la prestación. En efecto, con la aplicación del régimen común, en los supuestos de automaticidad que llevan implícito el anticipo de prestaciones, el anticipo, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante (art. 167.3 TRLGSS). Por el contrario, la nueva ordenación para las contingencias profesionales establece que en los supuestos en que el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán “las prestaciones económicas que le correspondan a éste” (art. 4.2 RD 1596/2011). La diferencia en la ordenación implica que ahora en las contingencias profesionales se reconocerá la prestación que corresponda aplicando la normativa de cada prestación, sin someter la cuantía a ningún límite, ya que al ser inaplicable el artículo 167, desaparece en su estructura organizativa la técnica del anticipo. Sin duda constituye un beneficio para la trabajadora, cuya aplicación le afecta en exclusividad –como el propio régimen de responsabilidades– respecto de la totalidad de los trabajadores por cuenta ajena del sistema. Por tanto y a pesar del carácter omnicompreensivo del límite del anticipo con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones, decae en su aplicación en los supuestos de responsabilidad directa y

⁴¹ Decía en el texto que otra interpretación era posible aunque absurda, dada la deficiente técnica jurídica empleada por las normas. Veamos el *iter* en la ordenación. Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011, incorporó una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera a la LGSS, por la que extendía, con efectos 1-1-2011, la acción protectora por “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar. Por su parte, la disp. ad.53.3, establece que “con respecto a las contingencias a que se refiere la presente disposición – las únicas mencionadas son accidentes de trabajo y enfermedades profesionales-, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio”. Este sería el origen de la confusión (o de la interpretación que excluiría a las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y la lactancia), que sin embargo es subsanado tanto por el artículo 4 del RD 1596/2011, como por la ley 27/2011, al incorporar ambas normas en su ordenación la expresión “contingencias profesionales”, que hoy lógicamente se mantiene 251.c) del TRLGSS.

única de la entidad gestora o colaboradora, respecto a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, que como vimos son todas las derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional y riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Si bien parece obvio entender que la inaplicación del sistema de responsabilidades del artículo 167 del TRLGSS –que lleva implícita las normas vigentes con rango reglamentario de la LSS.1966 y la doctrina jurisprudencial aplicable– unido al reconocimiento directo de las prestaciones en las contingencias profesionales, tiene efectos universales, conviene ejemplificar su alcance, con un doble objetivo, a saber, identificar las reglas que no son aplicables a las contingencias profesionales y que, a su vez, sí son aplicables a las contingencias comunes.

En el orden referido decae la aplicación –con el doble alcance anunciado– de los instrumentos de moderación o modulación de la responsabilidad empresarial, puesto que ya no existe. Así, por un lado, decae la importante construcción jurisprudencial sobre la valoración de los incumplimientos en materia de cotización, diferenciando si se trata de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, o, por el contrario, se trata de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotización⁴². Y por otro, igualmente pierde valor la doctrina sobre la infracotización⁴³. Junto a ellos, también decae el indeterminado periodo de imputación de responsabilidad empresarial.

⁴² En la STS 20 de enero de 2003 (RJ 2004\1332) podemos encontrar una sistematización bastante exhaustiva del criterio seguido por la jurisprudencia hasta ese momento: “La Sala ha mantenido en sus últimos tiempos criterios generales bastante claros, que se concretan en los dos siguientes; a saber: a) Que la responsabilidad en estos casos está en función de la duración de los descubiertos en atención al período de seguro correspondiente al trabajador afectado, de forma que sólo cuando el período en descubierto es "expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar" debe imputarse esa responsabilidad prestacional a la empresa, lo que no se producirá cuando se trate de "incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios" en cuanto que por serlo no obedecen a una voluntad de incumplir aquella obligación legal de cotizar, sino a otras circunstancias accidentales no constitutivas de incumplimiento determinante de responsabilidad. La Sala ha distinguido, en definitiva, entre incumplimiento doloso o incumplimiento negligente o fortuito, siendo en tal sentido como en diversas sentencias ha considerado que la empresa era responsable - así en STS 1-2-2000 (Rec.- 694/99) en que el descubierto era sólo de siete meses pero eran los únicos siete meses de relación laboral del trabajador con la empresa -; STS 21-2- 2000 (Rec.-71/99) en que la falta de cotización alcanzaba a un año y diez meses; STS 18-9-2000 (Rec.-3745/99) en un supuesto en el que el período de descubierto fue superior a dos años; STS 15-12-2000 (Rec.- 4348/99) contemplando casi cuatro años de descubierto; STS 5-2-2001 (Rec.- 2122/00) con cerca de tres años de descubiertos; STS 12-2-2001 (Rec.-131/2000) con un descubierto de dos años y tres meses; STS 5-3-2991 (Rec.-4606/99) en el que la empresa sólo había abonado un mes dentro del período de los doce meses anteriores que eran los únicos trabajados desde que había sido dado de alta en la empresa; STS 20-3- 2001 (Rec.- 594/00) con más de doce años en descubierto; STS 21-3-2001 (Rec.- 2187/2000) con más de dos años de descubiertos; STS 5-4-2001 (Rec.-1838/2000) con más de cinco años de descubierto; STS 28-6- 2001 (Rec.- 3412/00) contemplando treinta y cuatro meses de falta de cotización; o STS 17-9-2001 (Rec.-1824/2000) con descubiertos de más de dos años inmediatamente anteriores al accidente. Siendo importante, como puede apreciarse, no solo la duración del incumplimiento sino su duración proporcional al período de aseguramiento y su relación de inmediatez temporal con el accidente...”

⁴³ Este criterio es conforme a la reiterada jurisprudencia dictada en materia de responsabilidad empresarial por infracotización, de la que podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 26-11-2012 (Rec. 3614/2011), específicamente referida a materia de diferencias de cotización, que resumió: "...siguiendo la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en la sentencia de contraste, sentencia de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9038), Rec. 1798/05, que debe ser respetada por razones de seguridad jurídica y por no apreciarse razón alguna que aconseje un cambio jurisprudencial. La citada sentencia establece: "La regla general que se desprende de los (...)

De esta forma, sea cual sea el periodo descubierto y la adaptación entre la cotización y el salario, la entidad responsable deberá reconocer y hacer frente al pago de la prestación calculada conforme a las cotizaciones realizadas o las que debió realizar el titular del hogar familiar, si fueran superiores.

En la medida en que la única responsabilidad del empresario infractor, y sin perjuicio de la correspondiente sanción, es el abono de las cotizaciones debidas y no prescritas en su vinculación con el salario debido, hubiera parecido razonable actuar sobre los plazos prescriptivos de las cotizaciones u otro instrumento similar que impida el fraude y garantice la recaudación. La eliminación del sistema de responsabilidades en materia de prestaciones –aunque sea parcial como en el Sistema Especial que analizamos– debe ir vinculado al establecimiento de elementos de garantía sobre la exigibilidad de las cotizaciones y así lo ha propuesto la doctrina ofreciendo instrumentos razonablemente adecuados⁴⁴.

2.3. Luces y sombras sobre la finalidad de la reforma

Desde la perspectiva de su construcción jurídica, el nuevo sistema de responsabilidades por contingencias profesionales determina, como reconoció la doctrina⁴⁵, que se desvinculen las exigencias impuestas al empresario (afiliación/alta y cotización) del derecho del trabajador a obtener la prestación correspondiente del sistema público, rompiendo así el *sinlagma* tradicional y separando las relaciones entre la seguridad social y empresario y la seguridad social y el trabajador. Sin duda, esta construcción encaja de forma más ortodoxa con el mandato constitucional del artículo 41 CE.

mencionados preceptos es la de la responsabilidad directa del empresario que haya incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social, entre ellas las de cotización, sin perjuicio del anticipo por parte de la entidad gestora correspondiente. Ante la falta de desarrollo reglamentario de los arts. 126 y 127 de la LGSS (RCL 2015, 1700), la jurisprudencia a entendido vigentes los arts. 94, 95 y 96 de la Ley de la Seguridad Social de 1966, integrados por la interpretación que dicha jurisprudencia ha realizado de tales preceptos. Y así como para el caso de falta de ingreso de las cotizaciones (art. 94.2 b), el número 4 del siguiente art. 95 dispone que "podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores.", nada se especifica para el supuesto de que se cotice por una base inferior a la que corresponda (infracotización), salvo lo dispuesto en el art. 94.2 c, que determina el alcance de la responsabilidad empresarial en este supuesto en el abono a su cargo de "la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la Seguridad Social por las cuotas efectivamente ingresadas". Por ello, la doctrina de esta Sala ha ido fijando los supuestos en que procede atemperar la responsabilidad empresarial, distinguiéndose según se trate de prestaciones derivadas de accidente laboral o de enfermedad común, y en función de la repercusión del incumplimiento empresarial sobre los requisitos de acceso a la protección, señalando que esa moderación de la responsabilidad para cuando la infracción de cotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social (véase nuestra sentencia de 16 de junio de 2005 (RJ 2005, 7324), recurso n.º 3332/03). Conclusión que tiene su lógica puesto que la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca solamente la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada".

⁴⁴ Algunas de las propuestas referidas en el texto pueden verse en TORTUERO PLAZA, J.L. "O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario" (El derecho del trabajador a las prestaciones vs. la conducta fraudulenta del empresario)... *op. cit.* págs 80 y ss.

⁴⁵ Un estudio completo de estas teorías y sus implicaciones, en BLASCO PELLICER, A. "Configuración dogmática del sistema de responsabilidades..." *op. cit.* págs. 78 y ss.

Esta nueva ordenación deja fuera todos los elementos de construcción legal y jurisprudencial de la responsabilidad empresarial, aunque limitada a las contingencias profesionales, lo que quiere decir que en materia de contingencias comunes sigue siendo aplicable el régimen de responsabilidad general.

Es complejo entender las razones que han motivado esta ordenación tan singular que transforma radicalmente el sistema de responsabilidades, únicamente para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales –o mejor dicho para las contingencias profesionales– y solo para el Régimen (Sistema especial) de Empleados de Hogar. Podría pensarse que lo acotado constituía una especie de “laboratorio de pruebas” para su futura extensión o universalización, sin embargo, transcurridos más de seis años desde su implantación, ninguna reforma se ha producido. Postergada, de momento la referida justificación, múltiples pueden ser las posibles explicaciones. Ya me referí a la protección de la trabajadora. De igual forma pudo estar presente la singular posición del empresario (titular del hogar familiar) y su capacidad económica para responder a la responsabilidad en materia de prestaciones. No obstante, no debemos obviar el perfil del sujeto incumplidor, titular del hogar familiar con ingresos suficientes –clase media/alta– para poder contratar la empleada de hogar, así como la finalidad de situarse en la actividad irregular, bajos salarios, anulación de derechos...⁴⁶. En este espacio la conducta del empleador del hogar no difiere de la del resto de los empresarios. En todo caso, la justificación vinculada a la capacidad económica del empleador se diluye –aunque sea parcialmente– al mantenerse el régimen general de responsabilidad derivado de contingencias comunes.

Por lo que refiere a la selección de las contingencias de carácter profesional, también cabe realizar algunas consideraciones.

Tradicionalmente, las referidas contingencias han sido cubiertas con el máximo nivel de perfeccionamiento, siendo aplicables la condición de alta de pleno derecho y su derivada, la denominada automaticidad absoluta de las prestaciones. Ambas figuras tienen como finalidad proteger al trabajador en los supuestos de contingencias profesionales y ante los incumplimientos del empresario respecto a las obligaciones de afiliación, alta y cotización. No obstante, este mecanismo de protección no libera al empresario de sus responsabilidades. En este sentido, el artículo 166.4 del TRLGSS establece que “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones”. Igualmente, y sin perjuicio del anticipo de las prestaciones por parte de la entidad correspondiente, el artículo 94.2.a) de la LSS.66, tras determinar la responsabilidad del empresario advierte que “sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno derecho establecida (...)”.

⁴⁶ Esta identidad es resaltada por PANIZO al advertir sobre “... las singularidades económicas del colectivo de personas que llevan a cabo su actividad en el hogar familiar, así como la generalización de la precariedad y la economía informal, ponían de relieve la existencia de una inequidad social, que estaba acrecentada por la debilidad de su cobertura, proyectándose, de manera especial, en la población inmigrante” PANIZO ROBLES, JA. “La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, op. cit., con cita de VILLAR CAÑADAS, I. M.: “Seguridad Social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial Empleadas/os de Hogar”. Relaciones Laborales. Nº 18/2011.

La extensión de la acción protectora del Régimen (Sistema especial) de Empleado de Hogar, incorporando la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, llevaba implícito –ya lo era para las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y la lactancia– la regla de aplicación del sistema de responsabilidades del empresario con los instrumentos de perfeccionamiento referidos, alta de pleno derecho y automaticidad absoluta de las prestaciones. Por tanto, en estos términos la protección del empleado quedaba asegurada pero el empresario incumplidor no queda liberado de su responsabilidad, debiendo responder al pago de las prestaciones anticipadas por la entidad gestora y en su caso constituir en la TGSS el capital coste necesario para que se proceda con él al abono de las correspondientes prestaciones. Este sistema de responsabilidad decae con la no aplicación del artículo 167 TRLGSS, en los términos del artículo 251.c). Sistema que es sustituido por el “reconocimiento directo de las prestaciones que correspondan” de conformidad con el artículo 4 del R.D. 1596/2011.

Las dos modalidades descritas aplicables a las contingencias profesionales, alta de pleno derecho y automaticidad absoluta de las prestaciones para todos los trabajadores por cuenta ajena y reconocimiento directo de las prestaciones para las trabajadoras del Sistema Espacial de Empleados de Hogar, tienen elementos convergentes. El punto de partida es la ausencia de afiliación, alta y cotización, lo que normalmente va asociado a la prestación de servicios en régimen irregular. Pues bien, en ambos supuestos y una vez actualizado el accidente de trabajo –por ejemplo– de la trabajadora “supuestamente protegida en el nivel máximo” deberá acreditar la existencia de su relación laboral con el empleador, como determinante de su inclusión en el régimen correspondiente de la seguridad social, que generalmente concluirá con una sentencia firme en sentido positivo o negativo. Junto a esta peregrinación judicial, aparece la segunda, acreditar que el accidente sufrido por el trabajador es de trabajo⁴⁷. Durante todo este calvario, el trabajador sometido a trabajo irregular, sin recursos económicos, obligado a transitar por el largo proceso judicial y con el máximo nivel de protección, se encuentra desprotegido.

Parece claro, como ya advirtió la doctrina⁴⁸, que la construcción normativa ofrece tan solo una “imagen teórica de protección” que únicamente se consolida en una segunda fase, esto es, cuando queda acreditada la existencia de la relación laboral y el carácter profesional

⁴⁷ Aunque referidas a la anterior regulación, son ilustrativas las reflexiones de GARCÍA VIÑA, que ponen de manifiesta la complejidad en la identidad de los elementos que condicionan la calificación jurídica, GARCÍA VIÑA, J.: ¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?. *Tribuna Social*. Nº 207. 2008, así como los análisis jurisprudenciales al hilo de la calificación jurídica que realiza en *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados de hogar*, Comares, 2009, págs. 16 y ss. En esta misma línea al hilo de la STSJ de Navarra de 15 de junio de 2001, citada y comentada en SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: “El papel de la jurisprudencia en el desarrollo jurídico del servicio doméstico”. *Tribuna Social*. Nº 207. Marzo 2008; así como en relación a la STS de 21 de octubre de 2008, ver el análisis de GARCÍA PAREDES, M.L.: “Relación laboral especial de empleados de hogar. Requisitos”. *Actualidad Laboral*. Febrero. 2009.

⁴⁸ Un ejemplo paradigmático es el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, RUCD 703/2014 (JUR 2015, 189347), comentada por TORTUERO PLAZA, J.L. en la Sección de Diálogos con la Jurisprudencia, *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*, núm. 53, 2017, págs. 65-68, quien afirma que “La conducta ilícita y reprochable del empresario deja al trabajador accidentado «solo ante el peligro» y le convierte en protagonista de su propio destino. A partir del siniestro comienza el calvario judicial, calificación de la relación jurídica, calificación del siniestro, como laboral o no, búsqueda del aparato protector, vinculación de la protección a la calificación del siniestro... Calvario al que además se incorporan, como sujetos añadidos con talante no pacífico, las entidades encargadas de proporcionar la protección del trabajador”, pág. 65.

del siniestro. Podríamos pensar que el reconocimiento directo de las prestaciones –sin vinculación, por tanto, al régimen de alta de pleno derecho y automaticidad absoluta– previsto en el Sistema especial de empleados de hogar salva el calvario/peregrinar referido, al separar e individualizar la relación entre la trabajadora y la seguridad social en la materia que nos ocupa. Sin embargo, esto es solo un espejismo. En efecto, las puertas de entrada están, primero, en la delimitación del ámbito de aplicación del R.D. 1620/2011 regulador de la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, lo que determinará su inclusión en el Sistema Especial, y segundo, la calificación de accidente como de trabajo. Por tanto, calvario y desprotección están aseguradas hasta alcanzar las calificaciones jurídicas referidas tanto a la relación laboral, como al carácter profesional de la contingencia, siendo las víctimas en origen las trabajadoras obligadas a situarse en el trabajo irregular⁴⁹.

Con carácter general y, consecuentemente, para todo el Sistema, deberían flexibilizarse los términos exigibles para garantizar la protección desde el momento inicial y sin perjuicio de los oportunos ajustes posteriores –calificaciones referidas–, dada la caracterización de los trabajadores situados obligatoriamente en la irregularidad⁵⁰. Si bien la mejora en la ordenación jurídica es notable, la singularidad de los términos y espacios –exclusivos y excluyentes– en que se produce la prestación de servicios⁵¹, no termina de encontrar una fórmula de garantía adecuada y proporcional.

En este orden, sería perfectamente posible establecer con carácter general, esto es, para todos los trabajadores – y especialmente para las trabajadoras del Sistema especial, dadas las dificultades de prueba– un sistema de anticipo que diera contenido real de protección inmediata y en tanto se producen las oportunas calificaciones jurídicas, a las consecuencias de los siniestros que afectan a los trabajadores situados obligatoriamente en la irregularidad.

⁴⁹ Aunque mucho hemos avanzado, “dentro de las actividades comprendidas bajo el término trabajo informal unido a trabajo feminizado podemos citar tres grandes categorías: ...las trabajadoras domésticas...” QUESADA SEGURA, R. “Género y trabajo informal”, en AA.VV. Derecho Social y trabajo informal (Directores: MONEREO PEREZ y PERÁN QUESADA) Edit. Comares, 2016, pág. 169. En el mismo sentido BARCELÓN fotografía el colectivo al afirmar que “se trata, además, de un sector fuertemente feminizado y que, en la actualidad, cuenta con un importante número de trabajadoras en situación de precariedad, propiciado, en gran medida, por el alto volumen de empleadas de hogar en situación irregular; lo que las sitúa extramuros de cualquiera de los instrumentos de control, laborales y de seguridad social”. BARCELÓN COBEDO, S.: “La relación laboral del hogar familiar tras el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.”, op. cit. pág. 50.

⁵⁰ En este sentido TORTUERO, afirma que “Aunque con buena intención, el precepto de la LGSS se quedó corto, en la medida en que limita indirectamente el espacio protector, al referirse a «...los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del régimen general...», dejando fuera (o exigiendo una primera o previa calificación para su integración en...) a los trabajadores instalados en la marginalidad por decisión y conveniencia del empleador. No parece que la pomposidad de las viejas expresiones contenidas en la LGSS (alta de pleno derecho y su efecto la automaticidad absoluta de las prestaciones) con una finalidad protectora absoluta en los riesgos con conexión profesional, ante los incumplimientos empresariales, vengam condicionados por la exigencia de una sucesión de calificaciones previas, laboralidad y accidente de trabajo. Esta interpretación minimiza sus efectos y los desvincula del estado de necesidad a proteger. En cualquier caso, el espíritu del «alta de pleno derecho» debe ser interpretado como principio informador, al tiempo que impone obligaciones «activas» para la entidad responsable”, TORTUERO PLAZA, J. L. en Sección de Diálogos con la Jurisprudencia, *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*, op.cit. pág. 66.

⁵¹ Así se observa en el meticuloso y detallado estudio, normativo, jurisprudencial y teórico realizado por RUANO ALBERTOS, S. *El régimen jurídico de los empleados de hogar...op. cit.* págs.43-69.

A modo de conclusión, podemos afirmar que, una vez centrados los espacios de desprotección del trabajador, el principal objetivo de la reforma fue liberar al empleador de las responsabilidades económicas vinculadas a los incumplimientos de sus obligaciones, tanto en materia de relación jurídica y cotización, como en materia de riesgos laborales, al menos en lo referente al recargo de prestación, del que ya advertimos sobre su posible consideración de *contra legem*. Así, las responsabilidades del empleador se circunscriben a la deuda por cotizaciones no prescritas, incluidos los recargos e intereses, así como a la correspondiente sanción en los términos de la LISOS⁵².

Con todo y como ya hemos dicho, el alcance conclusivo es limitado, ya que se mantiene la aplicación del sistema general de responsabilidades en orden a las prestaciones para todas las contingencias no profesiones o de carácter común, donde la aplicación de los instrumentos de perfeccionamiento –alta de pleno derecho y automaticidad– quedan minusvalorados.

⁵² En similares términos se pronuncia TORTUERO PLAZA, al afirmar que “Por tanto, está claro que, sin perjuicio del importantísimo componente teórico o de modelo que construye la norma –no sé si era su intención-, su finalidad no es otra que liberar al titular del hogar familiar de la carga de la responsabilidad en materia de prestaciones, reconduciendo su espacio al mero cumplimiento de sus obligaciones con los efectos derivados, cotizaciones, recargos, intereses, sanciones administrativas...” en TORTUERO PLAZA, J.L. “O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario” (El derecho del trabajador a las prestaciones VERSUS la conducta fraudulenta del empresario)... *op. cit.* pág.60

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

Cuestión de Justicia –reparadora–: Un paso más hacia la
reparación íntegra del daño causado en accidente de trabajo.
(SSTS de 7 de marzo de 2018)

Question of Justice -restorative-: One more step towards the
complete compensation of the damage caused in an accident at
work.
(SCSC of 7th March, 2018)

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

*PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE JAÉN*

Resumen

La cuestión sobre la que versa la presente Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina, se concreta en determinar si procede o no añadir a la indemnización reconocida en concepto de daños y perjuicios causados en accidente de trabajo, y en su caso en qué proporción, la mejora voluntaria derivada del convenio colectivo aplicable. Con este pronunciamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene a aportar mayores dosis de clarificación conceptual en un ámbito especialmente necesitado de ello, como es el de la justicia reparadora de los daños causados en accidente de trabajo, ante incumplimientos empresariales de medidas de seguridad, al tiempo que se inscribe en el objetivo de lograr reforzar la dimensión preventiva o disuasoria de esta justicia reparadora.

Abstract

The question on the present Judgement of the Social Chamber of the Supreme Court issued in unification of doctrine, is confined to determining whether or not to add to the recognised compensation for damages and losses caused by an accident at work, and in its case in what proportion, the voluntary improvement derived from the applicable collective agreement. With this pronouncement, the Social Chamber of the Supreme Court comes to provide a greater dose of conceptual clarification in an area that is in particular need of it, such as the restorative justice for damages caused in an accident at work, in the event of business non-compliance with safety measures, while it ascribes to the objective of reinforcing the preventive or dissuasive dimension of this restorative justice.

Palabras clave

daño moral; lucro cesante; compensación; prestaciones voluntarias

Keywords

Moral damage; loss of earnings; compensation; voluntary benefits

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Tradicionalmente los distintos sistemas de valoración de responsabilidad que hemos venido conociendo en nuestro Ordenamiento jurídico, ante daños profesionales derivados de incumplimientos culposos del empresario, han venido centrándose en la función reparadora de los mismos, olvidando la importante dimensión preventiva y disuasoria de tales incumplimientos que estos sistemas deben cumplir, como requisito de su propia eficacia, y ello con el fin de asegurar que resulte más leve para el empresario la propia reparación del daño causado que adoptar las medidas preventivas destinadas a evitarlo. Precisamente, es en

la reparación del daño moral donde más evidente ha venido resultando esta limitación resarcitoria de nuestro sistema de valoración.

Se ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial entre los partidarios de atribuir a la indemnización económica por el daño causado una finalidad eminentemente reparadora y compensatoria del mismo, y quienes consideraban que debían existir otras indemnizaciones adicionales que diesen satisfacción a aquella finalidad disuasoria y preventiva.

Este debate ya quedó resuelto por la propia jurisprudencia del TJUE, el cual en su Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (C. 407-2014) considera que la finalidad preventiva resulta inherente a la reparación, con independencia del medio que se utilice para ello. Por tanto, ante el incumplimiento empresarial debe garantizarse la reparación real o íntegra del daño producido, lo cual exige contemplar la doble dimensión de la indemnización por los daños causados, tanto reparadora como preventiva, capaz esta última de crear el efecto disuasorio que conduzca a garantizar un nivel óptimo de prevención¹.

Sin embargo, y pese a ser claro el posicionamiento del Tribunal Europeo en esta cuestión de justicia reparadora de los daños culposos, no ha sido del todo pacífica su recepción en sede jurisdiccional social en nuestro país, de tal modo que, según decidiera el juzgador seguir un criterio u otro, se obtenían indemnizaciones muy diferentes, dando incluso lugar a indemnizaciones de cuantía inferior en supuestos de infracciones de una mayor gravedad. Precisamente, es en este contexto en el que se inscribe la reciente jurisprudencia de la Sala IV del TS que viene a reforzar en sus distintos pronunciamientos el valor preventivo de la reparación del daño, de la cual, la Sentencia objeto de este comentario es una clara expresión.

2. RELATO DE HECHOS PROBADOS

Esta significativa sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en adelante SSTS) 255/2018, de 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016), cuyo ponente ha sido el Magistrado Blasco Pellicer, tiene por objeto resolver el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, contra la sentencia de 1 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, (rec. suplicación núm. 827/2015).

Según el relato de hechos probados, el trabajador sufre un accidente de trabajo durante su internamiento en un Centro Penitenciario, mientras prestaba servicios en relación laboral de carácter especial, en el taller de carpintería metálica sito en el referido Centro, gestionado por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, en colaboración con la empresa Divencli Climatización, S.L.

El mismo día en que tiene lugar dicho accidente de trabajo, 24 de mayo de 2012, se inicia situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, percibiendo el trabajador el subsidio correspondiente de la Mutua Fremap, con la que la Administración

¹ MOLINA NAVARRETE, C. *Nueva indemnización por daño profesional: mejoras y límites del "nuevo baremo"*. Bomarzo. Albacete. 2016. Pág. 107-121.

empleadora tenía concertada la cobertura de las contingencias profesionales. Por resolución de 28 de enero de 2013, el INSS declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo.

Tras llevarse a cabo un expediente de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el actor, éste concluyó con la declaración de responsabilidad empresarial en dicho accidente y la consiguiente procedencia de un recargo del 40% en las prestaciones económicas otorgadas por el Sistema de Seguridad Social, con cargo exclusivo al Organismo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo².

Ante esta circunstancia, el trabajador interpuso demanda de reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo contra el Organismo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias y contra la empresa colaboradora encargada de la gestión del taller del centro penitenciario, basándose en la infracción en que habían incurrido de la normativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Esta indemnización fue calculada por el demandante en 165.126,62 euros, aplicando los módulos indemnizatorios introducidos en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que modificó el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, sobre responsabilidad civil y seguro en la Circulación de Vehículos de Motor³. Quizás no esté de más recordar que este viejo baremo fue sustituido por un nuevo sistema de valoración de daños integrables mediante Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en vigor desde el 1 de enero de 2016. Los efectos de este nuevo sistema de valoración no sólo conllevan una mejorada indemnización adicional por daños profesionales culposos, sino que además han

² Recordemos en este sentido, que la SSTS ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la fecha a partir de la cual, debe entenderse que nace esta obligación de recargo de prestaciones, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2016 (RJ/2016/4891), núm. 753/2016, que estima parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3346/2015. Ponente: GULLÓN RODRÍGUEZ. Sentencia comentada por MARQUEZ PRIETO, A. “Efectos económicos del recargo de prestaciones. Fecha de inicio de los Efectos Económicos del Recargo de Prestaciones (al hilo de la STS de 20-9-2016)”. *Revista Derecho de la Seguridad Social. Laborum*. Nº 11. 2016. Pág. 41-47.

³ Se trata éste de un sistema de baremación que ha venido siendo aplicado con carácter general por el juzgador de lo social y que, pese a las múltiples críticas que ha venido recibiendo, en el concreto ámbito de la valoración de los daños morales, presenta la ventaja de aportar una respuesta objetiva a la necesidad de valoración de los mismos, la cual quedaba sujeta normalmente “al subjetivismo más absoluto”. En este sentido debemos tener presente que resulta siempre difícil de acometer la tarea de valorar, cuantificar el daño causado, más aún el daño moral, pues si bien las pruebas practicadas pueden evidenciar la existencia del mismo, normalmente no aportan seguridad sobre la equivalencia económica que debe corresponderle para conseguir su completo resarcimiento, lo cual, exigiría un juicio de valor a realizar por el juzgador de lo social. De este modo, aun admitiendo las dificultades que entraña la elaboración de un sistema de valoración de daño, lo cierto es que, sobre todo cuando se trata de daños morales, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración que pudiera efectuar el órgano judicial, con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Vid. LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M “Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante”. *Revista de la Asociación Española de abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. 2015. Nº 54. Pág. 9-18

tenido el efecto de provocar una obligada corrección de buena parte de la jurisprudencia social precedente⁴.

Siguiendo con nuestro análisis, la demanda del trabajador fue estimada en parte por sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de diciembre de 2015, condenando solidariamente a las demandadas a abonar al actor, como indemnización de daños y perjuicios por el accidente de trabajo sufrido, la cantidad de 131.054,74 euros, más 9.450,30 euros en concepto de intereses. Para el cálculo de esta indemnización, la Sala toma en consideración las prestaciones de Seguridad Social percibidas por el trabajador, respecto del factor de corrección del 10% por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal como lucro cesante, cifrado en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y las cantidades satisfechas por prestaciones de incapacidad temporal⁵. Y lo mismo respecto a las indemnizaciones correspondiente por secuelas, habiéndose tomado en consideración las prestaciones de Seguridad Social (la pensión de IPT) en relación con el factor de corrección por perjuicios económicos (del 10% en atención a los ingresos de la víctima, conforme a la tabla IV).

Con base en el art. 27 del Convenio Colectivo para las actividades de siderometalúrgica de Salamanca y provincia para los años 2010 a 2012, que resultaba aplicable a la relación laboral especial que ligaba a las partes, las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, quedaban obligadas a suscribir una póliza de accidentes de trabajo con el fin de garantizar a cada trabajador una indemnización de 28.000 euros en el año 2010 y 29.000 en el año 2011 en caso de muerte, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o incapacidad permanente total, como consecuencia de accidente de trabajo y, en caso de no cumplir este requisito, las empresas responderían del abono de la mencionada indemnización.

Inicialmente esta pretensión fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia, absolviendo a las demandadas, sentencia ésta que fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicha Sala, en sentencia de 1 de diciembre de 2015, estimó el recurso de suplicación sobre cantidad contra el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias y Divencli Climatización SL, condenando solidariamente a las citadas partes a abonar al recurrente la suma de 28.322,63 euros.

⁴ MOLINA NAVARRETE, C. *Nueva indemnización por daño profesional: Mejoras y límites del “nuevo baremo”*. op. cit. Pág. 14

⁵ Precisamente una de las más reiteradas críticas formuladas contra el establecimiento de este sistema de valoración trataba de poner de manifiesto que este baremo no valoraba suficientemente el lucro cesante, cuestión esta sobre la que tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en sus sentencias núm.42/2003, de 3 de marzo, y 222/2004, de 29 de noviembre, entendiéndose que la reparación del lucro cesante se canaliza a través de los factores correctores de la Tabla IV del baremo y que la cantidad indemnizatoria resultante de la aplicación de esos factores correctores no puede tacharse de confiscatoria, mientras el perjudicado no solicite y obtenga el máximo posible de las indemnizaciones complementarias por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, según el tramo que corresponda a su situación, y, simultáneamente, demuestre cumplidamente que la suma obtenida no basta para resarcir el lucro cesante que ha sufrido y probado en el proceso.

Por el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias se formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina, que resuelve la presente sentencia, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en fecha 24 de junio de 2014, (rec. nº 359/2014).

Por tanto, la cuestión sobre la que versa la presente SSTS se concreta en determinar si procede o no añadir, y en su caso, en que proporción, a la indemnización reconocida en concepto de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, el importe de la cantidad que debió asegurarse por parte de las empresas, según la previsión establecida en el convenio colectivo aplicable.

3. DEBATE EN SEDE JURISDICCIONAL SOBRE LA FINALIDAD INDEMNIZATORIA DEL DAÑO CAUSADO: REPARACIÓN VERSUS PREVENCIÓN

De esta forma la SSTS viene resolver en unificación de doctrina el debate existente entre diferentes pronunciamientos judiciales en relación a la consideración indemnizatoria que merecen las mejoras voluntarias de la indemnización por los daños y perjuicios causados por incumplimiento doloso del empresario, el cual ha venido discutiendo entre las posiciones favorables a considerar que la misma cumple una función preventiva y disuasoria, que como tal resulta imposible compensar u obviar, y aquellas otras que por el contrario, entienden que cumple una función meramente reparadora del daño causado, por lo que resultaría íntegramente compensable en la indemnización por daños que ya hubiese sido reconocida.

Precisamente, esta última posición fue la defendida por el Juzgado de instancia que le llevó a desestimar la demanda del actor en la que suplicaba se condenase a las demandadas a abonarle la cantidad de 29.000 euros en concepto de mejoras complementarias de Seguridad Social establecidas en el convenio colectivo de aplicación. Para ello el juzgador partía de la consideración de que lo percibido por prestaciones sociales y mejora de las mismas, resultaba compensable con la parte de la indemnización reconocida por lucro cesante. En virtud de ello, y dado el efecto de cosa juzgada que había alcanzado la sentencia que establecía la indemnización de daños y perjuicios, atendiendo a que en la misma ya se había indemnizado el lucro cesante, y en aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, determinó la desestimación de la demanda.

Recurrida en suplicación esta sentencia, la STJ de la Comunidad Valenciana de 1 de diciembre de 2015, estimó parcialmente el recurso formulado por el actor y condenó solidariamente a ambas demandadas al pago de la suma de 28.332,63 euros. Al cálculo de esta cantidad llega la Sala tras deducir de la cantidad reclamada prevista en el convenio en concepto de mejora voluntaria (29.000€), la parte que ya compensó el lucro cesante en el total de la indemnización reconocida en concepto de daños y perjuicios, que ascendía a 677,37€. En este sentido, entiende la Sala que la cantidad reclamada, al derivar de una obligación plasmada en el convenio aplicable con la naturaleza de mejora voluntaria de la Seguridad Social, resulta compatible con la indemnización de daños y perjuicios percibida y complementaria a ella, lo que supone que del total reclamado por el actor, debe restarse lo que ya hubiese percibido de otras fuentes por el mismo concepto. Esta deducción sólo se

puede efectuar, como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia Sala IV de 17 de febrero de 2015 (rec. 1219/2014), entre conceptos homogéneos, teniendo esta consideración la partida que compensa el lucro cesante, calculado en el supuesto que nos ocupa en 677,37€, por lo que sería ésta, a juicio del TSJ valenciano, la cantidad a deducir del total reclamado por el actor en concepto de mejora voluntaria derivada de convenio colectivo.

Ante este pronunciamiento del TSJ de la Comunidad Valenciana, el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias formula recurso en el que denuncia, al amparo del artículo 207 e) LRJS, infracción de los artículos 1101,1103 y 1902 Código Civil, en relación con el artículo 27 del Convenio Colectivo de aplicación. Para acreditar la contradicción aporta, como hemos indicado, la STJ de Castilla y León –sede de Burgos– de 24 de junio de 2014, (rec. nº 359/2014). En este caso, el recurrente de duplicación planteó la compensación de lo percibido por la póliza de seguro colectivo. La Sala, compartiendo el criterio del Juez de instancia, llega a la conclusión de que se trataba de conceptos homogéneos susceptibles de compensación, de modo que la mejora voluntaria de la Seguridad Social debía quedar compensada con la indemnización adicional de daños y perjuicios percibida como consecuencia del accidente de trabajo.

Sobre esta cuestión, como la propia Sala IV recuerda ahora en su Sentencia de 7 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse anteriormente, si bien en sentido contrario al postulado ahora por el recurrente. En efecto, en la STS de 13 de octubre de 2014, (rcud. 2843/2014), con fundamento en la STS del pleno de la sala de 23 de junio de 2014, (rcud. 1257/2013), el Alto Tribunal sentó como doctrina que la indemnización derivada de una previsión convencional, como la contemplada en la sentencia recurrida, no resulta compensable con la indemnización de daños y perjuicios derivada del accidente de trabajo, al obedecer a conceptos indemnizatorios diferentes y no homogéneos.

Esta importante doctrina de nuestra Sala Social del Tribunal Supremo, es reiterada ahora por la propia Sentencia de 7 de marzo 2018, de la que cabe destacar los siguientes aspectos:

1).- Respecto del lucro cesante:

a) Al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la Incapacidad Permanente deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones que persiguen una finalidad disuasoria/preventiva.

En este sentido, la Sala Social de nuestro Alto Tribunal viene a profundizar en la línea jurisprudencial que, desde hace tiempo y sin que esté exenta de destacadas interpretaciones controvertidas, viene mostrándose favorable a reforzar esta finalidad disuasoria y preventiva del recargo de prestaciones. Buena prueba del carácter controvertido que esta doctrina del

Tribunal Supremo la encontramos en sus significativas sentencias de 4 de marzo de 2015⁶ y 23 marzo de este mismo año 2015⁷.

b) La regla general a seguir es, por tanto, la equivalencia entre la prestación reconocida, a la que habrá que añadir en su caso la mejora voluntaria, y el lucro cesante. De esta regla general se excepcionan los casos en que queda acreditada la existencia de perjuicios superiores.

c) En estos supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior, por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras, el déficit de ingresos que por tal concepto sea atribuible a la Incapacidad Permanente necesariamente ha de capitalizarse, para así resarcir la pérdida económica vitalicia que la discapacidad conlleva para el trabajador.

d) Si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social, con las mejoras en su caso, también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos, teniendo en cuenta futuras posibilidades reales por nuevo empleo, caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.

2).- Por lo que respecta al daño moral, se produce un importante cambio en la doctrina jurisprudencial que había venido manteniéndose hasta el momento.

En este ámbito de los daños morales la doctrina jurisprudencial se ha visto modificada, optando por un criterio aperturista hacia su indemnización, más flexible que el

⁶ En este pronunciamiento afirma la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que no habría admitir un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa condenada a su abono, y ello debido al carácter sancionador que presenta el recargo, el cual hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable. No estaríamos por tanto, ante una prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente, sino ante una pena o sanción cuya imputación sólo resulta atribuible a la empresa incumplidora. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. “El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad”. *Revista Derecho de la Seguridad Social. Laborum. Monográfico extraordinario de Doctrina Judicial sobre Seguridad Social*. 2015. Pág. 85-92.

⁷ En esta ocasión, el supuesto sometido a la consideración de la Sala es un caso de sucesión de empresas, materia sobre la que viene a producirse una importante modificación de la doctrina anteriormente mantenida por el Alto Tribunal. En efecto, y tomando como base la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 marzo 2015 (Asunto C-343/13), la Sala IV rectifica su doctrina consolidada respecto de la transmisibilidad, en los casos de sucesión de empresas, del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, impuesto a la empresa sucedida por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, cuando la conducta infractora se hubiese producido en fecha anterior a la realización de la sucesión, optando de este modo por una interpretación controvertida a la hora de colmar las insuficiencias del ordenamiento socio-laboral, en orden a proteger los derechos de los trabajadores en los casos de transmisión empresarial. En efecto, el nuevo criterio adoptado por la Sala 4ª Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2015 entiende que los supuestos de sucesión empresarial no están previstos expresamente en la regulación actual del recargo, tratándose por tanto de una laguna legal que debe ser completada con los preceptos propios de la legislación de Seguridad Social, en concreto mediante la aplicación del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015), lo que le lleva a mantener la transmisibilidad en este caso de la responsabilidad por recargo.

consignado anteriormente y más acorde con la doctrina constitucional, al que se califica de inherente y unido a la vulneración del derecho fundamental⁸.

La legislación social ha dado tradicionalmente satisfacción al lucro cesante mediante la concesión de prestaciones económicas por incapacidad permanente en sus distintos grados. A esas prestaciones económicas suelen añadirse las mejoras de las mismas que se pactan individual o colectivamente. Dado que estas prestaciones y las mejoras reconocidas en su caso, compensan por la pérdida de la capacidad de ganancia que la incapacidad permanente comporta, y dado que ambas son financiadas por el empresario, es por lo que hasta este momento, la jurisprudencia de la Sala IV venía entendiendo compensable, en todo o en parte, la indemnización reconocida por lucro cesante con lo cobrado por el perjudicado en concepto de prestaciones básicas y complementarias.

Sin embargo, la Sala 4ª viene a adoptar en esta Sentencia un importante cambio en su doctrina jurisprudencial. En concreto, se trata del aspecto primordial sometido a la consideración de la STS en este recurso de casación, y sobre el que esta Sala viene ahora a entender que el factor corrector de la Tabla IV “incapacidad permanente para la ocupación habitual”– exclusivamente atiende al daño moral que supone para un trabajador la propia situación de incapacidad permanente, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente, en la cuantía que el Tribunal determine, entre el máximo y mínimo que al efecto establece en ese apartado el baremo, como reparación del indicado daño moral.

En aplicación de la anterior doctrina, la STS de 17 de febrero de 2015, (rcud. 1219/2014) reitera el criterio según el cual, una vez calculados los daños morales con arreglo al baremo de accidentes de tráfico, de la cuantía así obtenida no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento empresarial de la mismas. Y, la más reciente STS de 12 de septiembre de 2017, (rcud 1855/2015), con fundamento en la jurisprudencia anterior, acaba proclamando que el factor corrector de la tabla IV del baremo de accidentes de tráfico, alude exclusivamente al daño moral y debe percibirse íntegramente, sin que de su importe pueda deducirse cantidad alguna, por imputación a incapacidad ya compensada mediante prestaciones de la Seguridad Social o mejoras voluntarias de éstas. De este modo, calculados los daños morales con arreglo al baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas, y ello con independencia de que tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad o a las lesiones permanentes.

La naturaleza compleja de la indemnización por los daños causados viene desde hace tiempo, siendo puesta de manifiesto por un importante sector de la doctrina laboralista, defendiendo su doble dimensión: punitiva/reparadora y preventiva/disuasoria, habiendo

⁸ SANCHÁ SAINZ, M. “El daño moral en los derechos fundamentales. Últimos pronunciamientos”. *Revista El Derecho*. https://www.elderecho.com/tribuna/laboral/dano-moral-derechos-fundamentales-jurisprudencia-orden-social-soft-law_11_1090930001.html consultada el 12 de julio 2018.

precisamente demostrado este tipo de sanciones complejas su mayor eficacia para atender a los fines perseguidos⁹.

En este sentido, esta Sentencia del Tribunal Supremo se inscribe en la línea jurisprudencial, ya iniciada, de reforzar el efecto económico de la mejora voluntaria de las prestaciones, en su finalidad preventiva/punitiva, aportando al mismo tiempo una visión mucho más clara respecto a conceptos que resultan homogéneos, y por tanto compensables, de aquellos que por no responder a la misma finalidad, no es posible considerar como tales.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo resuelve en esta Sentencia, dictada en unificación de doctrina, el carácter que resulta atribuible a las mejoras voluntarias pactadas en convenio colectivo, ante los supuestos de reparación del daño causado por incumplimiento culposo del empresario, entrando a resolver la cuestión de si tales mejoras resultan compensables con la partida reconocida en concepto de lucro cesante, pero no con la totalidad de la indemnización de daños y perjuicios percibida como consecuencia del accidente de trabajo, o si por el contrario, estas mejoras cabe entenderlas homogéneas y como tales cabe su compensación y descuento íntegro del montante total de la indemnización por daños reconocida al trabajador.

Ante esta cuestión, la Sala de lo Social se decanta claramente por la no compensación de ambas partidas, en la línea mantenida por nuestra doctrina jurisprudencial de lograr el objetivo de reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo, ante el incumplimiento de medidas preventivas en que haya incurrido el empleador, ya que, optar por la alternativa de entender compensable la mejora voluntaria con la indemnización por daños, resultaría contraria a los intereses del perjudicado y favorable en cambio a los intereses de la parte infractora.

Podemos concluir así que este pronunciamiento viene a profundizar en la línea iniciada por la Sala Social del Tribunal Supremo de dotar de un mayor esclarecimiento al ámbito de la reparación del daño moral, no sólo aportando elementos para superar sus deficiencias conceptuales, sino, lo que es más importante, de justicia reparadora, en un intento de revalorizar la función preventiva del sistema de reparación del daño.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid. Civitas. 1992. Págs. 22-89. Del mismo autor “La responsabilidad de Seguridad Social. El supuesto especial del recargo de prestaciones”. *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*. Nº 1. 2004. Págs. 11-25; “La responsabilidad especial del recargo de prestaciones. Configuración y Régimen Jurídico”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.), *Tratado Práctico a la Legislación Reguladora de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Granada. Comares. 2005. Págs. 747-762.; MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El recargo de prestaciones y la nueva doctrina jurisprudencial. Una reflexión crítica a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y de 23 de marzo de 2015”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. 12. 2015. págs. 89-97; MOLINA NAVARRETE, C. *Nueva Indemnización por daño profesional: mejoras y límites del “nuevo baremo”*. Bomarzo. Albacete. 2016.

La influencia de la violencia de género para el acceso a la pensión de viudedad a la luz de los pronunciamientos judiciales

The influence of gender-based violence on access to a widow's pension in the light of legal pronouncements

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

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

FRANCISCO XABIERE GÓMEZ GARCÍA

PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN DEL ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

La violencia de género se extiende a diversas áreas de la vida de las mujeres, afectando a su actividad laboral e influenciando también al sistema de prestaciones de Seguridad Social, particularmente a una pensión tan feminizada como la de viudedad. Los cambios en los usos sociales referentes a las relaciones familiares y de pareja han provocado ciertas distorsiones en la protección de los supervivientes, en especial entre las mujeres víctimas de violencia de género. Es imprescindible comprobar si se puede mejorar la tutela de las mismas y la atención a sus posibles situaciones de necesidad.

Abstract

Gender-based violence extends to different areas of women's lives, affecting their work activity and also influencing the Social Security benefits system, particularly a pension as feminised as the widow's pension. Changes in social customs regarding family and couple relationships have caused certain distortions in the protection of survivors, especially among women who are victims of gender-based violence. It is essential to check if we can improve the protections for them and the attention to their possible situations of need.

Palabras clave

Violencia de género; viuda; pensión; pareja de hecho; reconciliación

Keywords

Gender-based violence; widow; pension; de facto couple; reconciliation

1. APROXIMACIÓN A LA ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL ORDENAMIENTO SOCIAL

Nadie puede poner en duda que la violencia ejercida sobre las mujeres, por parte de quienes han mantenido o sostienen con ellas una relación afectiva, es un problema real –hoy más vigente que nunca, tal y como demuestra un mero acercamiento a la estadística¹– necesitado de soluciones efectivas. Siguiendo las recomendaciones de las instancias europeas y los organismos internacionales, y tomando en cuenta la posición real de desventaja de las mujeres agredidas (capaz de justificar la adopción de medidas de acción positiva), la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia

¹ Las cifras oficiales revelan que, en el año 2017, hubo 49 casos (otros 3 están todavía bajo investigación) de asesinadas por sus cónyuges, excónyuges o relaciones similares de afectividad. GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *Datos estadísticos provisionales de víctimas mortales por violencia de género durante 2017 en España*.

de Género (LPIVG), vino a atacar con firmeza tales deleznable comportamientos con proyección sobre múltiples facetas de la vida cotidiana de las víctimas y su entorno, incluida, por lo que a este estudio importa, la esfera laboral y de Seguridad Social, articulando un conjunto de medidas tendentes a garantizar de forma global, plena y coherente, la protección de las mujeres maltratadas, convirtiéndolas en titulares de un amplio abanico de derechos atinentes a la prevención, educación, asistencia social o represión penal y, cómo no, de una serie de prerrogativas sociales², conformando a la postre una estrategia dirigida no «contra este fenómeno, sino sobre los resultados del mismo»³.

Descendiendo a la tutela ofrecida en lo que concierne a la independencia económica de la mujer maltratada, la LPIVG se refiere tanto a medidas que pretenden la incorporación al mundo laboral de féminas víctimas de violencia de género como a las que se orientan al mantenimiento de su puesto de trabajo, acompañadas de aquellas otras tendentes a garantizar la solvencia económica de la víctima mediante determinados auxilios. Sin restar importancia a toda esta batería de medidas, es menester añadir que este impulso tutelar fue refrendado también por otras disposiciones legales, entre ellas, la encargada de regular el acceso a la pensión de viudedad a la que tienen derecho las mujeres cuando la relación matrimonial en la que germinó la violencia se rompe⁴. De gran interés es la reforma, introducida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en el tenor del 174.2 LGSS/1994 (actual art. 220.2 LGSS), en aras a reconocer el derecho a las pensiones de viudedad a las víctimas de violencia de género separadas o divorciadas del causante, aun cuando no fueran beneficiarias de pensión compensatoria⁵, previsión que concita la atención de la STS 27 junio 2017 (rec. 3803/2015), fundamento del presente estudio y que ha permitido extrapolar sus consideraciones para mejorar el acceso a la pensión de viudedad por mujeres víctimas de violencia de género, evitando situaciones de desprotección.

² SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: “Incidencia en el ámbito laboral de la violencia de género”, en VV.AA (DE HOYOS SANCHO, M., Dir.): *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 791 y ss.

³ VILA TIERNO, F.: “Medidas de mantenimiento de empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en VV.AA (QUESADA SEGURA, R., Dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009, pág. 251.

⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Pensión de viudedad y «violencia machista». El enfoque de género desde la interpretación (Comentario a la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 7 de marzo de 2017, rec. núm. 1027/2916”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 410, 2017, pág. 149.

⁵ Con anterioridad a esta intervención normativa, algunos tribunales ya habían entendido que no era necesaria la existencia de pensión compensatoria ponderando los derechos fundamentales en juego, tales como la integridad psicofísica de las víctimas o la prohibición de discriminación por razón de sexo, SSTSJ Cantabria 22 enero 2009 (rec. 1108/2008) y 4 febrero 2009 (rec. 1193/2008) o STSJ Galicia 11 noviembre 2011 (rec. 125/2009). En cambio, otros pronunciamientos seguían la literalidad de la norma anterior: STSJ Extremadura 22 octubre 2009 (rec. 462/2009) o STSJ Madrid 25 octubre 2009 (rec. 2537/2009). Tras la reforma legal, SSTSJ 26 enero 2011 (rec. 4587/2009), 19 julio 2012 (rec. 3671/2011) y 5 febrero 2013 (rec. 929/2012). También, STSJ País Vasco 31 enero 2012 (rec. 3154/2011); STSJ Andalucía, Málaga 15 noviembre 2012 (rec. 1460/2012); STSJ Extremadura 5 diciembre 2012 (rec. 491/2012); STSJ Murcia 10 diciembre 2012 (rec. 572/2012); SSTSJ Madrid 26 junio 2013 (rec. 6917/2012) y 28 junio 2013 (rec. 6294/2012); STSJ Castilla y León, Burgos 12 febrero 2013 (rec. 53/2013); SSTSJ Galicia 4 abril 2013 (rec. 5106/2010) y 22 marzo 2013 (rec. 852/2010); o SSTSJ Cataluña 26 noviembre 2013 (rec. 3939/2013) y 8 enero 2014 (rec. 3566/2013).

2. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 27 JUNIO 2017 (REC. 3803/2015)

El supuesto de hecho originador del litigio judicial se refiere a una mujer que, después de cuatro años de matrimonio, solicita orden de protección y medida de alejamiento frente a su esposo, de quien acaba divorciándose el 16-5-2008. Con posterioridad concluye el proceso penal contra su exmarido, dictándose condena como autor responsable de un delito de maltrato en el ámbito familiar y por una falta de vejaciones, pese a lo cual la mujer decide reconciliarse con él y acaban solicitando al registro correspondiente su inscripción como pareja de hecho el 27-9-2011.

Tras la muerte de su pareja el 31-8-2013, solicita la actora pensión de viudedad ante el INSS, que se la deniega por incumplimiento del requisito del art. 221.2 LGSS, el cual exige, para el acceso a la pensión de viudedad de la persona superviviente de la pareja de hecho, que la inscripción en el registro se produzca con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Frente a dicha resolución, la mujer interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 12-11-2013.

3. EL *ITER* JUDICIAL

Denegada la reclamación previa, presenta la actora demanda frente al INSS ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Pontevedra, cuya sentencia de 30 junio de 2014 (autos 867/13) declara el derecho al percibo de la pensión de viudedad.

3.1. Las posiciones de las partes

Sustenta su derecho la demandante en base al art. 220.1 LGSS, al alegar que estaba divorciada del causante y acreditar que era víctima de violencia de género en el momento de dicho divorcio, hecho pacífico e incontrovertible.

Por el contrario, considera el INSS que, en el momento del hecho causante, la situación de la actora y del fallecido era equiparable al matrimonio, aun cuando la inscripción en el Registro Civil fuese la de divorciado, puesto que la solicitante formaba con el causante una pareja de hecho al estar inscrita esta situación fáctica en el registro correspondiente, lo que situaría los efectos en lo previsto por el art. 221 LGSS.

Además, en el supuesto de considerar que estamos en presencia de una pareja de hecho por concurrir los requisitos exigidos, tal extremo supondría la extinción de la pensión de viudedad desde la situación de divorciada, conforme al art. 11.4 de la Orden de 13-2-1967, por lo que la mujer perdió su derecho a percibir pensión de viudedad derivada de tal situación, independientemente de las causas que motivaron su divorcio.

3.2. Fundamentos de las sentencias de instancia y suplicación

La sentencia del TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 4709/2015, de 14 septiembre, se basa en dos aspectos: en primer lugar, la «literalidad»⁶ del art. 220.1 LGSS, por cuanto manifiesta que «tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, incluso no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio», cuestión aquí acreditada sin resquicio de duda; en segundo término, al igual que lo entiende la juzgadora de instancia, no operaría en este caso la extinción de la pensión de viudedad por constituir posteriormente una pareja de hecho al coincidir las personas del causante y la pareja de hecho de la actora, ya que el precepto con su exclusión viene a referirse a la circunstancia de que al contraer nuevo matrimonio o constituir una nueva pareja de hecho con otra persona, el que pretende ser beneficiario de la pensión forme parte de una nueva unidad económico-familiar.

3.3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

A diferencia de lo alegado ante el juzgado y en suplicación, el INSS no reproduce en casación el argumento de que la convivencia de hecho posterior al divorcio de la actora con su anterior esposo constituiría un elemento impeditivo para el reconocimiento de la prestación, en virtud de lo dispuesto en el art. 220.1 LGSS que condiciona su reconocimiento a que el beneficiario «no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente».

De este modo, olvidando este argumento, la oposición del INSS a la sentencia de suplicación únicamente invoca la STS 20 julio 2015 (rec. 3078/2014), la cual establece que no hay ningún obstáculo legal para que pueda constituirse una pareja de hecho entre quienes habían contraído anteriormente matrimonio que fue luego disuelto por divorcio, pero niega la posibilidad de computar la totalidad de su vida en común, es decir, los años de convivencia anteriores al divorcio, a los efectos de acreditar el periodo ininterrumpido de cinco años de convivencia que el art. 221 LGSS exige para las parejas de hecho.

Así las cosas, la sala desestima el recurso por la falta de contradicción necesaria al considerar que en la sentencia de contraste se trata de un supuesto «en el que era inviable el acceso a la prestación desde la condición de cónyuge divorciado por cuanto no se había previsto pensión compensatoria y no consta que la esposa hubiere sido víctima de violencia de género». Además, entiende que «resulta irrelevante la ulterior reanudación de la convivencia por parte de los cónyuges divorciados, por cuanto la demandante no sustenta su derecho en ese periodo de convivencia como pareja de hecho con quien había sido su anterior esposo», sino que puede lucrar la pensión de viudedad sin necesidad de traer a colación esa situación de pareja de hecho, para lo cual, contra lo que sostiene el Ministerio Fiscal en su informe, la consideración de la actora como víctima de violencia de género es absolutamente esencial en la resolución del asunto, porque «sin la concurrencia de ese elemento no tendría acceso a la prestación de viudedad en su condición de esposa divorciada sin derecho a pensión compensatoria».

⁶ SSTS 26 enero 2011 (rec. 4587/2009), 30 mayo 2011 (rec. 2598/2010), 5 febrero 2013 (rec. 929/2012) y 29 abril 2015 (rec. 3082/2013), entre otras.

4. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Manifiesta el alto tribunal que la cuestión litigiosa reside en determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de viudedad tras la muerte de quien fue su cónyuge, condenado por violencia de género, del que se había divorciado y con quien constituye posteriormente una situación de convivencia *more uxorio* en la que devino el fallecimiento.

4.1. Los requisitos

Procede, por tanto, examinar si en el momento del fallecimiento de la persona causante (art. 3 OM 13-2-67) concurren las condiciones para ser beneficiaria, siendo estas diferentes según las tres situaciones legales de partida posibles: cónyuge superviviente (art. 219 LGSS); separada, divorciada o con matrimonio anulado (art. 220 LGSS); y pareja de hecho (art. 221 LGSS).

Poca duda cabe de que la actora se encontraba encuadrada de facto en la tercera de las vías, por cuanto al momento del óbito hacía casi dos años que la pareja había solicitado su inscripción en el registro específico. Es, precisamente, esta falta de antelación mínima de dos años de inscripción respecto a la fecha del fallecimiento (art. 221.2 LGSS) o «periodo de maduración»⁷, el fundamento del INSS para rechazar en un primer momento la solicitud de pensión, pues cabe recordar que, incluso después de la STC 40/2014, solo mediante la mencionada inscripción o la formalización de documento público se puede acreditar formalmente la existencia de la pareja de hecho a efectos de esta pensión⁸, es decir, no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la LGSS, unas tienen la consideración de pareja de hecho y otras segundas no⁹, lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho a pensión únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho»¹⁰.

De igual forma, atendiendo a las fechas conocidas, es probable que tampoco se cumpliera la exigencia material de convivencia ininterrumpida no inferior a cinco años, dado que no es posible computar la totalidad de la vida en común (salvo en el supuesto excepcional de acceso desde el matrimonio que se regula en el art. 219.2 LGSS), pues los primeros cuatro años lo fueron bajo vínculo matrimonial y, por tanto, en otro concepto distinto al de pareja de hecho¹¹.

Sin embargo, la actora sustenta su derecho a la pensión de viudedad en su situación de divorciada del causante, como así consta en el Registro Civil, lo que para el nacimiento de ese derecho conlleva, según el art. 220.1 LGSS, dos requisitos específicos: no haber contraído nuevas nupcias o pareja de hecho en los términos del art. 221 LGSS; y ser acreedora de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC, quedando esta extinguida por el fallecimiento del causante.

⁷ STS 17 junio 2015 (rec. 3175/2014).

⁸ SSTS 22 septiembre 2014 (rec. 1980/2012), 9 febrero 2015 (rec. 2288/2014), 28 abril 2015 (rec. 2802/2014) y 23 febrero 2016 (rec. 3271/2014), entre otras.

⁹ STC 51/2014.

¹⁰ SSTS 7 julio 2015 (rec. 3284/2014) y 25 enero 2018 (rec. 2401/2016).

¹¹ STS 20 julio 2015 (rec. 3078/2014).

Respecto de la primera condición, aclarado constitucionalmente que no se entenderá como pareja de hecho la simple vida marital con otra persona¹², tanto el citado art. 220.1 LGSS como el art. 223.2 LGSS imposibilitan disfrutar la pensión (salvo las excepciones reglamentarias, de carácter asistencial, incorporadas al art. 11.4 OM 13-2-67) para quien constituya una pareja de hecho en los términos del art. 221 LGSS. Este argumento es expuesto por el INSS en su desestimación de la reclamación previa de la actora y también en vía judicial de instancia y suplicación. Sin embargo, la sentencia de instancia acoge la tesis de la actora de que esta previsión no debe operar cuando, como en el caso presente, el divorciado y el miembro de la pareja de hecho coinciden en la persona del causante, ya que el precepto con su exclusión vendría a referirse al hecho de que, al constituirse en pareja de hecho o contraer nuevo matrimonio, quien pretenda ser beneficiario de la pensión forme parte de una nueva unidad económico-familiar. Al no reproducir este razonamiento en la casación, el Tribunal Supremo no entra a pronunciarse sobre el mismo.

En lo referente a la segunda obligación, la jurisprudencia, siguiendo una interpretación lógico-sistemática, ha establecido que la pensión compensatoria del art. 97 CC solo se reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio le produce un desequilibrio económico, un empeoramiento de la situación pecuniaria que sea preciso compensar, y que a la vista de la reforma de las normas civiles en materia de separación y divorcio que hizo la Ley 15/2005, el legislador adaptó la LGSS mediante la Ley 40/2007, entendiendo que si la persona separada o divorciada carecía de pensión compensatoria era porque no tenía necesidad de ella, razón por la que tampoco sufría un trastorno económico por la muerte de su antiguo consorte¹³.

Abandonando transitoriamente la vinculación entre la pensión de viudedad y la concreta situación de necesidad en los supuestos de separación y divorcio, y al objeto de evitar situaciones de desprotección¹⁴ ante los efectos sorpresivos de un cambio normativo que no se podía prever por los afectados¹⁵, se incorporó la norma transitoria (actual disposición transitoria decimotercera LGSS) sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, que también se aplica a hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, la cual exceptúa el requisito de pensión compensatoria, como bien señala la sentencia de suplicación, aunque sin ninguna relevancia para el supuesto de autos, dado que se exige un vínculo matrimonial con una duración mínima de diez años que la actora de ninguna manera cumple.

4.2. La flexibilización del derecho de la víctima en supuestos de crisis matrimonial

Por lo tanto, la beneficiaria no podría acceder a la pensión, desde esta situación de divorciada del causante, a menos que invocase la condición de víctima de violencia de género al tiempo del divorcio, lo que permite excusar del requisito de ser acreedora de la

¹² STC 22/2010.

¹³ SSTS 2 noviembre 2013 (rec. 3044/2012), 18 diciembre 2013 (rec. 721/2013), 28 abril 2014 (rec. 1737/2013), 19 noviembre 2014 (rec. 3156/2013) y 23 febrero 2016 (rec. 2311/2014), entre otras.

¹⁴ VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social (Volumen IV)*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pág. 737.

¹⁵ SSTS 2 noviembre 2013 (rec. 3044/2012), 18 diciembre 2013 (rec. 721/2013) y 14 diciembre 2017 (rec. 2895/2016).

pensión compensatoria, tanto si nunca la tuvo reconocida como si ya se le hubiera extinguido¹⁶, pues la Ley ha querido privilegiar el acceso a la pensión de viudedad de estas mujeres, dispensándolas de cualquier otro requisito¹⁷. Dicha condición resulta probada por la orden de protección dictada judicialmente con seis meses de antelación respecto del divorcio, pues se debe constatar (al menos indiciariamente) esa situación de violencia al momento del divorcio, denegándose la misma, a estos efectos, cuando los hechos ocurren con posterioridad, incluso aunque sea apenas sin solución de continuidad¹⁸. Además de la orden de protección, es posible acreditar la condición de víctima mediante sentencia firme, archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (art. 220.1 LGSS). En este sentido se han admitido, por ejemplo, la disposición de medidas de alejamiento¹⁹, las certificaciones e informes psicológicos de entidades oficiales²⁰, la interposición de denuncia²¹, la violencia sobre el hijo común o a través de persona interpuesta²², la prueba testifical en el propio juicio en materia prestacional²³ y la aportación de una sentencia de separación o divorcio donde se haya declarado probada esta condición²⁴, debiendo entender, además, que la absolución penal del agresor no excluye la posibilidad de acreditar en el proceso social la violencia por otros medios a los efectos del reconocimiento de la prestación de la Seguridad Social, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la única vinculación a la sentencia penal se centra en sus hechos probados²⁵.

No obstante, está resultando muy conflictivo acreditar que ha existido violencia de género, en solicitudes de pensión de viudedad, cuando ha transcurrido un cierto tiempo entre la ruptura de la relación conyugal y el hecho causante. La postura de los tribunales no es uniforme y oscila entre aquellos que ponderan todas las circunstancias y aquellos otros que hacen aplicación literal de la norma²⁶. En cualquier caso, es innegable que el posible derecho de la víctima, vinculado a que haya existido una previa crisis matrimonial, ha ido sufriendo un proceso de flexibilización o de mejora, en paralelo a la restricción del posible derecho cuando el beneficiario de la pensión es el agresor²⁷. Esta flexibilización opera gracias a la corrección de varios defectos técnicos en la Ley 40/2007 –como el de la falta de pensión

¹⁶ STS 5 febrero 2013 (rec. 929/2012).

¹⁷ STS 20 enero 2016 (rec. 3106/2014).

¹⁸ STSJ Castilla-La Mancha 16 octubre 2014 (rec. 409/2014), STSJ Murcia 4 julio 2016 (rec. 1179/2015) y STSJ Galicia 14 marzo 2017 (rec. 4600/2016).

¹⁹ STSJ Asturias 25 noviembre 2010 (rec. 1445/2010).

²⁰ STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 3 junio 2011 (rec. 1111/2010).

²¹ STSJ Castilla y León, Valladolid 21 mayo 2012 (rec. 784/2012); STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 15 octubre 2013 (rec. 256/2013); SSTSJ Cataluña 22 mayo 2013 (rec. 1549/2013) y 13 noviembre 2014 (rec. 3505/2014), o STSJ Canarias, Las Palmas 30 septiembre 2014 (rec. 851/2013).

²² STS 20 enero 2016 (rec. 3106/2014), citando el asunto *S. Coleman* (ECLI:EU:C:2008:415).

²³ STSJ Asturias 3 febrero 2012 (2430/2011) y STSJ Andalucía, Málaga 6 marzo 2014 (rec. 1754/2013).

²⁴ STSJ Madrid 10 octubre 2011 (rec. 3488/2011); STSJ Andalucía, Sevilla 30 noviembre 2011 (rec. 13/2011); STSJ Andalucía, Granada 19 septiembre 2012 (rec. 1355/2012) y STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 10 julio 2012 (rec. 1006/2011).

²⁵ STC 204/1991. En la doctrina social, STSJ Valencia 20 junio 2012 (rec. 225/2012) o STSJ Cataluña 13 julio 2012 (rec. 8160/2011).

²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 11, 2017, págs. 21-22.

²⁷ CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete, Bomarzo, 2017, págs. 16-17.

compensatoria, solventado previamente en alguna resolución judicial²⁸— que el legislador realizó recurriendo a la manida fórmula de reformar a través de la ley de presupuestos²⁹ (Ley 26/2009).

Si bien el Preámbulo no explicita las razones que llevaron a la modificación del precepto y a la dispensa del requisito de la pensión compensatoria para las personas que acreditasen ser víctimas de violencia de género en el momento de la ruptura matrimonial —lo que obliga a los jueces a prescindir de «ese valioso componente interpretativo de orden finalístico»³⁰ que es la exposición de motivos³¹, debiendo atender exclusivamente a las usuales reglas hermenéuticas que proporciona el art. 3 CC—, parece evidente que, como razona la STS 5 febrero 2013, ante la posibilidad de que una urgencia de romper la convivencia por causa de malos tratos a la mujer o que el miedo a las acciones del maltratador coarte el consentimiento a las condiciones de la separación o el divorcio (prestándose de forma viciada por parte de la mujer), lo cual llevara a esta a renunciar a su derecho a percibir pensión compensatoria, la ley se modifica para establecer una presunción a su favor. Esa presunción (y a eso se refiere el inicio «en todo caso») consiste en que, si no se acuerda pensión compensatoria y se prueba que en ese momento de la ruptura había violencia sobre la mujer por parte del esposo, se presume que la mujer había renunciado precisamente por «eso»³².

En definitiva, lo que el legislador únicamente ha querido exigir es que previamente al inicio de los procedimientos de separación o divorcio se haya manifestado la violencia de género, de forma que exista una cierta causalidad entre la crisis matrimonial y la agresión sexista padecida por la víctima, con independencia de las condiciones económicas en las que esta se encuentre en la fecha del fallecimiento del agresor, pues no se debe olvidar que mientras la pensión de viudedad de separadas y divorciadas está limitada (en la generalidad de los casos) por el importe de la pensión compensatoria, si se reconoce a una víctima de violencia de género, dicho límite cuantitativo no opera³³.

Atendiendo a esta regulación, si los hechos enjuiciados en la sentencia objeto de comentario hubieran terminado con el divorcio de la pareja y la condena del agresor por violencia de género, ninguna duda existiría sobre el derecho de la mujer al percibo de la pensión de viudedad. El problema surge ante la reconciliación e inscripción de la nueva convivencia *more uxorio* en el registro pertinente, pues cabe cuestionarse si es adecuado aplicar en estos supuestos la presunción diseñada para no entorpecer su alejamiento del agresor.

5. EL VALOR DE LA RECONCILIACIÓN

La realidad de los hechos enjuiciados en la presente sentencia obliga a plantear dos interrogantes principales relativos a los efectos de la reconciliación: por una parte, si provoca la imposibilidad de considerar de forma conjunta el tiempo de convivencia, primero marital, y luego como pareja de hecho, sumando ambos períodos; por otra, si puede enervar el derecho a

²⁸ SSTSJ Cantabria 22 enero 2009 (rec. 1108/2008) y 4 febrero 2009 (rec. 1193/2008).

²⁹ 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”, *Aranzadi Social*, vol. 3, núm. 1, 2010, pág. 84.

³⁰ STS 5 febrero 2013 (rec. 929/2012).

³¹ SSTC 36/1981 (FJ 7), 150/1990 (FJ 2), 83/2005 (FJ 3), 222/2006 (FJ 8) y 90/2009 (FJ 6), entre otras.

³² STS 5 febrero 2013 (rec. 929/2012).

³³ STSJ Valencia 20 junio 2012 (rec. 225/2012)

lucrar la pensión de viudedad de la víctima divorciada o separada bajo el prisma de las exigencias del art. 220.1 LGSS, cumplidas como ya consta.

5.1. Las dificultades para la consideración conjunta del tiempo de convivencia matrimonial y extramatrimonial

Como ha venido señalando el Tribunal Constitucional desde antiguo, matrimonio y pareja de hecho no son conceptos idénticos puesto que el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio³⁴. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden, por tanto, ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia³⁵.

Ahora bien, frente a tal tesis se elevan dos votos particulares, cuyo razonamiento cabría sintetizar en las dos ideas siguientes: de un lado, y «constitucionalmente, tan familiar es la unión de dos cónyuges que en su día suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio como la unión efectiva y estable de una pareja»; de otro, no cabe «duda alguna de que dicho daño lo sufre por igual tanto la viuda (o viudo) de una familia matrimonial como de una familia natural»³⁶.

Tratando de encontrar un punto de equilibrio entre la tesis mayoritaria y los votos particulares, el legislador ha optado por una solución intermedia, pues «no puede darse a la decisión de no casarse (que puede ser unilateral) un alcance de renuncia a derechos sociales»³⁷. De este modo, trata de establecer el acercamiento necesario entre la apariencia respetable y la realidad subyacente, «trasluciendo la tendencia ascensional de las situaciones *de facto* a la vida jurídica y la inclinación a legitimar los fenómenos que las hacen visibles»³⁸, procediendo a reconocer efectos a las uniones de hecho en lo que respecta a las prestaciones de Seguridad Social, pero condicionando tal reconocimiento a la existencia de relaciones de convivencia

³⁴ CAMÓS VICTORIA, I.: "La regulación de la unión extramatrimonial y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social", *Uniones de hecho*, Lleida, Edicions de la Universitat de Lleida, 1998, pág. 168.

³⁵ Los argumentos utilizados por el Alto Tribunal son de sobra conocidos: en primer lugar, la diferencia constitucionalmente recogida entre matrimonio y otras situaciones extramatrimoniales; en segundo término, la certeza y seguridad jurídica que garantizan el acogimiento a la institución del matrimonio; y, en tercero, la necesaria coherencia entre la decisión de no obligarse por vínculo matrimonial con la consecuencia de no disfrutar de los derechos prestacionales que puedan derivarse del mismo. SSTC 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992 y 6/1994, entre otras.

³⁶ Un estudio de los votos particulares en ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: "Convivencia de hecho y pensión de viudedad: una visión sobre la jurisprudencia", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 15, 1992, pág. 134 y ss.

³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Seguridad Social, maternidad y familia", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2000, pág. 8.

³⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social: antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Madrid, La Ley, 1999, pág. 215.

prolongadas y debidamente registradas en las que, además, concurra una situación de dependencia económica.

Sin duda, en el supuesto aquí enjuiciado se trata de una verdadera relación de afectividad análoga a la conyugal, pero a la luz del art. 221 *in fine* LGSS falta el requisito temporal de los dos años de inscripción con antelación a la fecha del óbito del causante, de ahí que resulte difícil realizar una ficción jurídica para entender que podría tomarse en consideración el tiempo de matrimonio previo a los efectos de salvar este óbice. El propio Tribunal Supremo, en la sentencia de contraste aportada por el INSS, niega la posibilidad de sumar los años de convivencia matrimonial con anterioridad al divorcio a los efectos de acreditar, en este caso, el período ininterrumpido de 5 años de convivencia³⁹.

5.2. El perdón del agresor: evitando los efectos de una decisión de la víctima perjudicial para sus intereses económicos

Antes de entrar a valorar los efectos que cabe asociar a una decisión de reconciliación con el agresor capaz de provocar la imposibilidad de lucrar una pensión de viudedad por parte de la víctima, procede abrir un breve paréntesis para analizar la consideración jurídica del perdón respecto del levantamiento de los vetos al percibo de pensiones de muerte y supervivencia por el maltratador, que el ordenamiento ha tenido a bien regular.

Razones fácilmente comprensibles, emparentadas tanto con las exigencias de la moderna victimología cuanto con los tradicionales principios del sistema de Seguridad Social, explican que se haya prestado atención a la posición del agresor de la mujer y a sus eventuales derechos en materia de protección social⁴⁰, evitando que el autor de un delito pueda beneficiarse de las consecuencias del mismo. Desde tal perspectiva, la disposición adicional 1ª LPIVG establece dos previsiones elusivas del derecho al percibo de pensiones de muerte y supervivencia por el agresor. Así, de un lado, quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la víctima del delito fuera la causante de la pensión, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones, salvo que, en su caso, medie «reconciliación entre ellos». En tales supuestos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiera y así se previera reglamentariamente en el régimen concreto. De otro, a quien fuera condenado por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiese estado ligada a él por una relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del sistema público de pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado «reconciliación entre aquellos». Por su parte, la Ley Orgánica 26/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, impide el acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia o el mantenimiento en su disfrute a quienes fueran condenados por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas,

³⁹ STS 20 julio 2015 (rec. 3078/2014).

⁴⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre", en VV.AA (MUERZA ESPARZA, J., Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pág. 167.

cuando la víctima sea el sujeto causante de la prestación, introduciendo además instrumentos que van a permitir la suspensión cautelar del abono de las prestaciones que en su caso se hubieran reconocido, cuando haya recaído sobre el solicitante resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de criminalidad por la comisión del indicado delito, así como la revisión de oficio de los derechos reconocidos cuando se dicte sentencia firme al respecto⁴¹.

Al calor de esta regulación cabe cuestionar, como crítica, si una decisión privada como es la reconciliación, puede abrir el acceso a una prestación del sistema de Seguridad Social que se cerró como sanción⁴². La cuestión no es baladí, en tanto en cuanto la realidad se encarga de demostrar como «las situaciones de violencia no se denuncian, si se denuncian, se retira la denuncia, si no se retira la denuncia no se comparece en el juicio e, incluso, tras haberse dictado sentencia no es infrecuente que las víctimas acudan a los juzgados para pedir su no ejecución. Desgraciadamente, el miedo a represalias por parte del agresor y la dependencia económica respecto de este, pesan como factores determinantes de este tipo de reacciones, fundamentalmente entre los colectivos más vulnerables de mujeres»⁴³. En un entorno presidido por la coacción y el temor, no se debería permitir que una decisión de la víctima pudiera provocar la evitación de los efectos previstos en las normas jurídicas, pues podría ser el miedo a las represalias del agresor, precisamente, el factor determinante para que tal reconciliación se logre producir⁴⁴.

Sea como fuera, procede tener en cuenta que la reconciliación analizada en el supuesto de hecho objeto de la sentencia comentada, no conlleva una decisión en el ámbito privado que no hubiera tenido ningún efecto legal, puesto que al producir la constitución efectiva de una nueva relación jurídico-formal tras el divorcio, oficializándose como pareja de hecho válida a todas luces (respecto de la que no consta ningún tipo de violencia ni de ruptura), en el supuesto de un hipotético deceso de la actora, si esta cumpliera los requisitos de alta y cotización, el maltratador no podría acceder a la pensión de viudedad como divorciado (por carecer de pensión compensatoria), estaría generando una futura pensión como pareja de hecho (de acreditar los ingresos permitidos) y, por el contrario, lucraría pensión de haber optado por un nuevo matrimonio en lugar de formalizar dicha pareja de hecho. Pero es que, además, tal proceder le ha podido ocasionar un perjuicio económico claro a la víctima, llegando a provocar la imposibilidad de la misma de acceder a una pensión a la que hubiera tenido derecho si no hubiera iniciado la nueva convivencia como pareja de hecho, pues podría surgir el problema de si el impedimento de la pensión de viudedad del cónyuge histórico acaece desde el mismo momento en que comienza la convivencia de hecho o desde el momento en que hayan transcurrido cinco años desde ese inicio. Atendiendo a la lógica de correlación entre el impedimento de la pensión de viudedad y la posibilidad de generación de una nueva pensión

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12, 2017, pág. 16.

⁴² LANDA ZAPIRAIN, J.P.: "Aspectos problemáticos de las medidas de protección social previstas en favor de las mujeres objeto de situaciones de violencia de género por la LO 1/2004, de 28 de diciembre", *Tribuna Social*, núm. 196, 2007, pág. 19.

⁴³ QUINTANILLA NAVARRO, B.: "Violencia de género y derechos sociolaborales: la L.O 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Temas laborales*, núm. 80, 2005, pág. 56.

⁴⁴ CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 51.

de viudedad, la interpretación debería de conducir a la espera de cinco años⁴⁵, pero en cualquier caso, llegado ese momento tendría que acreditar la dependencia económica.

6. LA FALTA DE PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO, EN ESPECIAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Tradicionalmente, los sistemas de protección social han sido más tolerantes y sensibles a la problemática de las uniones de hecho, siendo pioneros en el reconocimiento de sus efectos y trascendencia jurídica, si bien en la evolución más reciente, tal vez por las (in)disponibilidades financieras, se han quedado rezagados respecto a una problemática social que no puede ser ignorada en un Estado social de Derecho⁴⁶.

El art. 221 LGSS establece los requisitos exigidos para el disfrute de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, o mejor dicho, de las verdaderas parejas de derecho a los efectos de la Ley, en una criticable decisión⁴⁷ por parte del legislador que, apostando por la aproximación y no por la equiparación⁴⁸, dispuso requisitos distintos y más severos que en el caso de las parejas matrimoniales; aunque también hay quien piensa que la regulación es oportuna por tratarse de diferentes figuras y que la solución para solventar este problema debe pasar por la existencia de una ley estatal que normalice qué ha de entenderse jurídicamente por pareja de hecho, y no por modificar la ley prestacional⁴⁹.

Si bien el Tribunal Constitucional ha considerado que esta disparidad de requisitos no vulnera el derecho a la igualdad⁵⁰, lo cierto es que el art. 39.1 CE impone protección a la familia genérica, sin referirse específicamente al matrimonio, por lo que se puede afirmar que, para la Constitución, la situación familiar no va ligada al matrimonio⁵¹. Además, ambas pensiones proceden de un único causante, trabajador por cuenta ajena o propia, o pensionista, siempre inmerso en la modalidad contributiva del sistema, por lo que se debería buscar una equiparación total respecto de los requisitos o condiciones de acceso a la pensión, la cual básicamente debería girar sobre la dependencia económica en todos los supuestos⁵².

⁴⁵ 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", *Aranzadi Social*, vol. 3, núm. 1, 2010, págs. 90-91.

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Unión de hecho y protección social", *Uniones de hecho*, Lleida, Edicions de la Universitat de Lleida, 1998, pág. 49.

⁴⁷ Principalmente por exigir dependencia económica a estas uniones y no a los cónyuges. DESDENTADO DAROCA, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Albacete, Bomarzo, 2009, pág. 130. También MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", *Aranzadi Social*, Vol. 2, núm. 17, 2010, pág. 66 y ss.

⁴⁸ Como así lo expone en el Preámbulo de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

⁴⁹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a, B.: "Puntos controvertidos de la pensión de viudedad. Propuestas y alternativas a la gran cuestión: ¿Es realmente necesaria una reforma?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 396, 2016, págs. 42-43.

⁵⁰ SSTC 45/2014 (FJ 3) y 60/2014 (FJ 3).

⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Unión de hecho y protección social", *Uniones de hecho*, Lleida, Edicions de la Universitat de Lleida, 1998, pág. 50.

⁵² MORENO VIDA, M^a. N. y MONEREO PÉREZ, J.L.: "Hacia un nuevo modelo de regulación de la pensión de viudedad", en VV.AA.: *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Granada, Comares, 2013, págs. 318-319.

Como ya se anticipó, además del presupuesto formal (registro, formalización) y el requisito material adicional (periodo de maduración)⁵³, se van a exigir unos ingresos limitados, atendiendo a una de estas dos posibilidades: a) que durante el año natural anterior no alcancen el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo, porcentaje que se reducirá al 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; b) que resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante –incrementándose en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con la persona sobreviviente–, lo cual deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación como durante todo el periodo de su percepción.

El no cumplimiento de alguno de estos requisitos excluirá a la persona superviviente de la pareja, no solo de la pensión de viudedad, sino también de la más limitada prestación temporal de viudedad, si bien el Tribunal Constitucional matiza que el supérstite de una unión de hecho que soporte una situación de necesidad (por estar a cargo del fallecido, estar incapacitado para el trabajo o no estar en disposición de percibir rentas provenientes del trabajo, o por otros motivos semejantes) no debe quedar desprotegido por el régimen público de Seguridad Social (arts. 41 y 50 CE), aunque tal protección no tiene necesariamente que presentarse a través de la actual pensión de viudedad⁵⁴.

Desafortunadamente, el legislador no reconoce ninguna modulación de las exigencias aludidas por motivos de violencia de género, laguna que ha intentado ser paliada por algunas resoluciones judiciales flexibilizando el requisito de convivencia ininterrumpida y coetánea a la fecha del fallecimiento, cuando la causa de su inexistencia deriva de condenas por maltrato sexista⁵⁵, u obviando la inexistencia de inscripción registral o acreditación mediante documento público cuando constan agresiones durante la convivencia⁵⁶.

Pero si el estado civil o la formalización de la relación no es un factor determinante para la materialización de la violencia de género⁵⁷, sí lo va a ser para la desprotección, pues las parejas de hecho históricas⁵⁸, a diferencia de los cónyuges históricos, no son en ningún caso acreedores de la pensión por muchos años que se hubiera prolongado la convivencia, ni siquiera aunque vinieran percibiendo una compensación económica por cese de la misma, fuera esta originada por pacto civil (art. 1255 CC) o por técnica judicial –como la doctrina del enriquecimiento injusto [SSTS Civil 11 diciembre 1992 (rec. 1596/1990) y 17 junio 2003 (rec. 3145/1997)]; la protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho [SSTS Civil 10 marzo 1998 (rec. 133/1994), 27 marzo 2001 (rec. 919/1996) y 17 enero 2003 (rec. 1270/1998)]; la aplicación analógica del artículo 97 CC [SSTS Civil 27 marzo 2001

⁵³ SEMPERE NAVARRO, A.V. Y GÁRATE CASTRO, F.J.: “Jurisprudencia reciente sobre viudedad”, *Estudios sobre seguridad social*, Barcelona, Atelier, 2017, pág 835.

⁵⁴ STC 184/1990 (FJ 4).

⁵⁵ STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2010 (rec. 539/2010) y STSJ Cataluña 27 octubre 2015 (rec. 4238/2015).

⁵⁶ STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2010 (rec. 539/2010) y STSJ Castilla y León, Burgos 1 diciembre 2016 (rec. 632/2016), esta última casada por la STS 12 diciembre 2017 (rec. 203/2017) denegando la prestación.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M. *et al.*: “Características y consecuencias de la violencia de género: estudio de casos confirmados por sentencia judicial”, *Revista española de medicina legal*, vol. 43, núm. 3, 2017, pág. 120.

⁵⁸ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Violencia de género y Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, pág. 126.

(rec. 919/1996), 5 julio 2001 (rec. 1580/1996) y 16 julio 2002 (rec. 362/1997)]; la teoría de la responsabilidad civil extracontractual [(STS Civil 16 diciembre 1996 (rec. 2016/1993)]; y la disolución de la sociedad civil irregular [SSTS Civil 18 mayo 1992 (rec. 1255/1992), 18 febrero 1993 (rec. 2445/1990) y 18 marzo 1995 (rec. 155/1992)] o comunidad de bienes [STS Civil 4 junio 1998 (rec. 1516/1994)]⁵⁹.

En este punto, quizá sea necesario recordar que el objeto de la LPIVG es actuar contra la violencia que se ejerce sobre las víctimas «por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.1 LPIVG) y que los poderes públicos están obligados, de forma genérica, «a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE) y, específicamente, a «garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social» (art. 2.e LPIVG).

Sin duda se debe concluir que en el caso de las mujeres víctimas de violencia de género que convivan bajo la forma de pareja de hecho, en situaciones normales de protección difícilmente se va a poder cumplir el requisito de convivencia coetánea al fallecimiento del causante agresor, por lo que, siguiendo una «interpretación humanizadora y flexible»⁶⁰, esto no debiera ser utilizado por el Sistema para negarle la protección por viudedad, en una solución que puede llegar a condicionar que alguna víctima descarte el alejamiento de su agresor, condicionada por el miedo a perder, en un momento posterior, la posible pensión de viudedad.

7. CONCLUSIONES

Un rasgo consustancial a los ordenamientos de la Seguridad Social es la particular incidencia que sobre los mismos poseen los factores económicos y sociológicos, lo que modela su particular naturaleza desde una permanente búsqueda de equilibrio entre estabilidad y adaptabilidad, siendo las pensiones el ámbito en el que esta tensión se manifiesta de un modo más evidente⁶¹. Así, la regulación de la prestación de viudedad es indudablemente una de las más complejas de nuestro actual sistema de aseguramiento social, debido a los nuevos avatares que la convivencia estable entre las personas genera, la complejidad de las diversas situaciones, así como a la anterior intolerancia normativa en materia de disolución del matrimonio, a lo que se unen en la actualidad las cautelas del legislador respecto de lo que se suelen denominar matrimonios de conveniencia. Igualmente, a las peculiaridades de su origen normativo, al ser una prestación que estaba encaminada a paliar la situación de desamparo económico en que quedaban las mujeres de los trabajadores, tradicionalmente no incorporadas al mundo del trabajo retribuido⁶².

⁵⁹ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: “Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017, págs. 119-120.

⁶⁰ STSJ Cantabria 30 diciembre 2015 (rec. 808/2015).

⁶¹ SASTRE IBARRECHE, R.: “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, Vol. 5, 2007, pág. 1900.

⁶² STSJ Castilla-La Mancha 14 julio 2010 (rec. 539/2010).

El caso es que «en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, la muerte de uno de los cónyuges»⁶³; perjuicio que, por cierto, es el mismo para una familia matrimonial que para una familia de hecho⁶⁴. Esta orientación produce inevitablemente sobreprotección en ciertos casos e infraprotección en situaciones de verdadera necesidad, en un binomio⁶⁵ que la anunciada reforma integral de la pensión de viudedad (disposición adicional 25ª de la Ley 40/2007), si en algún momento llega a producirse, deberá resolver de forma inexcusable.

Por otra parte, en la necesidad de diseñar un entramado tuitivo, omnicompreensivo e integral, en el que se valore la circunstancia de víctima de violencia de género para reinterpretar las reglas generales de acceso a los derechos laborales y de seguridad social⁶⁶, deviene imprescindible que el legislador proceda a realizar una regulación actualizada del impacto que en la pensión de viudedad tienen las situaciones de violencia de género, mejorando el acceso a su disfrute por parte de las víctimas, principalmente en cuanto hace a la consideración de la muerte del agresor como accidente común y no exigir período de cotización, permitiendo también que el matrimonio dure menos de uno o dos años según los casos (art. 219. 2 LGSS) o atenuando el tiempo de convivencia de las parejas de hecho con carácter previo a la muerte (art. 221.2 LGSS)⁶⁷ y, fundamentalmente, incluyendo a las mujeres de parejas de hecho históricas cuya convivencia se quebrara por actuaciones de violencia de género.

⁶³ STC 184/1990.

⁶⁴ 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, pág. 194.

⁶⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La pensión de viudedad: nuevas perspectivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 771, 2009, pág. 13.

⁶⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Pensión de viudedad y «violencia machista»: el enfoque de género desde la interpretación (Comentario a la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 7 de marzo de 2017, rec. núm. 1027/2916”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 410, 2017, pág. 148.

⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social (I)...”, cit., pág. 21.

Compatibilidad entre el complemento español de pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de otro estado miembro o de Suiza

Compatibility between the Spanish pension supplement for total permanent invalidity and the retirement pension of another member state or Switzerland

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen

El presente estudio versa sobre la STJUE de 15 de marzo de 2018, C-431/16, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Auto del TSJ de Castilla y León de 11 de mayo de 2016, respecto de la interpretación de determinados artículos de los Reglamentos (CE) nº. 1408/71 y nº. 883/2004, relativos a la cláusula de reducción aplicable en caso de acumulación de prestaciones españolas y de otro Estado miembro de la Unión Europea o de Suiza, en un mismo beneficiario. Esa interpretación es requerida para resolver sobre la compatibilidad o no del complemento español de la pensión de incapacidad permanente total con la pensión de jubilación suiza. Al respecto, la doctrina judicial española está dividida en dos líneas contradictorias, el TS español en unificación de doctrina ha declarado la incompatibilidad. La STJUE analizada declara compatibles ambas prestaciones de la misma naturaleza

Abstract

The present study is about the judgement from the European Union's Court of Justice of 15th March, 2018, C-431/16, which resolves the preliminary ruling question raised by the Order of the Supreme Court of Castilla y León of 11th May, 2016, regarding the interpretation of certain articles of Regulations (EC) no. 1408/71 and no. 883/2004, relating to the reduction clause applicable in case of accumulation of Spanish benefits and of those of another Member State of the European Union or of Switzerland, by the same beneficiary. This interpretation is required to decide on the compatibility or not of the Spanish supplement of the total permanent invalidity pension with the Swiss retirement pension. In this regard, the Spanish judicial doctrine is divided into two contradictory lines, the Spanish Supreme Court, in unification of doctrine, has declared incompatibility. The analysed judgement from the European Union's Court of Justice declares both benefits of the same kind to be compatible

Palabras clave

Reglamento comunitario, complemento de la pensión de incapacidad permanente total, compatibilidad de prestaciones, cuestión prejudicial, cláusula de reducción, prestaciones de la misma naturaleza

Keywords

EC regulation; supplement of the total permanent invalidity pension; compatibility of benefits; prejudicial question; reduction clause; benefits of the same kind

1. INTRODUCCIÓN

En materia de protección social, rigen varios Reglamentos, desde el 1 de mayo de 2010¹, al amparo de las competencias que les atribuyen los Tratados de la Unión Europea,

¹ Desde esa fecha, las referencias a los Reglamentos nº 1408/71 y nº 574/72 tendrán que entenderse realizadas a esas nuevas normas. No obstante, ambos Reglamentos mencionados se mantienen vigentes a determinados efectos, como hemos señalado con anterioridad.

dentro del Título dedicado a la libre circulación de personas (art. 48 TFUE). De entre ellos, destacamos el Reglamento (CE) nº. 1408/1971, 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 Comunidad².

El Reglamento mencionado responde al objetivo de garantizar los derechos de protección social, articulando un sistema de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social. Su punto de partida es el reconocimiento del principio de igualdad de trato bajo las distintas legislaciones nacionales, para garantizar eficazmente la igualdad de trato de todos los trabajadores cuyas actividades se realicen en territorio comunitario, sin que resulten penalizados por ejercitar su derecho a la libre circulación en dicho territorio³.

Todo reglamento de la UE, y, por tanto, también el Reglamento sobre seguridad social de trabajadores migrantes que estamos analizando, tiene el carácter de norma de eficacia general, siendo obligatorio. No olvidemos que los Reglamentos comunitarios resultan directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 288 TFUE), sin necesidad de transposición. Su rango jerárquico es superior al de las normas de cada Estado miembro.

Actualmente el Reglamento (CE) nº. 1408/71 ya mencionado, y el posteriormente aprobado nº. 574/72⁴ siguen vigentes solo respecto de determinados efectos⁵. En el caso que vamos a comentar, sobre el que se plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE, tanto la resolución de concesión de la pensión de incapacidad permanente total española (1998) como la de concesión de la pensión de jubilación suiza (2008), ambas resoluciones –hechos generadores de las pensiones de que se trata– fueron adoptadas antes de la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº. 883/2004, por lo que, para resolver este caso, deben aplicarse las disposiciones del Reglamento (CE) nº. 1408/71.

La aplicación de este Reglamento comunitario depende de que concurra previamente el siguiente requisito: el desplazamiento de trabajadores de unos países a otros (temporal o definitivo), y que ello signifique la sujeción a dos o más sistemas nacionales de seguridad social.

² LCEur 1971, 78. Nueva publicación en LCEur 1997, 199.

³ STJUE 9 marzo 2006, Piatkowski, asunto C-493/2004, apartados nº. 19 y 20. STJUE 18 julio 2006, Maija Nikula, asunto C-50/2005 (TJCE 2006, 219), apartado nº 20.

⁴ LCEur 191972, 36. Nueva publicación en LCEur 1997, 200.

⁵ El Reglamento nº. 1408/71 fue sustituido, a partir del 1 de mayo de 2010, por el Reglamento nº. 883/2004. Sin embargo, en virtud del artículo 90, apartado 1, de este último Reglamento, el Reglamento nº. 1408/71 sigue estando en vigor y sus efectos jurídicos se han preservado a efectos “del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, [firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 y aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2002/309/CE, Euratom, del Consejo y de la Comisión respecto al Acuerdo de cooperación científica y tecnológica de 4 de abril de 2002 sobre la celebración de siete Acuerdos con la Confederación Suiza (DO 2002, L 114, p. 1; en lo sucesivo, “Acuerdo CE-Suiza”)] y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento CE nº. 1408/71, en tanto que dichos Acuerdos no se [hayan modificado] a la luz del presente Reglamento”. Vid. arts. 90 y 91 Reglamento 883/2004; y arts. 96 y 97 Reglamento 987/2009. Base de datos Westlaw.aranzadi.es.

La ampliación de su ámbito territorial limitado a los Estados miembros de la Unión Europea se produce mediante acuerdos con terceros países. Así sucede con el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra⁶. En este sentido, el Reglamento (CE) n.º. 1408/71 es aplicable a la Confederación Suiza, como ha dictaminado la sentencia de 18 de noviembre de 2010, Xhymshiti, C-247/09⁷, indicando que, a efectos de la aplicación del Reglamento (CE) n.º. 1408/71, la Confederación Suiza debe asimilarse a un Estado miembro de la Unión.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha entendido que la doctrina sobre la carrera de seguro exclusivamente satisfecha en países de la Unión Europea ha de aplicarse igualmente a las cotizaciones satisfechas con exclusividad en Suiza, por aplicación del Convenio Europeo de Seguridad Social⁸.

Para cumplir el principio de unicidad de la legislación aplicable, en los Reglamentos comunitarios se establecen reglas que permiten determinar la legislación nacional aplicable. Entre esas reglas, destaca la de no acumulación de prestaciones, en virtud de la cual, y salvo disposición en contrario, los Reglamentos no podrán conferir ni mantener “el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo de seguro obligatorio” (art. 10 Reglamento (CE) n.º. 883/2004).

La regla general, que se prevé en el art. 12.1 del Reglamento (CE) n.º. 1408/71, establece que “El presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo de seguro obligatorio. No obstante, esta disposición no se aplicará a las prestaciones de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional, que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones del artículo 41, de los apartados 2 y 3 del artículo 43, de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60”.

Los complejos problemas de coexistencia entre los Reglamentos de coordinación y el derecho interno de seguridad social exigen a los tribunales internos resolver conflictos jurídicos, que, en ocasiones, llegan al TJUE, sobre todo, en relación con la determinación de los efectos de las cotizaciones efectuadas en el extranjero, y con la forma de cálculo de la base reguladora.

⁶ Firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (RCL 2002, 1555) y publicado en el BOE de 21 de junio de 2002. Su Anexo II incorpora las adaptaciones necesarias de cara a la aplicación de la normativa de coordinación de los sistemas de seguridad social.

⁷ EU:C: 2010:698, apartado 31.

⁸ RCL 1986, 3442. Este Convenio sustituye al Convenio Hispano-Suizo (RCL 1970, 1448), si bien el art. 51 del Convenio Hispano-Suizo ofrecía una redacción sustancialmente igual a la de los reglamentos de coordinación. Se ha aplicado en relación, por ejemplo, con los periodos de cotización necesarios para el acceso a las prestaciones de desempleo (SSTS 12 abril 2006 (RJ 2006, 4871), y 5 febrero 2007 (RJ 2007, 1902), entre otras).

2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018

Los antecedentes de hecho de la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 15 de marzo de 2018, Asunto C-431/16⁹, son los siguientes:

El Sr. Blanco Marqués tiene reconocida una pensión por incapacidad permanente total. Para calcular su importe sólo se tuvieron en cuenta las cotizaciones al régimen español de seguridad social. Por la edad –de más de 55 años– del Sr. Blanco Marqués, cuando se ejecutó la resolución reconocedora del derecho a esa pensión, se le concedió el complemento equivalente al 20 % de la base reguladora tenida en cuenta para determinar el importe de la pensión.

Al cumplir los 65 años de edad, el Sr. Blanco Marqués obtuvo una pensión de jubilación de la seguridad social suiza, a partir de marzo de 2008. Para el cálculo de su importe se consideraron exclusivamente las cotizaciones abonadas al régimen de seguridad social obligatorio suizo.

En febrero de 2015, el Instituto Nacional de la Seguridad social (en adelante, INSS) suprimió el complemento del 20 % que percibía el Sr. Blanco Marqués, puesto que apreció incompatibilidad entre ese complemento y la percepción de la pensión de jubilación suiza. De ahí que el INSS exigiese al Sr. Blanco Marqués, el reintegro del importe abonado en concepto de dicho complemento.

El Sr. Blanco Marqués interpuso recurso contra esta resolución ante el Juzgado de lo Social nº. 1 de Ponferrada (León), que fue estimado al no apreciar incompatibilidad entre el complemento mencionado y la pensión de jubilación suiza. Esta conclusión se alcanzó por el Juzgado en atención al art. 46 bis ap. 3.a) Reglamento (CE) nº. 1408/71. De conformidad con el Reglamento mencionado, solo se observa incompatibilidad si la normativa nacional establece que se tengan en cuenta, a estos efectos, las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero. El juzgado afirmó que tal norma no está prevista en el Derecho español.

El INSS interpuso recurso de suplicación contra esta sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, alegando que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el complemento del 20 % se suspenderá tanto si el beneficiario tiene un empleo, como también si percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza, puesto que tal pensión de jubilación constituye un ingreso de sustitución de los rendimientos del trabajo¹⁰.

Dadas las discrepancias entre la doctrina judicial y la jurisprudencia nacionales para resolver litigios similares, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León suspendió el procedimiento y planteó cuestión prejudicial¹¹, pidiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretase el Reglamento (CE) nº. 1408/71 y el nº. 883/2004 mencionados con anterioridad.

⁹ JUR 2018, 75200.

¹⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado el INSS, considerando que este incremento es incompatible con el percibo de una pensión de vejez de otro país (Consulta 11/2015, de 24 de febrero [JUR 2017, 75877]), como analizaremos más adelante.

¹¹ Auto de 11 de mayo de 2016 [AS 2016, 1629].

La cuestión prejudicial es un instrumento que permite que los tribunales de los Estados miembros puedan plantear preguntas relacionadas con un litigio del que estén conociendo, para que el TJUE conteste acerca de la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no soluciona el litigio nacional, sino que es el propio tribunal nacional quien debe resolverlo. Ahora bien, la resolución del tribunal nacional debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación dada por el TJUE, puesto que esta última vincula a todos los tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

En el caso que estamos comentando, el planteamiento de cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 4, 12 y 46 bis a 46 quater del Reglamento (CE) n.º. 1408/71 anteriormente mencionado¹², así como de los artículos 3, 10 y 53 a 55 del Reglamento (CE) n.º. 883/2004.

3. COMPLEMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el art. 196.2 LGSS, los beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma que les resultará difícil obtener empleo en actividad distinta de la profesión habitual que desempeñaban con anterioridad.

El 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 Social¹³, establece el incremento con un complemento equivalente al 20 % de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión, cuando el trabajador es mayor de 55 años (art. 6, apartados 1 a 3 Decreto). Ese incremento o mejora no constituye un grado diferente de incapacidad permanente, ni tampoco tiene la naturaleza jurídica de una prestación autónoma¹⁴, sino que se trata de un complemento prestacional ante la situación mencionada, y se refleja en la denominación utilizada, calificando la incapacidad permanente total afectada como “cualificada”.

La justificación del complemento toma como punto de partida que se presume especialmente difícil que el beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total

¹² El Reglamento (CE) n.º. 1408/71 fue sustituido, a partir del 1 de mayo de 2010, por el Reglamento (CE) n.º. 883/2004. Sin embargo, en virtud del artículo 90, apartado 1, de este último Reglamento, el Reglamento (CE) n.º. 1408/71 sigue estando en vigor y sus efectos jurídicos se han preservado a efectos “del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), del] Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, [firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 y aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2002/309/CE, Euratom, del Consejo y de la Comisión respecto al Acuerdo de cooperación científica y tecnológica de 4 de abril de 2002 sobre la celebración de siete Acuerdos con la Confederación Suiza (DO 2002, L 114, p. 1; en lo sucesivo, “Acuerdo CE-Suiza”)] y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento CE n.º. 1408/71, en tanto que dichos Acuerdos no se [hayan modificado] a la luz del presente Reglamento”.

¹³ BOE n.º. 154, de 28 de junio de 1972.

¹⁴ SSTS 9 octubre 2008 [RJ 2009, 120] y 25 junio 2009 [RJ 2009, 5046].

para su profesión habitual pueda encontrar empleo en otra profesión teniendo una edad superior a 55 años. Si, ante esas circunstancias adversas, el pensionista consiguiese un empleo, el complemento quedaría en suspenso durante el período en que aquél estuviese trabajando, en virtud del artículo 6. 4 Decreto 1646/1972.

Guarda silencio, el art. 6.4 Decreto 1646/1972, respecto de la situación en que el beneficiario de una pensión española de incapacidad permanente total percibe el complemento del 20% y, al mismo tiempo, es beneficiario de una pensión de jubilación de otro Estado miembro o de Suiza.

4. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA RELATIVA A LA INCOMPATIBILIDAD DEL COMPLEMENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON OTRAS PRESTACIONES

En el sistema de Seguridad social español, la regla general es la de incompatibilidad establecida en el art. 163 LGSS, conforme a la cual resultan incompatibles las pensiones entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. Cuando se produce una situación de incompatibilidad, el beneficiario de dos o más pensiones deberá optar por una de ellas.

No obstante, en los supuestos de pluriactividad, como es el supuesto sobre el que se ha planteado la cuestión prejudicial ahora examinada, es posible el devengo de dos o más pensiones, siempre que se hayan acreditado, de forma separada, los requisitos exigidos en cada régimen de seguridad social al que haya pertenecido, por ejercer más de una actividad con inclusión obligatoria y cotización independiente a cada uno de esos diferentes regímenes.

En relación con el complemento de la pensión de incapacidad permanente total cualificada y otras pensiones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina¹⁵ ha afirmado que no existe derecho a lucrar el incremento del 20% de la pensión de invalidez permanente total cuando ya se percibe una pensión de jubilación compatible con aquélla, por cuanto en tales casos no existe vacío de recursos económicos a cubrir con aquel incremento ante la dificultad de encontrar nuevo empleo, ya que la pensión de jubilación suple la falta de rentas de trabajo en su totalidad y por razones de edad, desapareciendo con ello la finalidad perseguida por el artículo 196.2 LGSS.

Los supuestos de hecho objeto de sendos recursos de casación para la unificación de doctrina resueltos por el TS, en las sentencias de 26 de enero de 2004, y de 13 de abril de 2005, parten de idéntica situación inicial, en la que se percibe conjuntamente la prestación de jubilación por el RETA así como la prestación de incapacidad permanente total en el Régimen Especial de la Minería del Carbón. Ambas pensiones se generaron en el sistema español de Seguridad social, sin que ninguna de ellas fuese una pensión originada en ningún sistema de seguridad social de otro Estado miembro ni de Suiza.

El TS realiza una interpretación sistemática, finalista, y extensiva, para concluir que considera injustificado el incremento del 20% de esta última prestación, porque supondría incumplir la finalidad prevista en el art. 196.2 LGSS, que no es otra que suplir el vacío de

¹⁵ SSTSun 26 enero 2004, FJ 2º (RJ 2004, 2426), y de 13 abril 2005, FJ 3º (RJ 2005, 451).

rentas procedentes del trabajo que se puede derivar de las dificultades para encontrar empleo. Ese vacío queda cubierto con la pensión de jubilación, de modo que no procede el incremento solicitado.

La interpretación del TS es extensiva, en la medida en que afirma que la incompatibilidad del complemento de incapacidad permanente total (y, por tanto, su suspensión) se deriva tanto en el supuesto expresamente previsto de que el beneficiario consiga otro empleo, como en el supuesto no previsto expresamente en el art. 6 Decreto 1646/1972, de que se genere en su favor otra pensión de seguridad social de otro Estado miembro o de Suiza. El TS estaría actuando por analogía, atendiendo a la identidad de razón, si bien no resulta tan clara la semejanza de supuestos de los que se parte.

Añade el TS que, si se actuara de otra manera, “se haría de mejor condición a quien se aparta del mercado laboral por su voluntad, no es obligatorio el cese en la actividad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (sic), que quien se mantiene en dicho mercado, obtiene trabajo y al mismo tiempo ostenta la condición de inválido permanente total, para otra profesión u oficio”¹⁶.

En virtud de esta misma jurisprudencia, se han dictado sentencias por los órganos judiciales inferiores al TS –que analizaremos a continuación–, que han determinado que no procede establecer distinciones entre pensiones de jubilación nacional y pensiones percibidas en otro Estado miembro o en Suiza, de modo que unas y otras deben ser consideradas del mismo modo a efectos de la aplicación de esta disposición.

Teniendo en cuenta que el TS se ha pronunciado en unificación de doctrina, declarando la incompatibilidad del complemento de la pensión de incapacidad permanente total con la de jubilación, resulta más que relevante esta STJUE de 15 de marzo de 2018, que sienta el criterio opuesto, esto es, la compatibilidad entre ese complemento y la pensión de jubilación.

5. DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA RELATIVA A LA COMPATIBILIDAD O NO DEL COMPLEMENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON OTRAS PRESTACIONES

La doctrina judicial española se divide en dos posiciones contradictorias: una de ellas es acorde con la jurisprudencia del TS mencionada, de modo que resuelve que se produce incompatibilidad de prestaciones, en litigios similares al del supuesto que estamos analizando, y utiliza argumentos semejantes a los ya examinados en el epígrafe anterior¹⁷.

¹⁶ En el mismo sentido, se pronuncia la STSun 13 abril 2005, FJ 3º (RJ 2005, 451).

¹⁷ Esta línea de la doctrina judicial resuelve litigios declarando la incompatibilidad, principalmente, entre el complemento de la pensión de incapacidad permanente total y la de jubilación, el complemento de la pensión de incapacidad permanente total y la de desempleo, o con el subsidio de mayores de 52 años. Entre otras, STSJ Cataluña 16 febrero 1998 (ECLI:ES:TSJCAT:1998;1365), STSJ Galicia 24 febrero 2000 (ECLI:ES:TSJGAL:2000;1056), STSJ Castilla y León 7 marzo 2007 (JUR 2007, 215734), STSJ Andalucía 1 diciembre 2012 (JUR 2012, 56653), STSJ Castilla y León de 23 octubre 2013 (JUR 2013, 345321), STSJ Castilla y León 2 diciembre 2013 (JUR 2013, 381876), STSJ de Castilla y León (Valladolid) 11 junio 2014 (JUR 2014, 186067), STSJ Cataluña 8 abril 2015 (JUR 2015, 158360), STSJ Navarra 7 abril 2016 (Recurso n.º 6072016), STSJ Galicia 29 julio 2016 (Recurso n.º 396/2016).

La otra posición de la doctrina judicial, por el contrario, declara la compatibilidad¹⁸ de prestaciones en supuestos análogos al ahora comentado. Para ello, algunas de estas sentencias¹⁹ se remiten a las conclusiones sentadas por STJUE, Sala 1ª, de 22 de octubre de 1998, en el asunto 143/1997²⁰. En esta Sentencia se enjuiciaba la suspensión por la Seguridad social de Bélgica de un suplemento de pensión de jubilación reconocido a un trabajador; suspensión fundada en la adquisición por éste de pensiones de jubilación en Italia y Alemania.

En la STJUE 22 octubre 1998, interpretando el Reglamento (CE) nº. 1408/1971, se declara que una norma nacional que establece que el suplemento de la pensión de jubilación debe reducirse en el importe de otra pensión de jubilación que el interesado puede solicitar en virtud de un régimen de otro Estado miembro, constituye una cláusula de reducción en el sentido de los arts. 12. 2 y 46 ter Reglamento (CE) nº. 1408/71. En la norma comunitaria (actualmente el art. 53.3 a) del Reglamento (CE) nº. 883/2004), el tratamiento de las cláusulas de reducción, suspensión o de supresión por acumulación de prestaciones es el mismo: sólo puede ser considerada aquella prestación causada en otro Estado miembro cuando la legislación de la institución encargada del reconocimiento así lo establece claramente²¹.

De este modo, esta línea de la doctrina judicial se apoya en el tenor literal del art. 53.3 a) del Reglamento (CE) nº. 883/2004, destacando la claridad de su contenido, cuando señala que: "La institución competente tendrá en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en otro Estado miembro sólo cuando la legislación que aplique establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero". La argumentación concluye que la legislación española no lo establece a los efectos de suprimir el complemento por mínimos o de declarar su incompatibilidad con otra prestación reconocida en el extranjero, por todo lo cual ha de declararse la compatibilidad entre las prestaciones en conflicto²².

Otro argumento utilizado por la línea de la doctrina judicial que reconoce la compatibilidad entre el complemento de una prestación española y otra de otro Estado miembro distinto o de Suiza, es que "el hecho de estar percibiendo una pensión de jubilación en Suiza no puede obstaculizar en este caso el acceso del demandante al incremento reclamado". Por un lado, se alega el desconocimiento del régimen de esa pensión de jubilación causada, de modo que no se debe sin más asimilar esta prestación a una pensión de jubilación causada conforme a la legislación española. Por otro lado, no cabe calificarla de incompatible cuando la disposición española "sólo establece la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad social, lo que en el presente

¹⁸ Reconociendo la compatibilidad, podemos citar, entre otras, la STSJ Asturias 22 febrero 2013 (JUR 2013, 124440), STSJ Castilla y León 9 marzo 2016 (JUR 2016, 64037); en particular por Alemania, SSTSJ Galicia 18 octubre 2016 (AS 2016, 1611); por Suiza, STSJ Galicia 19 enero 2017 (JUR 2017, 41642); STSJ Andalucía, Granada 24 febrero 2017 (JUR 2017, 72937), STSJ Galicia 16 marzo 2017 (JUR 2017, 89205).

¹⁹ STSJ Asturias 22 febrero 2013 (JUR 2013, 124440), STSJ Galicia 18 octubre 2016 (AS 2016, 1611).

²⁰ TJCE 1998, 253.

²¹ STSJ Asturias 22 febrero 2013 (JUR 2013, 124440), SSTSJ Galicia 18 octubre 2016 (AS 2016, 1611), 19 enero 2017 (JUR 2017, 41642).

²² STSJ Galicia 18 octubre 2016 (AS 2016, 1611), 19 enero 2017 (JUR 2017, 41642).

caso no se da, porque el actor no realiza trabajo alguno, sino que percibe una pensión de jubilación”²³. En este argumento se defiende una interpretación estricta y no analógica del precepto, de modo que, si no incluye expresamente la referencia a la incompatibilidad con la pensión extranjera, no podemos asimilar ese supuesto al de realización de un trabajo, puesto que no concurre identidad de razón.

No resulta baladí, al respecto, la reflexión que realiza la STSJ Galicia 16 marzo 2017²⁴, respecto de la jurisprudencia del TS en este tema, resaltando que el TS en ambas sentencias (...) enjuicia dos casos en los que el beneficiario percibía una pensión de jubilación del RETA y una IPT del régimen especial de la minería, ambos al amparo de la legislación española. A diferencia de los casos enjuiciados por el TS, en el supuesto de la STSJ Galicia citada se hace constar que “En este caso, desconocemos cuál es el régimen por el cual el trabajador se ha jubilado en Alemania, de modo que no podemos concluir que su jubilación en ese país obedece a su voluntad, como sucede en el régimen de autónomos. Así es que no existe identidad de razón con el contenido de la referida doctrina”. De ahí que falle declarando la compatibilidad del complemento con la pensión de jubilación alemana.

6. CUESTIONES INTERPRETATIVAS DE DERECHO COMUNITARIO PLANTEADAS EN EL AUTO DEL TSJ CASTILLA Y LEÓN DE 11 DE MAYO DE 2016, Y SUS RESPUESTAS POR LA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018

Ante las discrepancias entre la doctrina judicial y la jurisprudencia españolas a la hora de resolver litigios similares al ahora comentado, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León decidió suspender el procedimiento y plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante Auto de 11 de mayo de 2016²⁵, cuyo contenido está compuesto por seis cuestiones interpretativas sobre las normas del Derecho de la Unión Europea. A continuación, analizamos cada una de las cuestiones interpretativas, así como las respuestas dadas por el TJUE.

6.1. Primera cuestión interpretativa: Cláusula de reducción

La primera cuestión a resolver es la siguiente: la norma interna española que establece que el complemento del 20% en caso de incapacidad permanente total quedará en suspenso durante el tiempo en que el trabajador esté trabajando, ¿es una norma anti-acumulación o “cláusula de reducción” en el sentido indicado por los Reglamentos (CE) n.º 1408/71 y n.º 883/2004?

En opinión del INSS, esa norma nacional está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1408/71, porque se limita a enunciar una mera regla de incompatibilidad. En este sentido, el INSS se apoya en la respuesta dada en la Consulta 11/2015, formulada ante la Subdirección general de ordenación y asistencia jurídica, en la que se dictamina la incompatibilidad entre el incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, si se detecta que el interesado percibe una pensión de vejez de

²³ STSJ Galicia 19 enero 2017 (JUR 2017, 41642).

²⁴ JUR 2017, 89205.

²⁵ AS 2016\1629.

otro país. Conforme a la Consulta 11/2015²⁶, esa incompatibilidad no solo se produce si las circunstancias mencionadas concurren en el momento de reconocer la pensión de incapacidad permanente total, sino también con posterioridad al reconocimiento de ésta y de su incremento del 20%, si se detecta que el pensionista recibe, además, una pensión de vejez de otro país²⁷.

Sin embargo, la respuesta dada por el TJUE a esta primera cuestión planteada es una respuesta afirmativa, de modo que se declara que constituye una cláusula de reducción en el sentido del art. 12, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º. 1408/71, esa norma nacional que prevé la suspensión del complemento de la pensión de incapacidad permanente total durante el período en el que el beneficiario de esta pensión trabaje, o mientras percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza²⁸.

Resulta irrelevante, a estos efectos, que se califique a esa cláusula de reducción como cláusula para el cálculo o como regla de prueba, lo cual no impide incluirla dentro del ámbito de aplicación del Reglamento citado²⁹.

6.2. Segunda cuestión interpretativa: Legislación del primer estado miembro

En virtud del art. 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento (CE) n.º. 1408/71, “sólo se considerarán las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación del primer Estado miembro o de otros ingresos obtenidos en otro Estado miembro si la legislación del primer Estado miembro establece el cómputo de las prestaciones o ingresos obtenidos en el extranjero”. En relación con esta disposición, se formula la pregunta sobre si la expresión de “legislación del primer Estado miembro”, debe entenderse en sentido estricto o en sentido amplio, esto es, que excluya o incluya, respectivamente, la interpretación que un órgano jurisdiccional nacional supremo haya realizado de una disposición legislativa nacional.

La cuestión se plantea porque, como hemos señalado con anterioridad, la jurisprudencia nacional ha interpretado el art. 6 Decreto 1646/1972 en el sentido de que la suspensión del complemento de la pensión de incapacidad permanente total se extiende no solo a los supuestos en que el beneficiario de la misma obtenga un nuevo empleo, sino también al supuesto en que dicho beneficiario perciba una pensión de jubilación, sin distinguir si deriva del sistema de seguridad social nacional, o del de otro Estado miembro o de Suiza. De ahí que el TSJ Castilla y León necesite una respuesta sobre si esa interpretación jurisprudencial es incluíble dentro de la expresión “legislación del primer Estado miembro”.

²⁶ Consulta 11/2015, de 24 febrero (JUR 2017\75877).

²⁷ En este último supuesto, se señala que procederá declarar la incompatibilidad y reclamar al interesado las cantidades indebidamente percibidas, en aplicación del artículo 55 LGSS, desde la fecha en que se produjo dicha incompatibilidad y con una retroactividad máxima de 4 años.

²⁸ STJUE de 15 de marzo de 2018, apartado 41. En sentido similar, la STJUE de 22 de octubre de 1998, Conti, C- 143/97 (EU:C:1998:501, apartado 30) determinó que una norma nacional que establece que el suplemento añadido a la pensión de jubilación de un trabajador debe reducirse en el importe de una pensión de jubilación que el interesado puede solicitar en virtud de un régimen de otro Estado miembro o en Suiza, constituye una cláusula de reducción de las previstas en el art. 12.2 Reglamento n.º. 1408/71.

²⁹ La sentencia comentada cita, al respecto, las Sentencias de 22 de octubre de 1998, Conti, C- 143/97, EU:C:1998:501, apartado 24, y de 18 de noviembre de 1999, Van Coile, C- 442/97, EU:C:1999:560, apartado 27.

La respuesta del TJUE es, de nuevo, afirmativa, entendiendo que debe realizarse una interpretación amplia del concepto de “legislación del primer Estado miembro”, que incluya la interpretación dada por el órgano jurisdiccional nacional supremo sobre esa legislación³⁰.

6.3. Tercera cuestión interpretativa: Prestaciones de la misma naturaleza

Mediante la tercera cuestión prejudicial, el TSJ de Castilla y León desea saber si debe considerarse que el complemento del 20 % concedido al trabajador que percibe una pensión de incapacidad permanente total en virtud de la normativa española y la pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza o de naturaleza diferente, a los efectos del Reglamento (CE) nº. 1408/71. Para contestar a esta cuestión, conviene tomar en consideración los siguientes aspectos:

- Según jurisprudencia reiterada del TJUE, las prestaciones de seguridad social son de la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos.

- En el caso que estamos comentando, el objeto y la finalidad del complemento del 20 % es proteger a una categoría específica de personas particularmente vulnerables, que están en situación de incapacidad permanente total y con una edad en la que les resulta difícil encontrar empleo en una profesión diferente de la que ejercían anteriormente. El importe del complemento se fija en función de la base reguladora que se tiene en cuenta para determinar el importe de dicha pensión de incapacidad.

- El objeto y la finalidad del complemento y de la pensión de incapacidad permanente total ostentan características análogas a las de las prestaciones de vejez, en concreto, conceder a su beneficiario medios económicos que le permitan satisfacer sus necesidades durante el período comprendido entre la declaración en situación de incapacidad permanente total y la edad de jubilación. Cabe resaltar, en este sentido, que la normativa española asimila ficticiamente, al alcanzar la edad de jubilación, la pensión de incapacidad permanente total a una pensión de jubilación.

- El TJUE ya ha declarado, en otras ocasiones, que, cuando un trabajador percibe prestaciones por invalidez transformadas en pensión de vejez en virtud de la normativa de un Estado miembro y de prestaciones por invalidez que aún no se han transformado en pensión de vejez en virtud de la normativa de otro Estado miembro, la pensión de vejez y las prestaciones por invalidez deben considerarse de igual naturaleza³¹.

Teniendo en cuenta los aspectos señalados, la contestación a la cuestión planteada es que 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

³⁰ STJUE de 15 de marzo de 2018, apartado 48. En este sentido, la sentencia mencionada se apoya en la sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido, C- 382/92, (EU:C:1994:233, apartado 36), que declara que el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales.

³¹ SSTJUE de 2 de julio de 1981, Celestre y otros, 116/80, 117/80 y 119/80 a 121/80 (EU:C:1981:159, apartado 11) y jurisprudencia citada, y de 18 de abril de 1989, Di Felice, 128/88 (EU:C:1989:153, apartado 13).

trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento (CE) nº. 1408/71³².

Esa naturaleza semejante se pone de manifiesto no solo durante el período comprendido entre la declaración en situación de incapacidad permanente total entre los 55 años y la edad de jubilación, sino también una vez alcanzada dicha edad³³.

6.4. Cuarta y Quinta cuestiones interpretativas: Disposiciones aplicables en materia de acumulación de prestaciones

Despejada la duda en el sentido de que ambas prestaciones son de la misma naturaleza, la cuarta y quinta cuestiones interpretativas hacen referencia a qué disposiciones concretas del Reglamento (CE) nº. 1408/71 en materia de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza deben aplicarse.

Como regla general, se destaca el art. 12, apartado 2, del Reglamento (CE) nº. 1408/71, que establece que las cláusulas que prohíben la acumulación, previstas en la legislación de un Estado miembro, podrán hacerse valer frente a los beneficiarios de una prestación a cargo de dicho Estado miembro cuando éstos tengan derecho a otras prestaciones de seguridad social, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro³⁴.

Como regla específica, aplicable a las prestaciones por invalidez, vejez o supervivencia, se menciona el art. 46 ter, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº. 1408/71, en virtud del cual, las cláusulas que prohíben la acumulación contenidas en la legislación de un Estado miembro sólo se destinarán a una prestación calculada según lo dispuesto en el art. 46, apartado 1, letra a), inciso i), de dicho Reglamento cuando se cumplan dos requisitos acumulativos:

- primero, cuando se trate de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos y,
- segundo, si la prestación se menciona en la parte D del anexo IV.

El TJUE determina, en su sentencia de 15 de marzo de 2018, que, en este caso, las prestaciones controvertidas cumplen el criterio establecido en el art. 46, apartado 1, letra a), inciso i), del Reglamento mencionado, puesto que el cálculo de éstas se realizó por las instituciones nacionales respectivas teniendo en cuenta solo las disposiciones de la legislación que aplican, sin que fuera necesario aplicar mecanismos de totalización o de prorrateo³⁵.

³² STJUE de 15 de marzo de 2018, apartado 61.

³³ STJUE de 15 de marzo de 2018, apartado 60.

³⁴ Para reafirmar la aplicación de esta disposición, se citan las sentencias del TJUE en las que se sigue ese razonamiento jurídico: SSTJUE de 7 de marzo de 2002, Insalaca, C- 107/00, EU:C:2002:147, apartado 22, y de 7 de marzo de 2013, van de Booren, C- 127/11, EU:C:2013:140, apartado 29.

³⁵ STJUE 15 marzo 2018, apartado 65.

Respecto a los requisitos acumulativos citados, se afirma lo siguiente:

- En relación con el primer requisito, será el TSJ Castilla y León el órgano jurisdiccional que debe responder sobre la controversia relativa a si el importe del 20 % depende del período de seguro cotizado.
- En relación con el segundo requisito, constata que una prestación de esta naturaleza no está expresamente mencionada en el anexo IV, parte D, del Reglamento (CE) n.º 1408/71.

Por tanto, este segundo requisito no se cumple, con lo cual la respuesta del TJUE a las cuestiones interpretativas cuarta y quinta, se resume en que el art. 46 ter, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del art. 6 Decreto 1646/1972, no es de aplicación a una prestación calculada con arreglo al art. 46, apartado 1, letra a), inciso i), de este Reglamento, en la medida en que esta prestación no está incluida en el anexo IV, parte D), del mismo Reglamento³⁶.

6.5. Sexta cuestión interpretativa

La sexta cuestión interpretativa se planteaba partiendo de la hipótesis de que se considerase que ambas prestaciones son de distinta naturaleza. Dado que el TJUE ha contestado declarando que ambas prestaciones son de la misma naturaleza, resulta innecesario responder a la sexta cuestión³⁷.

7. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y FALLO DE LA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018

Mediante su sentencia de 15 de marzo de 2018, el TSJUE sienta un criterio uniforme y ordena la doctrina judicial divergente existente en nuestro país para estos casos.

En este sentido, el TJUE considera que el complemento español del 20 % concedido al trabajador y la pensión de jubilación suiza adquirida por el mismo trabajador son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1408/71.

Para el TJUE, son prestaciones de la misma naturaleza porque presentan características análogas, en la medida en que su finalidad es garantizar medios de subsistencia a estos trabajadores durante el período comprendido entre la declaración de la situación de incapacidad permanente total y la edad de jubilación.

Por otra parte, el TJUE declara que la cláusula de reducción del art. 6 Decreto 1646/1972, no es aplicable al complemento de la pensión de incapacidad permanente total, ya que no está incluido en un anexo del mismo Reglamento (concretamente, el anexo IV, parte D).

³⁶ STJUE 15 marzo 2018, apartado 67.

³⁷ STJUE 15 marzo 2018, apartado 68.

En efecto, este Reglamento dispone, en particular, que las cláusulas de reducción contenidas en la legislación de un Estado miembro se aplicarán a una prestación calculada por la institución nacional en virtud únicamente de las disposiciones de la legislación que aplica (como ha sido el caso tanto para el cálculo del importe de la pensión de incapacidad permanente total española como para el de la pensión de jubilación suiza), pero sólo cuando se cumplan los dos requisitos acumulativos, que indicamos en el epígrafe sobre la cuarta y quinta cuestiones interpretativas. De los dos requisitos, el segundo no se cumple en el caso que estamos comentando, por lo que no cabe aplicar esa cláusula de reducción, y las prestaciones se consideran compatibles.

8. CONCLUSIONES

La relevante STJUE de 15 de marzo de 2018 muestra, una vez más, la complejidad de los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social, dotados casi de tantas normas generales como excepciones a las mismas, lo que crea, en ocasiones, un panorama confuso que dificulta su correcta aplicación e interpretación.

Derivada de esa complejidad, también resulta complicada la tarea de ajuste entre los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social y los propios sistemas normativos nacionales de seguridad social³⁸.

Así se observa en el caso que es objeto de la cuestión prejudicial ante el TJUE que hemos examinado, en el que se debe interpretar determinados artículos de los Reglamentos (CE) nº. 1408/71 y nº. 883/2004, para determinar la compatibilidad o no del complemento de la pensión de incapacidad permanente total española con la pensión de jubilación suiza. La doctrina judicial se divide en dos posiciones contradictorias, y solo una de ellas es acorde con la jurisprudencia sobre este asunto. Por su parte, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial declarando la compatibilidad entre las prestaciones en conflicto; solución que es contraria, a su vez, a la jurisprudencia española sobre el tema.

Ante este confuso panorama, el TJUE aporta su interpretación, conforme a la cual se consideran compatibles ambas prestaciones. Ahora el TSJ Castilla y León, así como los demás tribunales nacionales que enjuicien litigios similares, deberán resolverlos teniendo en cuenta esta interpretación del TJUE.

³⁸ PÉREZ CAMPOS, A. I.: “Libre circulación y Seguridad social: Alcance de las excepciones al principio de territorialidad de las prestaciones”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 11/2008 parte Presentación, BIB 2008\767.

Los efectos de la prestación de servicios por el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta. La actualización de la base reguladora (STS 25 abril 2018 –Rcud 2322/2016–)

The effects of the provision of services by the beneficiary of a total permanent invalidity pension. Update of the basis for calculation (Supreme Court Judgement 25 April 2018 –Rcud 2322 / 2016–)

ANA MARÍA ORELLANA CANO

MAGISTRADA ESPECIALISTA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

ACADÉMICA DE NÚMERO DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

DOCTORA EN DERECHO POR LA UCM

Resumen

El objeto de este trabajo lo constituye el análisis de la STS de 25 de abril de 2018, que declara que procede la actualización de la base reguladora con el cómputo de las cotizaciones correspondientes al trabajo por cuenta ajena desempeñado por el beneficiario, mientras la pensión de incapacidad permanente absoluta se encontraba suspendida, por ser incompatible. Se examinan las cuestiones debatidas y, también se plantea un problema que no ha sido abordado por la sentencia analizada. Concretamente, si se puede aplicar esta doctrina también a los supuestos en los que resulte una base reguladora inferior y, por tanto, una pensión inferior, tras la actualización. Se pone de manifiesto que la actualización de la base reguladora no sólo tendría que llevarse a cabo con el cómputo de las bases de cotización correspondientes al periodo durante el que el beneficiario trabajó por cuenta ajena, sino también con el incremento correspondiente del porcentaje por el mayor tiempo cotizado. Y, concluye la autora que no procederá la actualización de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, cuando el resultado suponga una pensión de incapacidad permanente de inferior importe a la que venía percibiendo el beneficiario, antes de desempeñar el trabajo por cuenta ajena.

Palabras clave

Pensionista de IPA; trabajo; base reguladora de la pensión

Abstract

The purpose of this work is the analysis of the Supreme Court Judgement of 25th April, 2018, which states that it is appropriate to update the basis for calculation with the calculation of contributions corresponding to paid work performed by the beneficiary while the pension of total permanent invalidity was suspended, as it was incompatible. The issues discussed are examined and a problem that has not been addressed by the judgement analysed is also raised. Specifically, if this doctrine can be applied also to the cases in which a lower basis for calculation emerges and, therefore, a lower pension, after the update. It is clear that the updating of the basis for calculation would not only have to be carried out with the calculation of the contribution bases corresponding to the period during which the beneficiary worked as an employee, but also with the corresponding increase of the percentage for the greater time calculated. And, the author concludes that the updating of the basis for calculation of the permanent invalidity pension will not proceed when the result entails a permanent invalidity pension of a lower amount to which the beneficiary was receiving before performing the work as an employee.

Keywords

total permanent invalidity pensioner; work; basis for calculation of the pension

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 (Rcud 2322/2016) aborda la cuestión relativa a la actualización de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta, que fue suspendida por la entidad gestora, durante la prestación de servicios por cuenta ajena del beneficiario. Como se ha indicado, éste solicitó que se reanudara el abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta, una vez se produjo el cese de la actividad laboral desempeñada, calculándose de nuevo la base reguladora, a los efectos de computar las cotizaciones efectuadas durante el trabajo por cuenta ajena desarrollado. Concretamente, con el cómputo de estas cotizaciones, resultaba una mayor base reguladora y, por ende, una superior pensión de incapacidad permanente absoluta, en relación con la que venía percibiendo antes de la suspensión.

La Sentencia del Tribunal Supremo estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina, casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2016 (Recurso de suplicación 1625/2015) y estimando la demanda, declara el derecho del actor a percibir la superior pensión de incapacidad permanente absoluta, derivada del cómputo de las cotizaciones realizadas durante la prestación de servicios, en el nuevo cálculo de la base reguladora de la misma.

Debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento de esta Sentencia no sólo se refiere a la actualización de la base reguladora para reanudar el cobro de la pensión de incapacidad permanente absoluta, tras la actividad laboral del beneficiario, sino que extiende la doctrina al cómputo de las nuevas cotizaciones, para el acceso a todas las prestaciones de Seguridad Social, cualquiera que sea la contingencia de las que deriven, incluida la prestación de incapacidad permanente, tanto si tras el nuevo período de actividad laboral, se mantiene el grado previamente reconocido, como si se revisa por agravación o por mejoría.

En el análisis de esta sentencia partiré de la naturaleza jurídica de la pensión de incapacidad permanente absoluta, como renta sustitutiva del salario, con la referencia a la incidencia del principio de proporcionalidad de las cotizaciones. A continuación, examinaré los efectos que despliega la realización de un trabajo por cuenta ajena por el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente absoluta. Ha de distinguirse, al respecto, la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente absoluta y el trabajo por cuenta ajena y, la revisión del grado reconocido, del régimen de la jubilación flexible y la suspensión de la pensión de jubilación. Y, por último, expondré algunos problemas que suscita la actualización de la base reguladora de una prestación ya reconocida y, la fecha de efectos, con una referencia a los precedentes jurisprudenciales sobre la materia y, a la resolución del supuesto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo analizada.

La Sentencia que se examina, –dadas las fechas en las que ocurrieron los hechos–, aplica la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ya derogada y, concretamente, algunas de sus normas, en la redacción dada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, vigente desde el 1 de enero de 2013. A pesar de lo anterior, haré también referencia a la regulación actual 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, a

los efectos de delimitar la aplicación de la doctrina judicial que sienta la sentencia de referencia, con la vigencia de esta ley.

Por esta razón, conviene tener presente que las reformas de Seguridad Social operadas en el quinquenio 2011 a 2015, se caracterizan por perseguir como objetivo, garantizar la sostenibilidad y el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria. Por el contrario, las reformas anteriores pretendían solventar los problemas que originaba el sistema de reparto en relación con la evolución demográfica y el aumento de las personas en situación de dependencia. Acorde con lo anterior, las últimas reformas van encaminadas a obtener el reforzamiento entre las cotizaciones y las prestaciones y, se encuentran en la línea marcada por la Unión Europea, denominada método abierto de coordinación¹.

2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO

La actora, de profesión habitual vigilante de seguridad, fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta por la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de agosto de 2004. La actora solicitó que la entidad gestora declarara que era compatible la pensión de incapacidad permanente absoluta con el trabajo de vigilante, lo que fue desestimado por la Resolución de 12 de enero de 2005.

El 16 de junio de 2006, la demandante solicitó la suspensión de la pensión, para prestar servicios como vigilante en una empresa de seguridad. Por la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de julio de 2006, –después de ser valorada por el Equipo de Valoración Médica de Incapacidades–, se declaró que la actora se encontraba en el mismo grado de incapacidad permanente absoluta, que la actividad de vigilante era incompatible con el estado de salud y con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que se acordó la suspensión de ésta última, mientras la beneficiaria prestara servicios como vigilante.

La actora permaneció en situación de incapacidad temporal desde julio de 2010 a octubre de 2011, por lo que solicitó la revisión del grado reconocido de incapacidad permanente absoluta, que le fue denegada por la Resolución de 24 de mayo de 2012.

Agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, el 11 de mayo de 2013, la entidad gestora promovió de oficio el expediente de revisión del grado de incapacidad permanente absoluta, dictándose la Resolución de 14 de mayo de 2013, que confirmó que la actora seguía afectada de incapacidad permanente absoluta, reanudándose el abono de la pensión que había sido suspendida.

La demandante impugnó la Resolución indicada, para que se le computaran las cotizaciones que había efectuado durante la prestación de servicios como vigilante y, se calculara de nuevo la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta, lo que fue desestimado, formulando la demanda que dio origen a las actuaciones, en la que reclamaba que el importe de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente

¹ ESTEVE SEGARRA, A.: “El impacto de la crisis económica en la Seguridad Social: panorama general de las últimas reformas”, Cuadernos Digitales de Formación número 36, Consejo General del Poder Judicial, 2015, página 5.

absoluta que le había sido reconocida por la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 14 de mayo de 2013, se incrementara con las bases de cotización realizadas en el tiempo en el que estuvo trabajando y tuvo suspendida la pensión. Y ello, porque consideraba que el tiempo trabajado en la misma profesión anterior, lo que debería haber provocado, era una revisión del grado reconocido, por error de diagnóstico.

La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda, que fue recurrida en suplicación por la actora. Por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2016 (Recurso de suplicación 2322/2016) se desestimó el recurso, argumentando que no es posible apreciar un error de diagnóstico, cuando en nueve años, las dolencias no sólo son las mismas, sino que se han agravado, siendo, por tanto, lo adecuado suspender la pensión de incapacidad permanente absoluta, que es precisamente, lo que solicitó la actora. Además, el expediente administrativo para la revisión de la situación de incapacidad, no finalizó con una nueva declaración de incapacidad permanente, sino con la rehabilitación de la prestación ya reconocida, por lo que no ha lugar a variar la base reguladora.

Esta Sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de noviembre de 2011 (Recurso de suplicación 4894/2011).

3. LA APRECIACIÓN DE CONTRADICCIÓN

El Ministerio Fiscal, en el trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina, emitió un informe en el que, partiendo de la existencia de contradicción, sostenía que no debían computarse las cotizaciones.

La sentencia de contraste indicada, de 2 de noviembre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve el supuesto de un trabajador, que tenía reconocida una incapacidad permanente absoluta desde septiembre de 2002 y, debido a que el beneficiario iba a desarrollar una actividad, se tramitó un expediente de revisión, en el que se acordó, en febrero de 2006, no revisar el grado de incapacidad permanente absoluta y, suspender el abono de la prestación. El trabajador prestó servicios, en diferentes empresas y periodos, hasta mayo de 2009. Tras un proceso de incapacidad temporal y, situaciones de desempleo, se solicitó por el interesado la revisión del grado de incapacidad por agravación. La entidad gestora, partiendo de que las dolencias eran las mismas que en el año 2002, desestimó la revisión por agravación y, mantuvo la incapacidad permanente absoluta, con la misma base reguladora. Se presentó demanda para que se modificara la base reguladora con las cotizaciones efectuadas durante el periodo de suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso de suplicación, revocando la sentencia de instancia y, estimó la demanda, considerando que procedía recalcular la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta, computando las cotizaciones satisfechas durante el período de suspensión de la prestación.

La sentencia que se examina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo apreció la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de la

Comunidad Valenciana y la de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Efectivamente, en ambos supuestos la pensión de incapacidad permanente absoluta se había suspendido durante el periodo en el que el beneficiario estuvo prestando servicios por cuenta ajena y, tras el cese en la actividad, se reanudó el abono de la pensión, en la de contraste, computándose las cotizaciones efectuadas y, en la sentencia recurrida, no.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

Me parece conveniente, para facilitar una mejor comprensión del debate suscitado y resuelto en la sentencia que analizo, determinar la naturaleza jurídica de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las prestaciones se plantea la controversia contributividad versus asistencialidad. Puede afirmarse que en relación con la pensión de incapacidad permanente absoluta prima el carácter contributivo de la misma sobre el asistencial, ya que su cuantía depende de las cotizaciones efectuadas por el causante, más que de la situación real de necesidad del beneficiario. Se habla por ello de la cobertura por esta pensión de una situación presunta de necesidad del beneficiario. Ello es consecuencia directa de la no exigencia de la carencia de rentas para su percepción².

Las prestaciones de Seguridad Social se califican como rentas de sustitución de los salarios, ya que su función primordial consiste en sustituir los ingresos o rentas derivadas del trabajo personal, dejados de percibir por el beneficiario, al sobrevenir la contingencia.

Por lo tanto, si la protección social tiene como finalidad suplir la falta de rentas derivada de una situación de necesidad que no permite trabajar, lo normal sería concluir que, una vez se pudieran volver a obtener las rentas derivadas del trabajo, se extinguiría la prestación³. Sin embargo, esta no es la regla general porque cada prestación tiene su propio régimen jurídico y, no existe una norma en nuestro sistema de Seguridad Social que establezca reglas comunes de compatibilidad o incompatibilidad, salvo el artículo 163 de la Ley General de la Seguridad Social que establece en su párrafo primero que *“las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí, cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas”*. Por lo tanto, aunque prevé el principio general de la incompatibilidad, por un lado, sólo se refiere a las del Régimen General y, por otro, permite la excepción por ley o reglamento, otorgando el derecho de opción al beneficiario que tenga derecho a percibir más de una prestación de este régimen. En consecuencia, el legislador, –al igual que en el artículo 122.1 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ya derogada–, permite la regulación específica en cada prestación de la compatibilidad o incompatibilidad. Ante esta situación, se invocó

² ORELLANA CANO, A.M.: *“Problemas en torno a la pensión de viudedad”*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación número 47, 2017, página 6.

³ MOLINER TAMBORERO, G.: *“Compatibilidad e incompatibilidad de prestaciones con otras prestaciones o con ingresos de otra naturaleza. Un estudio de jurisprudencia”*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación número 44, 2011, páginas 2 y 3.

ante el Tribunal Constitucional en recursos de amparo, la posible vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución, que declaró que es inidónea la comparación entre las distintas prestaciones de la Seguridad Social para probar la discriminación y, están excluidas del recurso de amparo, las cuestiones de legalidad ordinaria. Así se pronunció el Alto Tribunal, entre otras, en las Sentencias 103/1984, de 12 de noviembre, 121/1984, de 12 de diciembre y 375/1993, de 20 de diciembre.

La cuantía de la prestación de incapacidad permanente depende de las cotizaciones, rigiendo el principio de correspondencia entre las cotizaciones y las prestaciones, que inspira el nivel contributivo de protección social, como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1984, de 12 de diciembre, anteriormente reseñada. Y, precisamente, la controversia resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo que examino, gira en torno a la aplicación de este principio de correspondencia.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, que se examina, parte, según el fundamento jurídico cuarto, de la función de sustitución de rentas que caracteriza las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social, por lo que las cuantías se fijan de acuerdo con la contribución al sistema y, aplicando unas reglas generales y otras específicas.

5. LOS EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

La Sentencia que se examina resuelve el fondo del asunto en el fundamento jurídico cuarto. La parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 141 y 143 en relación con los artículos 124, 138 y 140 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, invocando el derecho del pensionista a la reinserción laboral y, por tanto, a que se le actualice la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta en el momento de la reanudación de su percepción, finalizada la suspensión por el cese en la actividad laboral de la beneficiaria. El Tribunal Supremo, después de realizar unas consideraciones generales, se centra en la revisión de la incapacidad permanente absoluta y, en el régimen de compatibilidades; para terminar, con el cómputo de las cotizaciones.

La actora, de profesión habitual vigilante de seguridad, que se encontraba en situación de incapacidad permanente absoluta, solicitó la suspensión de la pensión, para prestar servicios como vigilante en una empresa de seguridad. La entidad gestora declaró que la actora se encontraba en el mismo grado de incapacidad permanente absoluta y, que la actividad de vigilante era incompatible con el estado de salud y, con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que se acordó la suspensión del abono de la pensión, durante el desarrollo del trabajo por cuenta ajena, como vigilante.

La compatibilidad entre el trabajo y la prestación de incapacidad permanente total es lógica, habida cuenta de que ésta sólo inhabilita para la realización de la profesión habitual; pero, en el caso de la incapacidad permanente absoluta, el beneficiario se encuentra impedido para realizar toda profesión u oficio y, resulta más discutible que pueda desarrollar un trabajo por cuenta propia o ajena, compatible.

En relación con la incapacidad permanente total el artículo 141.1 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, –derogada, pero aplicable al caso de autos, como ya indiqué–, en la redacción dada por la reforma de la ley 27/2011, dispone que la pensión vitalicia de la incapacidad permanente total será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. Por lo tanto, a sensu contrario, si coinciden las funciones de la profesión habitual del beneficiario, que sirvió de base a la declaración de incapacidad permanente total con las que va a desarrollar, se apreciará la incompatibilidad.

Por su parte, el artículo 141.2 del citado texto legal establece que *“las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”*. Por lo tanto, los dos condicionantes para que la beneficiaria de incapacidad permanente absoluta y, actora en las presentes actuaciones, pudiera desarrollar la actividad por cuenta ajena de vigilante son:

1. Que la actividad a desarrollar sea compatible con su estado.
2. Que no represente un cambio en su capacidad de trabajo que implique la revisión del grado reconocido a efectos de revisión. La revisión, a tenor del artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, se puede producir por agravación o por mejoría, por error de diagnóstico y, por la realización de un trabajo por el beneficiario.

No obstante lo anterior, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, no se controvierte en autos la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de julio de 2006, que declaró que la actora se encontraba en el mismo grado de incapacidad permanente absoluta, que la actividad de vigilante era incompatible con el estado de salud y con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que se acordó la suspensión de ésta última, mientras la beneficiaria prestara servicios como vigilante. Recuérdese la naturaleza extraordinaria del recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que el Tribunal Supremo no puede pronunciarse sobre las cuestiones no debatidas. No obstante lo anterior, se va a examinar la resolución de la entidad gestora, que contiene dos aspectos. Y, así, en primer lugar, declara que la actividad de vigilante es incompatible con el estado de salud de la trabajadora y, de otro, que el trabajo por cuenta ajena es incompatible con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

Al declarar la incompatibilidad de la actividad con el estado de salud de la actora, aplica lo preceptuado en el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994. Ahora bien, las consecuencias de esta declaración vienen contempladas en el artículo 143.2.2º de la Ley General de la Seguridad Social citada que dispone que *“si el pensionista por incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución”*. Por lo tanto, ante los supuestos de incompatibilidad entre la actividad y el estado del inválido, la entidad gestora, de oficio o a instancia de parte, puede

promover la revisión del grado de incapacidad permanente reconocido. En el caso de autos, consta que la actora fue reconocida por el Equipo de Valoración de Incapacidades, antes de dictarse la Resolución de 13 de julio de 2006, por lo que ha de entenderse que se tramitó el correspondiente expediente de revisión.

La indicada resolución acuerda también la incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que acuerda la suspensión de ésta. Esta consecuencia no viene prevista en los artículos 141 ni 143 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994. Pudiera entenderse que cabría aplicar por analogía lo regulado en el artículo 165.2 de la Ley General de la Seguridad Social citada, en sede de incompatibilidad con la pensión de jubilación, que concretamente, establece que *“el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva. La percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones”*.

Sin embargo, debe destacarse que la suspensión para los supuestos de desarrollo de trabajos incompatibles con la pensión de incapacidad permanente se contempla en el artículo 18.4 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 que estipula que *“si el procedimiento se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiese constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social”*. La suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez en estos supuestos, ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, pero respecto de la incapacidad permanente total ha establecido ciertos límites, declarando la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003 (Rcud 2943/2002) que no existe previsión normativa que permita al Instituto Nacional de la Seguridad Social, de oficio, acordar la suspensión de una prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Reitera la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002 (Rcud 1651/2001), ya que *“dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones es crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa”*, lo que no procede, atendiendo a la regla general de compatibilidad de la incapacidad permanente total con el trabajo, siempre que no coincidan las funciones, según el artículo 141.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.

En la Sentencia que se analiza, el Tribunal Supremo afirma que declaró ultra vires el artículo 18.4 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, pero más que una declaración de ultra vires del precepto, lo que llevó a cabo, el Tribunal, fue una interpretación restrictiva del mismo, a mi juicio. No cabe duda, por tanto, de la aplicación de la norma al supuesto de incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que fue ajustada a derecho la suspensión de la misma, acordada en el caso de autos.

Por lo tanto, cabe colegir que el efecto de la realización por el beneficiario de una incapacidad permanente absoluta, de un trabajo incompatible con su estado de salud, es la tramitación, de oficio o a instancia de parte, de un expediente de revisión del grado reconocido y, en el caso en el que se concluya que el desarrollo del trabajo es incompatible con su estado, se acordará por la entidad gestora, la suspensión de la pensión.

6. LA ACTUALIZACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, TRAS EL CESE DE LA ACTIVIDAD LABORAL

Como se ha indicado, la entidad gestora acordó la suspensión del abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta a la actora, durante la prestación de servicios como vigilante de seguridad. En principio, la suspensión de la pensión debería de tener como consecuencia su reanudación en igual importe, tras el cese en la actividad⁴. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo que se examina llega a la conclusión de que han de computarse las cotizaciones realizadas por la actora, correspondientes a la prestación de servicios, mientras la pensión de incapacidad permanente absoluta estuvo suspendida y, actualizar la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta en el momento de la reanudación del pago, computando tales cotizaciones.

6.1. Los precedentes en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

La pretensión deducida por la actora se centra en el cómputo de las cotizaciones efectuadas, con ocasión del trabajo desempeñado por cuenta ajena, durante el tiempo de suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta, de forma tal que se vuelva a calcular la base reguladora de la misma y, en consecuencia, se reanude la percepción de la pensión en la mayor cuantía, resultante de lo anterior.

Como pone de manifiesto la Sentencia que se analiza, esta cuestión no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo. No obstante, encontramos algún precedente en un supuesto similar, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (Rcud 907/2012). En este caso, el beneficiario de una pensión de gran invalidez, desarrolló una actividad compatible con la misma, trabajando en la ONCE y, cuando finalizó su trabajo porque sus dolencias le impedían continuar, solicitó que se computaran las cotizaciones efectuadas, para incrementar la pensión de gran invalidez, recalculándose la base reguladora. Y declaró el Tribunal Supremo que las cotizaciones eran computables y habían de tener eficacia, por lo que estimó que debía recalcularse la base reguladora de la pensión y, el gran inválido tenía derecho a la pensión de superior importe reclamada. De hecho, esta sentencia, según consta en su fundamento jurídico cuarto, sienta la siguiente doctrina: *“que las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado por el pensionista han de tener eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, prestación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir*

⁴ DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La pensión contributiva de jubilación del Régimen General en la unificación de doctrina”, Revista del Poder Judicial número 78, 2005, Consejo General del Poder Judicial, página 15.

desarrollando la actividad profesional –o actividades profesionales– desempeñada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad”. Por lo tanto, en esta doctrina se encuadra también el supuesto enjuiciado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, aunque la diferencia con el caso anterior, radica en que en aquél, la actividad era compatible con la gran invalidez reconocida y, en éste, era incompatible con la incapacidad permanente absoluta declarada a la beneficiaria.

En relación con la pensión de jubilación, se pueden encontrar sentencias que sostienen la invariabilidad de las bases reguladoras, como las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1997 (Rcud 853/1996) y de 22 de marzo de 1999 (Rcud 2838/1998), que declararon que las cotizaciones posteriores al reconocimiento de la pensión de jubilación, que había sido suspendida durante la realización de trabajos, no son computables a los efectos de modificar la base reguladora inicial. Pero estas sentencias se dictaron aplicando el artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, que prohibía variar la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida, aunque hubiera quedado en suspenso por la realización de trabajos por cuenta ajena, por los que se hubiera cotizado. Este precepto fue derogado por la Ley 26/1985, por lo que la doctrina sentada por las indicadas sentencias, carece de incidencia en el supuesto que se analiza, amén de que se refieren a la pensión de jubilación y no de incapacidad permanente absoluta.

Un ejemplo, en nuestro derecho, de la posibilidad de actualización de la base reguladora, se produce en los supuestos de recaída en la situación de incapacidad temporal, pues, en estos casos, la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal se recalculará en el momento del hecho causante de la recaída, como declararon las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2003 (Rcud 3605/2002) y de 12 de julio de 2007 (Rcud 5448/2005).

6.2. La resolución del litigio por la STS de 25 de abril de 2018

La Sentencia del Tribunal Supremo que se examina concluye que *“las cotizaciones realizadas en una actividad, durante la suspensión de la prestación de incapacidad permanente absoluta, son computables para el cálculo de la base reguladora de la pensión que se reanuda”*. Precisamente así titula el apartado D del fundamento jurídico cuarto. A continuación indica que existe la misma identidad de razón que cuando la Sala admitió que, en los supuestos de compatibilidad entre la pensión y el trabajo, las cotizaciones computaran para incrementar la pensión. Se basa en los siguientes argumentos, que se resumen a continuación:

1. Cuando el beneficiario de una incapacidad permanente absoluta realiza trabajos por cuenta ajena, pone de manifiesto que, a pesar de su situación, ha podido atender una actividad profesional, cotizando por la misma. Como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2009 (Rcud 1674/2008), en este caso, no procede la suspensión por incompatibilidad sino la iniciación del expediente de revisión conforme al 143.2.2º de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.
2. El trabajo es incompatible con la incapacidad permanente absoluta cuando es perjudicial o inadecuado para el estado de salud del incapacitado. Esta cuestión no se debate en el presente litigio.

3. La declaración de incapacidad permanente absoluta no basta para presumir que no se realizó el trabajo por cuenta ajena.
4. Las cotizaciones realizadas durante el periodo de prestación de servicios, aunque ésta fuera incompatible, tienen eficacia de acuerdo con el artículo 124.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, salvo disposición legal en contrario.
5. Cuando se reanuda el abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta suspendida, debe valorarse la situación del beneficiario, por si ha sufrido una mejoría o una agravación en su cuadro de secuelas, por lo que también, en este momento, ha de calcularse de nuevo, la base reguladora de la prestación, computando las cotizaciones realizadas durante la suspensión. Debe resaltarse que ha existido una efectiva prestación de servicios, unas cotizaciones reales y, el fraude no se presume.
6. Lo indicado es acorde con el principio de contributividad de nuestro sistema de Seguridad Social, que exige una proporcionalidad entre la prestación y la contribución del trabajador, por lo que la base reguladora se calculará en función de lo efectivamente cotizado, como declararon las Sentencias del Tribunal Constitucional 253/04, 1156/14 y, 110/15.
7. Es también la que mejor garantiza el debido cumplimiento de la función de sustitución de rentas de activo atribuido a la pensión de incapacidad permanente absoluta, aproximando la cuantía de la prestación a las últimas retribuciones percibidas por la trabajadora.
8. Si la Seguridad Social percibió las cotizaciones por todas las contingencias, incluida la de incapacidad permanente absoluta, deben computarse para recalcular la base reguladora de la misma.
9. Este criterio es acorde con el derecho al trabajo del artículo 35, en relación con los artículos 9.2, 14 y, 49 de la Constitución, pues como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (Rcud 907/12), lo contrario tendría un efecto desincentivador sobre la reinserción laboral de los trabajadores afectos de una gran invalidez o de una incapacidad permanente absoluta.
10. Asimismo, el cómputo de las cotizaciones garantiza la efectividad del mandato del artículo 41 de la Constitución de mantener un régimen público de Seguridad Social que dispense prestaciones sociales suficientes a todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad y, las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.
11. Y, teniéndose en cuenta que el trabajo de la actora no era perjudicial ni inadecuado para su estado de salud, pues lo desempeñó durante varios años, despliega un doble efecto en la protección de la Seguridad Social; a saber, de un lado, provoca la suspensión del bono de la incapacidad permanente absoluta y, de otro, deben tomarse en consideración las cotizaciones realizadas, para el acceso a las diversas prestaciones, cualquiera que sea la contingencia y, por tanto, para la determinación

de la cuantía de la prestación de incapacidad permanente absoluta, que se reanuda, tanto si se mantiene este grado, como si se revisa por agravación o por mejoría.

6.3. La actualización de la base reguladora se aplicará sólo cuando resulte la pensión superior

Analizaré, en el presente epígrafe una cuestión no resuelta en la Sentencia del Tribunal Supremo que he examinado, –pues no era el objeto de la controversia–, pero que puede plantearse, dados los términos de los criterios expuestos en la misma. De este modo, se ha de tener en cuenta que, si se admitiera que procede la actualización de la base reguladora, finalizada la causa de suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta, computándose las cotizaciones realizadas por el beneficiario durante la prestación de servicios, podría suceder que resultara una base reguladora inferior y, por ende, una pensión de menor cuantía. Esto no ocurre en el caso de autos. Pero, a efectos dialécticos, cabría plantearse si la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 que se examina sienta la doctrina de la procedencia de la actualización de la base reguladora en todo caso, permitiendo a la entidad gestora, reducir, –cuando así resulte–, el importe de la pensión, tras el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el beneficiario en un trabajo por cuenta ajena.

El artículo 197 de la vigente Ley General de la Seguridad Social contiene el cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, con una redacción idéntica a la del artículo 140 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, derogada, pero que es la aplicable al caso de autos. Con carácter general, de conformidad con el artículo 197.1 de la Ley General de la Seguridad Social la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, derivadas de enfermedad común, será igual al cociente que resulte de dividir por 112, las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante. Las bases de cotización de los 24 meses inmediatamente anteriores, se computarán por su valor nominal y, las restantes, hasta las 96, se actualizarán con el IPC. Al cociente que resulte, se le aplicará el porcentaje que corresponda, dependiendo de los años cotizados que acredite el beneficiario, previstos en el artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social. Se considerarán, como cotizados, los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento. En el caso de no alcanzarse quince años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por ciento. El resultado es la base reguladora, a la que se le aplicará el porcentaje que corresponda, según el grado de incapacidad permanente reconocido, lo que dará el importe de la pensión.

Como he indicado anteriormente, puede que resulte una pensión inferior a la que venía percibiendo el beneficiario, antes de que se suspendiera la misma, por la realización de un trabajo por cuenta ajena.

Los parámetros que influyen en el importe de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, son dos; a saber, las bases de cotización de los últimos 96 meses y, el número de años cotizados. Con la prestación de servicios, subirá siempre el tiempo cotizado y, por ende, el porcentaje a aplicar, pero el sumatorio de las bases de cotización de los últimos 96 meses, puede ser inferior y, por ende, el cociente de esta cantidad dividida entre 112. Sobre todo, teniéndose en cuenta que los meses durante los que no hay obligación

de cotizar, se integrarán con las bases mínimas. A estos efectos, conviene resaltar que el artículo 197.4 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que *“si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima”*.

En el caso de la prestación de servicios por cuenta ajena de beneficiarios de incapacidad permanente absoluta, será más probable que la actualización de la base reguladora le suponga una menor pensión, que una pensión de mayor cuantía. Piénsese que se trata de una persona a la que se le ha reconocido una incapacidad permanente, por lo que las bases de cotización computables pueden ser inferiores a las que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión inicial, en el momento del reconocimiento, ya que los salarios que se le abonarán serán generalmente más bajos, salvo excepciones, claro. Además, la duración de la prestación puede ser inferior a los 96 meses u ocho años, por lo que como durante la percepción de la incapacidad permanente absoluta no hay obligación de cotizar, en este periodo, se computarán las bases mínimas durante los cuarenta y ocho meses anteriores y, el resto, el 50 % de la base mínima.

En el caso de la sentencia analizada, a la actora, con el cómputo de las bases de cotizaciones correspondientes al periodo de prestación de servicios, le correspondía una base reguladora superior, fundamentalmente, por dos razones: de un lado, porque prestó servicios como vigilante, es decir, en la misma profesión que ejercía en el momento inicial del reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta, por lo que las bases de cotización computables podían ser superiores a las que se computaron actualizadas con el IPC, salvo las de los 24 meses anteriores al hecho causante, que se computaron por el valor nominal. La actora fue declarada afecta de incapacidad permanente absoluta en el año 2004. Y, de otro, porque prestó servicios durante varios años, por lo que tuvieron que integrarse con las bases mínimas, pocos meses, ya que 96 meses equivale a 8 años y, estuvo trabajando desde el año 2006 hasta el 2013. Pero, como he indicado, no será lo habitual y la entidad gestora podría utilizar la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, para actualizar las bases reguladoras en todos los supuestos y, en su caso, reducir la pensión.

Ante esta situación, considero que debe abordarse la cuestión de si sería posible la actualización de la base reguladora sólo en el supuesto en el que, con el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el beneficiario de una incapacidad permanente absoluta, la pensión resultara superior y, no cuando fuera inferior. Y, en mi opinión, pueden avalar esta interpretación los siguientes aspectos:

1. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 se pronuncia en un asunto en el que el resultado de la base reguladora tras la actualización, suponía una pensión de incapacidad permanente absoluta superior. Por lo tanto, las expresiones genéricas que utiliza han de interpretarse en relación con el supuesto enjuiciado, pues no se plantea, ni siquiera obiter dicta, esta cuestión.
2. Mantener el criterio contrario, es decir, que opera la actualización, en todo caso, aunque resulte una pensión inferior, supone desincentivar a los beneficiarios para que presten servicios y, una quiebra del derecho a la reinserción laboral.

3. No parece razonable que el beneficiario que, con suspensión de la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, contribuye al sistema público de la Seguridad Social con sus cotizaciones por el trabajo desempeñado por cuenta ajena, se vea perjudicado, percibiendo una pensión inferior.
4. El cómputo de las cotizaciones sólo cuando beneficie al pensionista se ha previsto legalmente, para el supuesto de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. En este sentido, el artículo 213.4 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, –de idéntico tenor que el artículo 165.4 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, derogada–, establece que *“el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social. Las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social”*. Por lo tanto, a sensu contrario, las actividades por las que se cotice, sí generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social. Y, en el contexto de la norma, debe entenderse el término “derechos” como beneficios y no como perjuicios. En consecuencia, se está permitiendo el cómputo de las cotizaciones correspondientes al trabajo compatible, para obtener una pensión de jubilación superior.
5. Y, más concretamente, el artículo 8.1 del Real Decreto Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y establece que *“las cotizaciones efectuadas en las actividades realizadas, durante la suspensión parcial del percibo de la pensión de jubilación, surtirán efectos para la mejora de la pensión, una vez producido el cese en el trabajo”*.

Además, en relación con la cuestión debatida, sostengo que la actualización de la base reguladora no sólo tendría que llevarse a cabo con el cómputo de las bases de cotización correspondientes al periodo durante el que el beneficiario trabajó por cuenta ajena, sino también con el incremento correspondiente del porcentaje por el mayor tiempo cotizado, que es el segundo parámetro que incide en la cuantía de la base reguladora de la incapacidad permanente, como expuse anteriormente. Ninguna referencia contiene la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo analizada a este aspecto, ya que la parte actora sólo reclamaba el cómputo de las cotizaciones.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que no procederá la actualización de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, –con el cómputo de las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios por cuenta ajena y, el incremento del porcentaje por el mayor tiempo cotizado–, cuando el resultado suponga una pensión de incapacidad permanente de inferior importe a la que venía percibiendo el beneficiario, antes de desempeñar el trabajo por cuenta ajena.

¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal?
(Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)

Is it possible to sign a Special Agreement with the Social Security when the company that is processing a layoff plan is subject to bankruptcy proceedings?
(On the occasion of the Judgement of the Supreme Court, Litigation Room, 15th February, 2018)

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA LA MANCHA

Resumen

Se comenta la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2018, que analiza la viabilidad de la solicitud de una empresa relativa a convenio especial para trabajadores vinculados a ERE extintivo, previo a la situación de concurso de acreedores.

Abstract

Comment on the judgement of the Administrative Chamber of the Supreme Court dated 15th February, 2018, which analyses the viability of the application of a company relating to a special agreement for workers linked to an extinctive layoff plan, prior to going into administration.

Palabras clave

Convenio Especial; ERE; Concurso de acreedores

Keywords

Special Agreement; layoff plan; in administration

1. INTRODUCCIÓN

Ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se interpuso el recurso contencioso-administrativo 367/2014 contra las resoluciones de 26 de marzo de 2014 dictadas por la Jefa de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) que desestimaron los recursos de alzada interpuestos por los representados del procurador D. Fernando Jurado Reche, contra la resolución de 29 de enero de 2014 de la Administración nº 28/25 que desestimó la solicitud efectuada el 19/12/2013 en aplicación del art. 51.9 del Estatuto de los trabajadores (en adelante ET) de suscripción de convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo (en adelante Convenio Especial ERE), que incluyera a trabajadores de 55 años o más años como consecuencia del despido colectivo efectuado por la empresa ARRAN INDUSTRIA METALÚRGICAS DEL CENTRO, S.L. ya que la empresa fue declarada en

concurso voluntario mediante auto del 12/12/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10, es decir, con anterioridad a la solicitud del Convenio Especial ERE.

2. SINTESIS DEL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, DE 15 DE FEBRERO DE 2018

En este apartado paso a describir cuál es el debate jurídico planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas.

Como paso previo, realizaré a continuación una descripción lo más precisa y objetiva posible, del recorrido procesal y de los principales elementos de la misma, lo suficientemente detallado para que nos permita comprender correctamente los problemas jurídicos que se plantean.

2.1. Ínter procesal del caso

PRIMERO.- En el proceso ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los recurrentes solicitan la nulidad de pleno derecho de las Resoluciones recurridas y, con carácter subsidiario, su anulabilidad (arts. 62 y 63 de la LJCA) y la concesión del acceso al Convenio Especial ERE con todos los efectos inherentes a tal pronunciamiento, alegando en fundamento de recurso que la empresa inicio el expediente de regulación de empleo, en el que tuvo lugar el perceptivo periodo de consultas, firmándose en fecha 31/10/2013 Acta Final de dicho periodo, recogiendo la terminación del mismo “con acuerdo” entre la dirección de la empresa y la representación social decidiéndose la extinción de todos los contratos de trabajo, y entre ellos los de los recurrentes que tenían más de 55 años en la fecha de aprobación y terminación del expediente de regulación de empleo.

SEGUNDO.- La empresa, en cumplimiento de la obligación del art. 51.9 ET al afectar el ERE a trabajadores de más de 55 años, presenta modelo TA40 ERE en solicitud de alta en Convenio Especial para dichos trabajadores incluidos en el ERE con fecha 19/12/2013, solicitud que fue denegada por haber sido la empresa declarada en concurso de acreedores mediante Auto de 12/12/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10, es decir, con anterioridad a la solicitud del Convenio Especial ERE, resoluciones administrativas que los recurrentes entienden son disconformes a derecho¹ dado que en el momento en el que nació la obligación de la empresa, que lo fue en la tramitación del ERE, y concretamente en el momento en que se decidió la extinción de las relaciones laborales, el 31/10/2013, la empresa no se hallaba en concurso de acreedores.

TERCERO.- La TGSS se opone a la prosperabilidad del recurso, entendiendo que es improcedente el alta en el Convenio Especial ERE de la Seguridad Social, por encontrarse la empresa en concurso de acreedores cuando se produjo la solicitud del convenio, añadiendo que aunque la solicitud hubiese sido con fecha anterior, nunca podría cumplirse con la obligación establecida en el art. 20.2 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, al no poder realizar

¹ Art. 51.9 ET, Disposición adicional decimotercera LGSS, art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, y jurisprudencia que lo interpreta Sentencia de la misma sala y sección de 19/09/2013 dictada en recurso 1991/2011.

la empresa el pago de las cotizaciones pues desde la declaración del concurso, todas las deudas quedan sometidas al mismo y a su correspondiente clasificación de acuerdo con la Ley Concursal (en adelante LC), sin perjuicio que los recurrentes puedan solicitar el alta en Convenio Especial de acuerdo con el Capítulo I de la Orden mencionada.

CUARTO.- Continúa la TGSS alegando, que a la fecha de finalización de las negociaciones del expediente de regulación de empleo, la empresa ya había comunicado (10/10/2013) conforme a lo previsto en el art. 5 bis de la LC, el inicio de negociaciones con los acreedores, iniciándose lo que se llama comúnmente como precurso, por lo que durante la negociación del ERE ya estaba incurso en procedimiento concursal, y por tanto, aunque hubiera presentado la solicitud de alta en el Convenio Especial durante dichas negociaciones (una vez conocidos los trabajadores que estaban afectados por el mismo) o con posterioridad (pero siempre antes que se dictase el Auto que la declaraba en concurso), lo cierto es que desde el 10/10/2013 la empresa se encontraba incurso en un procedimiento concursal en los términos establecidos en el art. 51.9 ET.

QUINTO.- Del análisis de los hechos concurrentes, la sala tercera del juzgado indicado dictó sentencia de 14 de septiembre de 2015 cuyo fallo dice literalmente: *“Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Fernando Jurado Reche, actuando en representación de Don Calixto, Don Luis Andrés, Don Felipe, Don Aquilino, Don Elias, Don Jose Pedro, Don Laureano, Don Romeo, Don Ismael y Don Patricio, contra las Resoluciones de fecha 26 de marzo de 2014 dictadas por la Jefa de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social que desestimaron los recursos de alzada interpuestos por los recurrentes contra la Resolución de 29 de enero de 2014 de la Administración nº 28/25, a que esta litis se refiere, anulamos dichas Resoluciones por no ser conformes a derecho, concediendo a los recurrentes el acceso al Convenio Especial ERE - con todos los efectos inherentes a tal pronunciamiento, con expresa condena en costas a las partes demandadas, en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia”* y, en consecuencia, la procedencia del alta en el Convenio Especial de dichos trabajadores.

SEXTO.- Contra la referida sentencia, interpone recurso de casación la letrada de la Administración de la Seguridad Social en la representación que ostenta de la TGSS, registrado con el número 3458/2015, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 19 de octubre de 2015 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

SEPTIMO.- Se desestima el mismo, confirmando el fallo de instancia, con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018, mediante la que se resuelve el recurso para la unificación de doctrina interpuesto, y se establece que del artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores se deriva una obligación *ope legis* y que cuando el procedimiento de despido colectivo ha finalizado antes de la declaración de concurso y sin que en él se asumiese el compromiso de suscribir el convenio, tal obligación nace en un momento en que no se estaba incurso en el procedimiento concursal, fallo que se fundamenta en los supuestos de hecho que concurren en el caso planteado.

3. ANALISIS DE LA SENTENCIA

Tras el examen de los hechos que concurren en el supuesto que se comenta en el apartado anterior, y ya que el contenido de esta segunda parte tiene un carácter más subjetivo, de análisis, valoración y crítica, lo más adecuado es hacer una descripción de cuáles son los pasos lógicos que ha seguido el Tribunal Supremo para alcanzar su conclusión, situando la institución jurídica que es objeto de este estudio, para posteriormente, examinar si la resolución del problema jurídico ofrecido por dicho Tribunal se sitúa en el contexto de la jurisprudencia.

3.1. Despido colectivo en un expediente de regulación de empleo

El despido colectivo es causa de extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador. Se define en el artículo 51 del ET, y se regula el procedimiento del despido colectivo en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, del mismo modo, será el artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social la determinada para aspectos procesales.

Al mismo tiempo, el ET califica como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas de producción, cuando en un periodo de noventa días afecte al menos a 10 trabajadores, en empresas de hasta 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores y a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a 5 y se haya producido el cese total de la actividad empresarial fundada en aquellas causas.

Este tipo de despidos, tiene como finalidad obtener de la autoridad laboral competente un permiso para suspender o extinguir las relaciones laborales en un marco en el cual se garantizan ciertos derechos de los trabajadores², por esta razón, se exige seguir un procedimiento determinado para dotarlo de mayor certeza y certidumbre para todos los intervinientes en el mismo (empresas, trabajadores, autoridades administrativas y judiciales)³, por tanto, actúa la autoridad laboral como garantía de que se cumple con todos los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, dictando resolución que autorice la extinción de las relaciones laborales en los términos fijados en el acuerdo⁴, entre los que se encuentran el acceso a un Convenio Especial de la Seguridad Social a los trabajadores

² STS. Sala Social, de 25 de enero de 2018. Sobre la defectuosa comunicación a la Autoridad Laboral del inicio de periodo de consultas.

³ GÁRATE CASTRO, J., "Régimen jurídico del despido colectivo", *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 22/2013, págs. 115-137.

⁴ En relación al acuerdo, la doctrina sobre el valor del acuerdo alcanzado en periodo de consultas entiende que el procedimiento de despido colectivo finaliza con un acuerdo ampliamente aceptado por las representaciones sindicales aceptándose el valor reforzado de la existencia de un Acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores (SSTS de 21 de diciembre de 2016, Rec. 1416/2015; de 16 de noviembre de 2016, Rec. 1245/2015; de 1 de junio de 2016, Rec. 3111/2014; y de 10 de mayo de 2016, Rec. 3541/2014, entre otras). Dicha doctrina se refleja, especialmente, en las SSTS de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013) y de 24 de febrero de 2015 (Rec. 165/2014), en las que se establece que "*Debemos llamar la atención sobre el hecho de que la decisión extintiva del empresario ... cuenta con la aceptación de una cualificada (más de dos tercios) mayoría de la representación social en la Comisión Negociadora de despido colectivo*".

sujetos a expedientes de regulación de empleo con 55 o más años, siempre que el despido colectivo se produzca conforme al **artículo 51 del ET**⁵.

En este sentido, si la documentación aportada en el acta final de 31 de octubre de 2013⁶, fue insuficiente⁷, porque se había omitido recoger expresamente el compromiso de suscripción del Convenio Especial ante la TGSS y ya que la información se configura como un presupuesto ineludible en el despido colectivo, es obvio, que se trata de una expresión jurídicamente indeterminada⁸, que “*deja en el aire no sólo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quien debe decidir si la información es o no pertinente*”⁹.

Por tanto, si la autoridad laboral tiene entre sus funciones garantizar este derecho de los trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad¹⁰, en el supuesto de comprobar que el acta final del ERE no reunía los requisitos exigidos cuando la empresa se lo comunica el 04/11/2013, debería haber advertido al empresario (formulando sus reparos por escrito) que se había omitido recoger expresamente el compromiso de suscripción del Convenio Especial ante la TGSS en el acta final de 31 de octubre de 2013, antes de que dicha autoridad cumpliera con la obligación del artículo 12.5 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo¹¹, que prevé que comunicada a la autoridad laboral el fin del ERE, trámite que se inserta en el procedimiento de despido colectivo como fase de fiscalización¹², y así haber evitado que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con fecha 15/11/2013 a la vista de la documentación remitida requiriese a la empresa, bajo advertencia de sanción, para

⁵ LABORDA FERRER, R., “Aspectos laborales del concurso de acreedores, especial referencia a la extinción colectiva de los contratos de trabajo”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos*, nº 322. 2010, págs. 5-48.

⁶ Sobre esa materia, el Tribunal Supremo ha elaborado un completo cuadro doctrinal que se asienta en los criterios que resumen perfectamente las SSTS 13-7-2017 (Rec. 25/2017), y 23-11-2016 (Rec. 94/2016), entre otras.

⁷ Arts. 51 y 64.1 ET; 3, 4 y 5 del Real Decreto 1483/2012, y art. 13 del Convenio 158 OIT.

⁸ Tal como se desprende de arts. 51.2 ET, art. 4.2 RD 1483/2012 y art. 2.3.a) Directiva 98/59.

⁹ STS de 20 de julio de 2016 (Rec. 323/14), asunto “Panrico”.

¹⁰ En lo que se refiere a la edad, deduzco que la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación puede considerarse un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral. El Tribunal Constitucional entiende que la selección de trabajadores en función de una edad próxima a la jubilación es un criterio “*adecuado y proporcionado*” siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los datos que la extinción del contrato produce en los afectados. El Tribunal Constitucional ha dictado su sentencia 66/2015, de 13 de abril de 2015 (ponente señor Narváez Rodríguez), por la que considera que no existe discriminación por edad en los despidos colectivos que afectan a los mayores de 55 años si la empresa adopta medidas para minimizar el perjuicio ocasionado a los trabajadores afectados. Así, conforme establece el art. 51.9 del ET, cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un Convenio Especial en los términos previstos en la LGSS, lo que permite al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando.

¹¹ Aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

¹² Confirmando la estructura de dicho procedimiento regulado en el Capítulo I del Título I del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo ya citado, encargándose de trasladar la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social en el caso del artículo 51.9 del ET, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación.

que tramitase las solicitudes de dichos Convenios Especiales, ya que el empresario podía comenzar a notificar la extinción de todos los contratos de trabajo con efectos 01/11/2013.

Si entendemos por tanto, que la autoridad laboral tiene competencias de información, supervisión, control, consulta y asistencia respecto del procedimiento de despido colectivo e igualmente tiene algunas obligaciones en relación con otras entidades o instancias públicas¹³, una vez iniciado el procedimiento de despido colectivo, se producen para la autoridad laboral algunos deberes de actuación. Así, debe trasladar dicha comunicación con la documentación pertinente a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y, si el procedimiento de despido colectivo incluyera a trabajadores respecto de los que debiera celebrarse Convenio Especial de seguridad social, a la Administración de la Seguridad Social copia de la comunicación y de la documentación que se exige al empresario para poner en marcha el despido colectivo¹⁴.

Por tanto, esta responsabilidad de la autoridad laboral, de comunicar a la Administración de la Seguridad Social la celebración obligatoria de Convenios Especiales ERE, está íntimamente relacionada con la forma adecuada de cumplir con las responsabilidades que le han sido otorgadas, todo ello porque no me parece prudente, que se responsabilice al empresario cuando el trabajador no está dado de alta en el convenio¹⁵, pues parece más razonable **exonerar al empresario de la responsabilidad por haber comunicado el 04/11/2013 el acta final del ERE, delegando en la autoridad laboral la competencia de supervisión y de este modo y razonablemente entender y confiar en que durante la tramitación del expediente de regulación de empleo, se encargaría de controlar que la documentación estaba completa y correcta, y en este caso concreto, que se había omitido recoger expresamente el compromiso de suscripción del Convenio Especial ante la TGSS**¹⁶.

Para completar lo anterior, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia¹⁷, añade que *"uno de los pilares sobre los que descansa el régimen jurídico de los despidos colectivos, es el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, no solo para pacificar en la medida de lo posible las relaciones laborales, sino también para ofrecer una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo"*.

¹³ Art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 6 y 10 RD 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., "El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012", *Temas Laborales*, núm. 115/2012, págs. 315 y ss.

¹⁵ La jurisprudencia, en relación con la responsabilidad empresarial directa por haber incumplido sus obligaciones de Seguridad Social, en especial por falta de alta, seguía la línea de sentencias como las del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996 (Rec. 2448/1995), 29 de diciembre de 1998 (Rec. 859/1998) y 18 de octubre 2011 (Rec. 686/2011) entre otras.

¹⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) de fecha 6 de octubre de 2016 *"...pudiéndose entender que la demora de la gestoría en la tramitación telemática del alta pueda determinar una responsabilidad empresarial"*. Estas circunstancias excepcionales son las que determinan según el criterio del Tribunal Superior de Justicia la exoneración de la empresaria pues ésta había delegado en la gestoría la tramitación del alta el día anterior al inicio de la prestación de servicios por parte del trabajador accidentado, pudiendo la empresaria razonablemente entender y confiar que en el inicio de la prestación de servicios el trabajador estaba dado de alta, porque la gestoría no le avisó de lo contrario.

¹⁷ STS nº 699/2018 de 25 de septiembre de 2018.

Otro elemento a tener en consideración, dice la Sala, es el de evitar la litigiosidad y saturación de los órganos judiciales y favorecer el principio de celeridad y de seguridad jurídica, contra la eventualidad de que pudieren suscitarse multitud de pleitos individuales en los que pudiere discutirse la concurrencia de la causa de despido, alcanzando resultados contradictorios con la desigualdad de trato e inseguridad jurídica que ello supone, y pese a la existencia de un acuerdo en sentido contrario con la representación de los trabajadores.

Y en caso contrario (si no procediese la exoneración de responsabilidad a la empresa), no podemos olvidar que el incumplimiento por el empresario de la normativa en materia de Seguridad Social genera una responsabilidad administrativa. La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) tipifica como infracciones las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan la normativa en el orden social (art. 1.1 y 11 LISOS), en el caso que nos ocupa *“incumplir la obligación de suscribir el Convenio Especial en los supuestos establecidos en el art. 51.9 del ET”*¹⁸.

3.2. El expediente de regulación de empleo y el concurso de acreedores

Tanto el llamado concurso de acreedores, regulado en la Ley 22/2003, de 19 de julio, Concursal (en adelante, LC), como los expedientes de regulación de empleo del artículo 51 del ET, son instituciones jurídicas que se establecen en principio para salvar la situación económica de la empresa¹⁹.

Así, los expedientes de regulación de empleo, tratan de facilitar el tránsito de una empresa por una situación difícil y compleja generada por causas económicas, a las que también se añaden causas técnicas, organizativas o de producción que lastran la actividad y que precisan de la extinción o suspensión de relaciones laborales para superar esa situación.

Por otro lado, el concurso de acreedores trata de salvar o de reorganizar desde el punto de vista crediticio a aquella persona física o jurídica deudora común de varios acreedores que no puede atender regularmente a sus pagos (art. 2 LC) mediante la utilización de instrumentos legalmente previstos que permitan soportar más holgadamente esta situación de insolvencia.

Como podemos comprobar, ambas instituciones interaccionan de una forma directa cuando se ha planteado un ERE. Pero, la cuestión principal que aquí nos ocupa, es la exigencia del art. 20 de la TAS/2865/2003, de 13 de octubre de que la solicitud del Convenio Especial deberá formularse durante la tramitación del expediente de E.R.E. mediante el modelo TA.0040-ERE ha de entenderse como una norma procedimental, cuyo desconocimiento por parte del empresario obligado no puede significar el decaimiento del derecho reconocido a favor del trabajador en normas de rango legal, sino que, como tal norma procedimental, marca el momento temporal a partir del cual ha de entenderse producido el incumplimiento por parte del empresario de su obligación legal que, no por ello, insistimos, desaparece. Y así lo entiende también el Alto Tribunal al señalar que *“Si se ponen en relación esas circunstancias del caso con la realidad de actitudes pasivas del*

¹⁸ Art. 23.1.i) de la LISOS.

¹⁹ ORELLANA CANO, N. A., “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 14. 2011. págs. 83-96.

empresario obligado...”, “...cuya trascendencia lo sería a los efectos de modular la responsabilidad de la empresa, pero no alteraría el nacimiento legal de la obligación que para la empresa implica de suscribir el convenio especial”, en mi opinión, la actuación irregular en que incurre el empresario en el marco de la relación de trabajo corresponde conceptuarse (siempre que no se repare, tal como indiqué en el párrafo anterior, en la posible **exoneración de** responsabilidad del empresario), como un ilícito laboral con la responsabilidad que corresponda al empresario, pero de ningún modo debe afectar a los derechos adquiridos legalmente por los trabajadores²⁰.

Se llega a esta misma conclusión, tanto en sentencia de instancia como en la dictada en casación, porque la tramitación del despido colectivo, incluyendo la comunicación de la decisión final adoptada por la empresa (acuerdo de extinción del contrato y acta final de terminación del ERE), se notificó el 04/10/2013, es decir, antes de que la empresa fuera declarada en situación concursal, con lo que se cumplía el requisito fijado en el art. 51.9 de la LET (“*procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal*”)²¹, y se refuerza tal argumentación con la manifestación de que la empresa formuló la propuesta de Convenio Especial al ser solicitada por la Inspección, dato que para el TSJ evidenciaba que la empresa era consciente de su obligación, la cual no desaparece por el hecho de que posteriormente fuese declarada en concurso de acreedores.

3.2.1. La situación del Preconcurso de acreedores como instrumento de la Ley Concursal

La Ley Concursal establece unos procedimientos para estos casos, en los que el objetivo es conservar el patrimonio y evitar el cierre del negocio. Pero **existe un paso previo al concurso de acreedores denominado preconcurso** (art. 5 bis LC), **como indica en sus alegaciones la TGSS, pero que al contrario de lo que fundamenta** “*que durante la negociación del ERE ya estaba incursa en procedimiento concursal, ... lo cierto es que desde el 10/10/2013 la empresa se encontraba incursa en un procedimiento concursal en los términos establecidos en el art. 51.9 ET*” **el preconcurso se utiliza para intentar evitar la declaración del concurso y sus consecuencias**²². Por esta razón, me detendré aquí a considerar la diferencia existente entre ambas fases a nivel temporal, por ser este tema el que viene a debatirse por parte de la TGSS.

Partiendo de la base que el prefijo “pre-” antepuesto a concurso no sólo significa en este caso el período de tiempo que precede a su declaración, sino aquel en el que un deudor en dificultades económicas aún no ha sido declarado en concurso. Así, se utiliza para

²⁰ En el Oficio de la SGOI de 11/02/2016 la Subdirección General insiste en este criterio en el sentido de que sostiene que la obligación legal de suscribir el Convenio Especial emana del mismo ERE por lo que procede su formalización independientemente de que antes de su solicitud formal se haya podido acordar la declaración de la empresa en concurso de acreedores; los efectos del Convenio únicamente se despliegan cuando se recauden las cuotas acordadas por la empresa para financiar el mismo.

²¹ Informe SGOI 8 de abril de 2014. La obligación legal de suscribir el correspondiente convenio especial emana del expediente de regulación de empleo, y por tanto, si así ha quedado reflejado dentro de las cláusulas del mismo, procederá su formalización independientemente de que antes de su solicitud formal ante la TGSS se haya podido acordar la declaración de concurso de acreedores.

²² ORELLANA CANO, A., *La problemática laboral en el concurso de acreedores*. Valencia, 2017, Ed. Tirant Lo Blanch. págs. 118-136.

delimitar el período temporal en el que el deudor trata de evitar su concurso, y puede que lo consiga, a través de actuaciones “preconcursoales”²³. En todo caso, la referencia al concurso se explica por la relevancia que esos actos tendrán en el supuesto de una eventual futura declaración de concurso (su eficacia o su rescisión, en ese caso). Cuando se celebra uno de esos actos (p. ej., un acuerdo de refinanciación), aún no se sabe si el deudor será declarado en concurso en el futuro, pero se prevén las consecuencias que, dado el supuesto, se derivarían para el acto en cuestión.

Como podemos observar por tanto, el concurso garantiza cierta tranquilidad al empresario en apuros al aplazar el concurso²⁴. Aunque el deudor tiene que comunicar al Juzgado de lo Mercantil su incapacidad para hacer frente a los pagos, dispone de un margen de tiempo para alcanzar un acuerdo con sus acreedores sin intervención judicial²⁵. Este acuerdo puede ser, entre otras cosas, para refinanciar la deuda retrasando los vencimientos de deuda o para que acepten una propuesta anticipada de convenio concursal, por tanto, el deudor tiene tres meses para alcanzar un acuerdo con sus acreedores, de refinanciación o las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio concursal. En el caso de que el deudor no hubiere alcanzado el indicado acuerdo, una vez finalizado el plazo comentado, dispone de un mes para presentar la solicitud de declaración de concurso, pasando con ello del propósito “*Hagamos un concurso para alcanzar un convenio*”, al de “*Hagamos un acuerdo para evitar un concurso*”²⁶.

En este sentido, y ya que lo alega la TGSS, hay que señalar que, frente a los términos genéricos de la solicitud de expediente de regulación de empleo y de la propia resolución, que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso administrativa²⁷, en el expediente del artículo 64 de la LC, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además, respecto a si una vez suscrito el Convenio Especial, la empresa obligada al pago de las cuotas correspondientes fuera declarada en concurso de acreedores, cabe señalar, que del art. 55 de la LC, en la redacción dada por el art. único 42 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre²⁸, se deduce, que la TGSS podría dentro del procedimiento llegar hasta la

²³ Debe comunicarse en los dos meses siguientes al momento en que el deudor tenga conocimiento de su insolvencia. De acuerdo a la ley concursal, la empresa en situación de crisis tiene a partir de entonces un plazo de tres meses para negociar con sus acreedores e intentar resolver los problemas de liquidez. Si en ese plazo no se llega a un acuerdo, la empresa cuenta con un mes adicional para declarar ante el Juzgado de lo Mercantil el concurso de acreedores.

²⁴ La disposición española responde a la reciente Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, “sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial”. Su objetivo, como expresa el primer concurrido es prevenir la insolvencia y permitir la restructuración “temprana” de empresas viables, así como “ofrecer una segunda oportunidad a empresarios “honrados” ya incursos en procesos de insolvencia (condonación de deudas en particular). El marco “preconcursoal” resulta, pues, recomendado por Bruselas, una línea que parte de la Comunicación sobre el Acta del Mercado Único de 3 de octubre de 2012, que anuncia el “Nuevo enfoque europeo” en esta materia.

²⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Economía social y salvamento de empresas. La Ley Concursal como telón de fondo.”, *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, Iustel nº 4. 2003.

²⁶ OLIVENCIA RUIZ, M., “La Reforma de la Ley Concursal”. *RDM*, nº 285, Julio-septiembre 2012, págs. 11-28.

²⁷ SSTS. Sala Cuarta de 17 de marzo de 1999 y 28 de septiembre de 1999 y SSTS. Sala Tercera de 22 de mayo de 2002 y 12 de febrero de 2003.

²⁸ Artículo 55 Ejecuciones y apremios: “1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de (...)”

emisión de la providencia de apremio, si bien, no podría llevar a cabo la ejecución del embargo de los bienes de la empresa, en el supuesto que nos ocupa, no puede la TGSS, ya que la empresa obligada no había suscrito los Convenios Especiales, iniciar el procedimiento administrativo recaudatorio para el cobro de las cuotas que deben ser abonadas en orden a la financiación de los mismos, ni emitir certificación de deuda para su presentación en el procedimiento concursal en este supuesto, que la empresa estaba ya declara en concurso de acreedores, aunque con posterioridad a que surgiese la obligación de solicitar los Convenio Especiales ante la TGSS.

3.3. Algunas reflexiones sobre el Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 o más años

3.3.1. Comentarios introductorios

Este tipo de Convenio Especial ERE²⁹, tal y como he reiterado, se resolverá por el art. 51.9 ET, que impone a las empresas no incursas en procedimientos concursales, que acudan a la vía de los despidos colectivos y que incluyan a trabajadores de más de 55 años que no tuvieran la condición de mutualistas a 1-1-1967³⁰, al mismo tiempo, la obligación de financiarlo se registrará por lo establecido en la Disposición Adicional decimotercera de la LGSS³¹ (disposición adicional trigésima primera del anterior texto refundido de 1994). Ambas disposiciones tienen su origen en el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, cuyo origen se sitúa en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. (Número 1 del artículo 55 redactado por el número cuarenta y dos del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. B.O.E. de 11 octubre). 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos”.

²⁹ Regulado en la Orden TAS/2865/2003.

³⁰ El art. 51 del ET entiende por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.

30 trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Igualmente, cuando extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

³¹ 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.

El Convenio Especial será suscrito por el empresario y el trabajador, por un lado, y la TGSS, por otro³². En este sentido, la TGSS envía el contrato a la empresa para que le devuelva una copia firmada. Una vez enviada la copia del contrato firmada por la empresa a la TGSS el Convenio Especial alcanza **efectividad**³³.

Como podemos reparar por tanto, la suscripción del convenio especial no es un convenio entendido en sentido literal, es decir no es un auténtico acuerdo de voluntades entre las partes que lo conciertan, sino que es la Administración la que arbitra de forma obligatoria las condiciones de ese acuerdo, de manera que el suscriptor no tiene capacidad o margen de maniobra para negociar otras condiciones distintas.

En lo que a mi alcance sobre esta figura se refiere, entiendo que la naturaleza del convenio especial **es híbrida entre el acto administrativo y el contrato**, pues la denominación de convenio se utiliza dentro del ámbito general de actuación de la Administración Pública, referida a la coincidencia de dos o más voluntades causando obligación. Si bien, tratándose de un acto administrativo, la parte convencional aparece desvaída, pues queramos o no, de momento, la única voluntad que le queda al trabajador es aceptar o no la oferta que supone el convenio.

De acuerdo con lo anterior, la TGSS, con la normativa actualmente vigente, no puede proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores afectados³⁴, ni a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del convenio, dada la dinámica misma de la figura del Convenio Especial, fórmula elegida legalmente para dar cobertura a los derechos de los trabajadores en estos supuestos, que requiere para su aprobación de la previa conformidad de las partes implicadas, todo ello sin perjuicio de las modificaciones normativas que, de *lege ferenda*, pudieran resultar deseables.

Si bien es cierto que la TGSS no puede sustituir la voluntad empresarial en la suscripción del Convenio Especial como decimos, ni tampoco arbitrar un procedimiento coactivo en tal sentido, no obstante y previa acreditación en el expediente de que el trabajador/a reúne los requisitos establecidos en el artículo 51.9 del ET para hacer nacer la obligación empresarial, el trabajador ante esta situación de incumplimiento por parte de la empresa, puede solicitar el Convenio Especial ERE, ya que el criterio de la SGOL, recogido en el curso dirigido a los responsables de las Unidades Provinciales de Impugnación, celebrado en abril 2012³⁵, establece que se actuará dirigiéndose a que dirigirse a la empresa

³² STS de 26 de septiembre de 2017.

³³ El art. 4 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, determina que si la empresa no devuelve la copia del Contrato transcurridos tres meses desde la notificación, el contrato se considera caducado.

³⁴ En este sentido, la Recomendación del Defensor del Pueblo de 3/12/2014, queja número: 14004621, dirigida a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, para impulsar las medidas legislativas que permitan que la TGSS pueda sustituir la voluntad de la empresa que incumple la obligación recogida en el Estatuto de los Trabajadores, de suscribir un convenio especial en favor de trabajadores con 50 o más años de edad, despedidos en el marco de expedientes de regulación de empleo (ERE).

³⁵ Transcripción de las transparencias del curso impartido en abril 2012 por la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones a las unidades provinciales de Impugnación sobre Convenios Especiales de los despidos colectivos. Si el convenio lo solicita el interesado, ante el incumplimiento por parte de la empresa, el criterio de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, recogido en el curso dirigido a los responsables de las Unidades Provinciales de Impugnación, celebrado en abril 2012, establece el siguiente procedimiento: *“En otro caso, se actuará atendiendo al siguiente criterio: Si bien es cierto esta Tesorería General no puede sustituir la (...)*

incumplidora recordándole su obligación legal de suscripción del convenio especial que nos ocupa, otorgándole un plazo prudencial en orden a su cumplimiento. En caso de que esta empresa no atendiera dicha invitación, deberá así comunicarse a la trabajadora interesada, poniendo en su conocimiento las actuaciones habidas por esa Dirección Provincial y quedando a salvo, obviamente, su derecho a ejercitar las acciones que estime conveniente en defensa de sus intereses.

Hay que reconocer, por tanto, que en estos supuestos existe un problema para los trabajadores afectados, así como la imposibilidad de ofrecer una solución viable y satisfactoria a la situación derivada del incumplimiento de las empresas respecto de la obligada suscripción de este tipo de convenios. Dicha obligatoriedad entra en contradicción con los supuestos recogidos en la Orden TAS/2865/2003, cuya característica esencial es la voluntariedad de las partes, impidiendo con ello el fin perseguido por la norma, esto es, la protección del trabajador. Podríamos plantearnos entonces, que posiblemente, surge en estos supuestos de incumplimiento empresarial, una problemática procedimental en orden a arbitrar un mecanismo de sustitución de la voluntad empresarial. Por lo tanto, lo que se persigue con el convenio especial, que en principio es introducir mecanismos de tipo garantista que impidan o eviten *“la expulsión del sistema de la Seguridad Social, y alcanzar o mantener la protección de los beneficiarios, en sí misma considerada o en el nivel alcanzado previamente en el sistema de la Seguridad Social pública, de manera supletoria, esto es, cuando fallan las vías ordinarias, fundamentalmente de tipo contributivo”*³⁶, no se llega a completar.

En relación con todo lo anterior, según el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 2018³⁷, al referirse a que 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, estimándose, en consecuencia que las bajas mediante prejubilaciones habidas con ocasión del ERE tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el artículo 51 del ET, *“la TGSS tiene atribuida competencia para para actuar de oficio en caso de incumplimiento del empresario de sus obligaciones legales o reglamentarias”*.

Ante esta circunstancia, y como marco protector, se debería impulsar las modificaciones legislativas que permitan que la TGSS pueda proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con cincuenta y cinco o más años de edad, y a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del Convenio Especial, en aquellos supuestos de incumplimiento de dicha obligación por parte del empresario, al

voluntad empresarial en la suscripción del convenio especial, ni tampoco arbitrar un procedimiento coactivo en tal sentido, no obstante, previa acreditación en el expediente de que el trabajador/a reúne los requisitos establecidos en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores para hacer nacer la obligación empresarial que alega, la Dirección Provincial debe dirigirse a la empresa incumplidora recordándole su obligación legal de suscripción del convenio especial que nos ocupa, otorgándole un plazo prudencial en orden a su cumplimiento. En caso de que esta empresa no atendiera dicha invitación, deberá así comunicarse a la trabajadora interesada, poniendo en su conocimiento las actuaciones habidas por esa Dirección Provincial y quedando a salvo, obviamente, su derecho a ejercitar las acciones que estime conveniente en defensa de sus intereses”.

³⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., “La extinción del contrato al amparo del art. 50 del ET: ¿judicial o extrajudicial? Comentario a la STS 4ª de 20 de julio de 2012”. *RDS* Nº 62, 2013, págs. 179-186.

³⁷ STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de marzo de 2018, Rec. núm. 3060/2015.

objeto de garantizar debidamente la cobertura de los derechos de estos trabajadores y hacer efectivo el contenido del artículo 51.9 del ET³⁸. Todo ello sin que esto suponga que quede exento, al ser el convenio especial un contrato que se suscribe con la Seguridad Social, de la obligación de “*formalización ulterior*” ya que los contratantes se encuentran obligados a documentar el acto para, de este modo, consolidar los derechos involucrados.

Sintetizando el análisis efectuado anteriormente, resulta posible señalar, que la forma es un medio para exteriorizar la voluntad de la empresa y el trabajador de suscribir el Convenio Especial ya que la formalidad es la imposición de un derecho a la vez que deber *ex lege* que, si bien nace y se impone en el marco de la normativa de carácter laboral reguladora de los despidos colectivos³⁹, no por ello pierde el carácter de obligación de la Seguridad Social desarrollada en la Disposición adicional decimotercera de la LGSS, a la que remite el mismo artículo 51 ET, por lo tanto, nace por el mero hecho de concurrencia de las circunstancias contempladas en la normativa, de la observancia de un procedimiento especial para la validez o eficacia de ciertos contratos o negocios jurídicos.

3.3.2. Protección de este colectivo ante el despido colectivo

En lo que a la protección se refiere, entiendo que este Convenio Especial ERE, tiene como finalidad que los trabajadores en esta situación, continúen en alta o asimilada al alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda una vez que finalice su actividad laboral, en este caso por la existencia de un despido colectivo/ERE en su empresa⁴⁰. A este respecto, recuerda el Tribunal Constitucional que el ET ya prevé que los afectados por un despido colectivo con 55 o más años de edad cuentan con que la empresa deberá abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social, lo que permite al trabajador mantenerse de alta en el Sistema de la Seguridad Social y, por tanto, que sus prestaciones futuras no se vean afectadas⁴¹.

Resultado de ello, es que el criterio de selección en un **despido colectivo** basado exclusivamente en la mayor edad de los trabajadores afectados, sólo se entenderá como válido, en la medida en que efectivamente tengan una **mayor protección posterior** que el resto de los empleados afectados, por lo que no podrá considerarse obstáculo para la firma de los correspondientes Convenios Especiales ERE el hecho de que la empresa haya sido declarada en concurso en un momento posterior a la tramitación del correspondiente despido colectivo, puesto que es criterio de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS⁴², avalado por la jurisprudencia⁴³, que la existencia de la obligación legal de la empresa que lleva a cabo un expediente de regulación de empleo que afecta a esta modalidad de trabajadores, hay que situarla en el mismo procedimiento del despido colectivo, y es en el

³⁸ STS. Sala de lo Social, de 12 de junio de 2018. Sobre determinación de los criterios de selección de los afectados por un despido colectivo.

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., “Criterios del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos”, www.gomezacebo-pombo.com (consultado el 7/07/2018).

⁴⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La edad es un criterio discriminatorio?”. 2015. <http://ignasibeltran.com> (consultado el 14 de julio de 2018).

⁴¹ STC, de 13 de abril de 2015.

⁴² Informe de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de 08/04/2014 sobre la consulta de suscripción de Convenios ERE de empresas en concurso.

⁴³ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de abril de 2013.

documento de formalización del acuerdo con los representantes de los trabajadores o en la decisión final del empresario, si no se ha alcanzado dicho acuerdo, que debe ser comunicado a la Autoridad Laboral, donde quedará reflejada la obligación legal para las empresas de abonar las cuotas correspondientes a la financiación del citado Convenio Especial.

Por lo que en virtud de lo que antecede, y ya que estos convenios con la Seguridad Social es una medida a favor de los trabajadores de edad avanzada, ya que el abono de sus cuotas por parte empresarial permite al trabajador generar el derecho a prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando, procede considerar, que la obligación legal de suscribir los correspondientes Convenios Especiales ERE, emanaba del mismo expediente de regulación de empleo y procedía, por tanto su formalización⁴⁴, independientemente de que antes de su solicitud formal ante la TGSS se hubiera podido acordar la declaración de concurso de acreedores, pues todo ello, ya estaba determinado en el criterio que venía sosteniendo la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones antes de que la sala tercera del juzgado dictara sentencia el 14 de septiembre de 2015, por lo que no entiendo, en base a qué, la letrada de la TGSS interpuso recurso de casación, ya que debemos recordar, aunque sea pura lógica, que **interpretaciones de las normas con ese formalismo excesivo, resultan desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que para garantizar este principio, si existe un error de identificación de los criterios en que basa su recurso la letrada de la TGSS, no debería impedir que se entre en el fondo del asunto, interpretando de forma flexible los presupuestos formales exigibles en dicho recurso para la solicitud del convenio especial ERE.**

3.3.3. La obligatoriedad de financiar este Convenio Especial

La obligación para las empresas, que se impone explícitamente en el apartado 9 del artículo 51 ET, “*de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial*”, es una obligación *ex lege*, entendiendo “ley” en un sentido amplio; es decir, trátase de ley en sentido propio, de costumbre o de principios generales del derecho, es decir, cualquier norma jurídica puede originar obligaciones *ex lege*, en el caso que nos ocupa, nace por el mero hecho de concurrencia de las circunstancias contempladas en dicho texto legal (la existencia de un despido colectivo que incluya a trabajadores de 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1/1/1967) y que al mismo tiempo, la empresa no este incurso en procedimiento concursal. Esta obligación opino, igual que ambos Tribunales, que se traduce, a su vez, con el consiguiente derecho para estos trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con 55 o más años de edad⁴⁵.

Deducción a la que llego basándome en el hecho de que el despido colectivo se tramitó antes de que la empresa fuese declarada en concurso, entendiendo que es ese momento de la tramitación el que debe contar a los efectos de debate, añadiendo a mayor abundamiento que también, al requerir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la

⁴⁴ GARRIDO PÉREZ, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada”, *Temas Laborales* nº 120/2013, págs. 389-438.

⁴⁵ STS, Sala Cuarta, de 19 de octubre de 2016, recurso de casación para la unificación de doctrina 2291/2015, “...del artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores se deriva una obligación *ope legis* y que cuando el procedimiento de despido colectivo ha finalizado antes de la declaración de concurso y en él se asumiese el compromiso de suscribir el convenio, tal obligación nace en un momento en que no se estaba incurso en el procedimiento concursal”.

empresa que tramitase las solicitudes de los Convenios Especiales, procedió a solicitarlos, con lo que era consciente de su obligación, la cual no desaparece por el hecho de que declarada en concurso de acreedores.

El repetido art 51.9 del ET lo único que establece es que tratándose de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial para sus trabajadores de más de 55 años que no tengan la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, de manera que es claro que la empresa tenía esa obligación en el momento de los despidos porque no se hallaba en concurso todavía.

En cuanto al elemento cronológico, el mismo precepto se refiere a las empresas que no estén en concurso para generar la obligación de suscribir el convenio, lo que sucede en este caso según se ha indicado ya, si bien, por su parte, el art 64.1 de la Ley Concursal dice en su párrafo tercero que "*si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan*"⁴⁶.

No obstante, partiendo de la base que la empresa incumplió con la obligación legal recogida en el artículo 51.9 ET relativa a la solicitud del convenio especial ante la Tesorería General de la Seguridad Social, se debe tener en cuenta que en este caso, la acción ejercitada tiene como presupuesto el despido colectivo y éste se decidió ya antes de la declaración de concurso con comunicación a los representantes de los trabajadores y a la autoridad, de modo que, al respecto de la posibilidad a la que insta la TGSS en su oposición "*sin perjuicio que los recurrentes puedan solicitar el alta en Convenio Especial de acuerdo con el Capítulo I de la Orden mencionada*" (Convenio Especial general u ordinario), me atrevo a señalar, que no todo elemento de identidad es suficiente, es decir, no puede ser cualquier identidad sino que hemos de buscar la *ratio iuris* que el legislador tomó en consideración para establecer la obligación "específica" de que, cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan a trabajadores con 55 años o más, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a financiar un Convenio Especial para estos trabajadores, y por tanto, atendiendo a la naturaleza y características de la situación que es objeto de protección, en esta modalidad de convenio, entiende la Subdirección General, no resulta de aplicación el art. 10.2.c) de la Orden TAS/2865/2003, que prevé dentro de las normas generales del Convenio Especial, la extinción del mismo por decisión del interesado comunicada a la TGSS⁴⁷.

⁴⁶ STS Sala de lo Social de 26 de octubre de 2016.

⁴⁷ Al respecto, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza de 7 de diciembre de 2016, nº 239/2016. A raíz de detectarse un error en los convenios especiales ERE en el que se incluía esa cláusula que permitía la extinción de los mismos por la decisión del trabajador comunicada a la TGSS, se procedió a cambiar el modelaje suprimiéndola, ya que la TGSS no había cambiado el criterio respecto de las causas de extinción de los convenios especiales derivados de un ERE, pero la sentencia citada, entre otras, en sus fundamentos de derecho, afirmaba el carácter vinculante de las cláusulas de los convenio suscritos por la (...)

3.3.4. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de suscribir el convenio especial ERE

Efectivamente, dentro del marco de lo que podríamos denominar el instrumento clásico para asegurar el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición⁴⁸, el Convenio Especial ERE (art. 51.9 ET), tiene un limitado ámbito aplicativo, ya que fuera de la situación en que se encuentran los trabajadores antes mencionados en el despido colectivo, no existe obligación de financiar dicho Convenio Especial ERE. Nos hallamos, pues, ante una protección de un colectivo muy limitado que no comprende a los trabajadores que pierdan su empleo por causas distintas de las económicas, técnicas, organizativas o de producción o, incluso concurriendo estas, si no alcanzan los umbrales exigidos para tratarse de despidos colectivos, es decir, si se trata de despidos por la vía del art. 52.c) ET.

De modo que la disposición adicional sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, dio una nueva redacción a los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimotercera de la LGSS, relativa al Convenio Especial a suscribir en expedientes de regulación de empleo. La referida Ley introdujo, un nuevo tipo infractor en el artículo 23 apartado 1i del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden de lo social (en adelante LISOS)⁴⁹, pasándose a considerar como infracción muy grave el incumplimiento de la obligación de suscribir el Convenio Especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.9 del ET, siendo sancionada esta conducta conforme al artículo 40.1 primero de ese texto legal, todo ello sin dejar de lado el Criterio Técnico 91/2012 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aclara el tipo sancionador aplicable y resuelve como procederá actuar según los casos, es decir, qué sanción procede imponer a la empresa distinguiendo dos situaciones⁵⁰:

- Que la empresa no se suscriba el Convenio Especial tras la aprobación del despido colectivo/ERE.

A este respecto, debe señalarse que la imposición de sanciones económicas a los empresarios infractores no resulta una medida suficientemente disuasoria para la firma del

Administración de la Seguridad Social tienen para la misma, y en cuyos fallos se reconoce el derecho del trabajador interesado a la extinción voluntaria del convenio especial ERE por aplicación de tales cláusulas contractuales que permiten la extinción por dicha causa.

⁴⁸ El artículo 1112 del Código Civil señala que *“Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”*.

⁴⁹ Incumplir la obligación de suscribir el Convenio Especial en los supuestos establecidos anteriormente (apdo. 9 del art 51 ET) para los supuestos de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal será considerado como infracción muy grave en materia de Seguridad Social.

⁵⁰ Con base en la regulación básica contenida en:

El artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores que obliga a abonar las cuotas del convenio especial en estos supuestos de despido colectivo.

La disposición adicional decimotercera. 2 de la Ley General de la Seguridad Social, donde se establece que las cotizaciones al convenio especial se abonarán dentro del mes siguiente a la notificación por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social de la cantidad a ingresar (disposición que se ha visto afectada en su redacción por la Ley 27/2011, de reforma de las pensiones, y cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2013).

El artículo 20.2 de la Orden TAS /2865/2003 donde se desarrollan los extremos anteriores.

Los artículos 22.3 y 23.1 i) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social que pasamos a explicar.

Convenio Especial, y, por otra parte, tampoco supone un resarcimiento económico para los interesados, cuyos derechos se ven mermados por la falta de su obligada suscripción y abono de cuotas destinadas a su financiación.

En virtud de ello, resulta muy ilustrativa el contenido del Criterio Técnico 74/2009, de 12 de junio, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que haciendo uso de sus facultades entre las que se encuentra advertir a las empresas o requerirlas para que corrijan las deficiencias que puedan observar, en lugar de proponer sanciones por tales irregularidades, señala que *“en el aspecto liquidatorio hay que considerar en referencia a la no suscripción del convenio especial, que la reclamación de las cuotas no es objeto subsumible en las previsiones relativas a falta de afiliación o alta de trabajadores y diferencias de cotización propias de las actas de liquidación reservadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”*, ello, junto a la aplicación correcta de las advertencias y requerimientos, como actos discrecionales que son de la Administración, entiendo que establecen la base argumental de la razón de ser de estas figuras particularmente persuasivas de las que dispone la Inspección en sus actuaciones, con independencia del tipo sancionador aplicable realizado por el Criterio Técnico 91/2012 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, es decir, qué sanción procede imponer a la empresa cuando no se suscribe el convenio especial tras un despido colectivo/ERE⁵¹.

El citado organismo admite, por tanto, la existencia del problema expuesto por los afectados, así como la imposibilidad de ofrecer una solución viable y satisfactoria a la situación derivada del incumplimiento de las empresas respecto de la obligada suscripción de este tipo de convenios. Dicha obligatoriedad entra en contradicción con los supuestos recogidos en la Orden TAS/2865/2003, cuya característica esencial es la voluntariedad de las partes, impidiendo con ello el fin perseguido por la norma, esto es, la protección del trabajador.

- Que no se abonen las cuotas una vez suscrito el convenio especial.

A esta segunda situación, solo haremos una pequeña referencia por no ser objeto de este análisis, por lo que solo advertir que no se produce la extinción del convenio por esta causa cuando, una vez formalizado el Convenio Especial, la empresa no cumple con su obligación de pagar la cantidad notificada dentro del mes siguiente, y tampoco presenta aval, si ha optado por el pago fraccionado, a pesar de que en el art. 10.2.c) de la Orden TAS/2865/2003 se establezca como causa de extinción la falta de abono de las cuotas correspondientes, toda vez que *“la obligación de suscribir el Convenio se configura como opción legal, y, por tanto, su extinción no puede supeditarse a la simple voluntad de la empresa”*. En este caso, por tanto, procederá iniciar la vía ejecutiva para el cobro de la deuda dictando la correspondiente providencia de apremio⁵².

⁵¹ La empresa incurre en una infracción muy grave tipificada en la LISOS en el artículo 23.1.i), debida a la Ley 27/2011 y que el Criterio Técnico (en su párrafo tercero) especifica que “en el supuesto en que el convenio especial no haya llegado a suscribirse, no puede resultar un efecto liquidatorio”. En síntesis, si no se suscribe el convenio especial: la infracción cometida será, a partir de 1 de enero de 2013, muy grave.

⁵² Art. 85.1.b) del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El actual sistema de Seguridad Social carece de instrumentos adecuados para asegurar el futuro acceso a las prestaciones del nivel contributivo en los nuevos entornos laborales, carencia que es especialmente grave en lo que se refiere a los trabajadores mayores de 55 años, dotados de una menor empleabilidad. El sistema clásico de protección por desempleo ha devenido inadecuado en el contexto de las nuevas formas de organización del trabajo para conferir “seguridad” a los trabajadores en el curso de las diferentes transiciones laborales a las que va a tener que hacer frente a lo largo de su vida laboral. Pero sobre todo, y lo que sin duda es más grave, tampoco hay previstos mecanismos que permitan salvaguardar o proteger los futuros derechos a pensión de quienes están expuestos a estas situaciones.

En lo que respecta a las escasas nuevas medidas arbitradas por el legislador en estos supuestos, sin duda, lo más criticable es su limitado ámbito de aplicación al estar restringidos al ámbito de los despidos por “crisis empresariales”, a lo que hay que añadir la presión que el convenio especial del art. 51.9 ET supone también para el acceso a la jubilación anticipada (con las consecuencias señaladas) y el carácter meramente recaudatorio de la aportación al Tesoro Público prevista en el art. 51.11 ET, sin efectos directos sobre los trabajadores afectados.

En definitiva, la protección de los derechos futuros de estos trabajadores ha sido, y ahora lo es todavía más, muy escasa, lo que no ha impedido que el Tribunal Constitucional declare que no es discriminatorio la utilización del criterio de la edad (mayores de 55 años) para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo por considerar que la mayor protección social brindada a este colectivo constituye un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo⁵³.

Por otro lado, y partiendo de la base que la Ley atribuye a la autoridad laboral relevantes competencias de control e impugnación de los acuerdos adoptados⁵⁴, en concreto, se prevé que la autoridad laboral pueda impugnar los acuerdos adoptados cuando estime que estos se han alcanzado de forma correcta⁵⁵ y que como consecuencia, y en cuanto a los medios o los contenidos de la negociación se refiere, la propia Ley establece que los objetivos citados se alcancen “mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (51.2 ET), podemos comprobar, como la norma estatutaria no se detiene en las medidas que se pueden adoptar para evitar o reducir los despidos, pero subraya la necesidad de adoptar “medidas sociales de acompañamiento”, que tienen una finalidad atenuadora de las consecuencias de las medidas extintivas adoptadas por la empresa.

⁵³ BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”. En: Ballester Pastor, María Amparo (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. 2010. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. págs. 17-76.

⁵⁴ FALGUERA BARO, M.A., *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas*, Ed. Bomarzo, 2015.

⁵⁵ ROJO TORRECILLA, E., “La importancia de las actas del período de consultas y el respeto de las reglas formales en los ERES. Comentario de dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana”, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/04/la-importancia-de-las-actas-del-periodo.html> (consultado el 2/07/2018).

Sin embargo, dichas carencias han sido paliadas por el desarrollo reglamentario. De un lado, el art. 8 RD 1483/2012 recoge entre las posibles medidas sociales de acompañamiento sendos catálogos abiertos de posibles medidas para evitar o reducir los despidos colectivos, así como para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados. De otro lado, la importancia que se atribuye a estos planes, da cuenta el encargo legal a la autoridad laboral de requerir y verificar la acreditación de la ejecución de esta obligación. Tales previsiones son objeto de desarrollo en el art. 9 RD 1483/2012 que concreta, entre otros aspectos, la obligación de que el plan –cuyos datos han de figurar en la documentación entregada al inicio del período de consultas– preste atención, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad.

Por tanto, si el procedimiento de despido colectivo, como se ha indicado, se configura como un proceso esencialmente negociador y de adopción de medidas empresariales en el que la participación de la autoridad laboral, que junto al mantenimiento de algunas tareas como los informes de la inspección de trabajo, ostenta un papel de vigilancia y control en orden al adecuado cumplimiento de seguimiento documental desarrollado por la empresa con los representantes legales de los trabajadores (art. 6 RD 1483/2012), el despido colectivo puede ser objeto de impugnación por dicha autoridad laboral mediante el procedimiento de oficio previsto en el art. 148.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Como conclusión final, destacar que la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, así como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (criterio técnico 91/2012 que dejó sin efecto el criterio técnico 74/2009, de 12 de junio⁵⁶) no habían cambiado su criterio a la fecha en que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta sentencia, interpretando por tanto como dicho Tribunal, que la no suscripción del Convenio Especial ERE no podía afectar a los trabajadores, porque cuando nace la obligación de la empresa, no está en concurso. Por consiguiente, es la empresa, una vez adoptada la decisión de proceder a los despidos (aunque no haya comunicado durante el período de consultas que procedería a la tramitación del convenio especial con la Seguridad Social), quien queda obligada jurídicamente por la mera decisión del Expediente de Regulación de Empleo, por tanto, se trata, en suma, de una decisión empresarial adoptada antes de la declaración del concurso, añadiendo la Sala, a mayor abundamiento jurídico para cerrar la defensa de su tesis, que procede la formalización del Convenio Especial ERE independientemente de que antes de su solicitud formal se haya podido acordar la declaración de la empresa en concurso de acreedores.

⁵⁶ Al no ser subsumible la inserción de la conducta de la falta de suscripción del convenio especial a que se refiere el artículo 51.9 de la LET, en el tipo infractor del artículo 22.3 del TRLISOS, procede dejar sin efecto el Criterio Técnico nº 74/2009, de 12 de junio.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

El contenido de Seguridad Social del contrato de coalición de 2018, entre la derecha y la izquierda alemanas*

The Social Security content of the 2018 coalition contract, between the German right and left

ALBERTO ARUFE VARELA

CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

El 12 de marzo del año corriente se firmó en Alemania el cuarto contrato de coalición, que es el tercero entre la derecha (CDU y CSU) y la izquierda (SPD) alemanas, que afecta a todos los ramos de la Administración pública federal, incluido el Derecho de la Seguridad Social. En este concreto ramo, la novedad más importante en materia de pensiones es la creación de una pensión básica para luchar contra la pobreza de los mayores, orientada a proteger a los mayores empobrecidos que son propietarios de sus propias viviendas (en consecuencia, una típica medida de protección de la clase media). En materia de dependencia, el acento se pone en la mejora y expansión de la figura del cuidador profesional de dependientes.

Abstract

On 12th March this year the fourth coalition contract was signed in Germany, which is the third between the German right (CDU and CSU) and the left (SPD), which affects all branches of the federal public administration, including Social Security Law. In this particular branch, the most important innovation in terms of pensions is the creation of a basic pension to fight against the poverty of the elderly, aimed at protecting the impoverished elderly who own their own homes (consequently, a typical measure of protection of the middle class). In terms of dependency, the emphasis is placed on improving and expanding the figure of the professional caregiver of dependents.

Palabras clave

Alemania, Contrato de coalición de 2018, Dependencia, Pensiones, Seguridad social

Keywords

Germany; Coalition contract of 2018; Dependence; Pensions; Social Security

1. EL NUEVO CONTRATO PARA LA TERCERA GRAN COALICIÓN DE GOBIERNO EN ALEMANIA

1. El pasado 12 marzo de este año 2018 se firmó en Berlín el denominado «Un nuevo resurgimiento para Europa. Una nueva dinámica para Alemania. Una nueva cohesión para nuestro país [*Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land*]», con el subtítulo «Contrato de coalición entre CDU, CSU y SPD. 19ª legislatura [*Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode*]», pudiendo localizarse su texto –como el de todo lo importante que atañe a la Federación alemana, incluidos textos históricos– en el sitio en Internet del Gobierno federal alemán¹. Es el cuarto contrato de coalición que permite a la Sra. Angela MERKEL

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

¹ Ubicado en www.bundesregierung.de.

poder gobernar Alemania con una cómoda mayoría parlamentaria, habiéndole precedido el primer contrato de coalición de 11 noviembre 2005, suscrito (para gobernar durante la decimosexta legislatura) entre los grandes partidos políticos de la derecha y la izquierda alemanas (esto es, la CDU y la CSU, por un lado; y el SPD, por el otro), lo que justifica que se la denominase «la gran coalición [*die große Koalition*]»; el segundo contrato de coalición de 26 octubre 2009, suscrito (para gobernar durante la decimoséptima legislatura) entre los partidos de la derecha alemana y el partido liberal (esto es, la FDP); y el tercer contrato de coalición de 16 diciembre 2013, suscrito (para gobernar durante la decimoctava legislatura) de nuevo entre los grandes partidos de la derecha y la izquierda alemanas (en consecuencia, se trató de la segunda «gran coalición»). Al igual que sucedió con los otros contratos de coalición que le precedieron, este cuarto contrato merece ser examinado con atención por el iuslaboralismo de nuestro país, pues siempre se trata de contratos fructuosos, que dan lugar a novedades legislativas con impacto real sobre Alemania, pero también con un impacto potencial sobre el conjunto de países que integran la Unión Europea².

2. Desde un punto de vista formal, este cuarto contrato de coalición es un documento gigantesco, cuyo contenido se explaya en más de ciento setenta páginas, en las cuales se abordan desde el reto de la «digitalización» de Alemania (en un Capítulo rotulado «Ofensiva por la formación, investigación y digitalización [*Offensive für Bildung, Forschung und Digitalisierung*]»³ hasta el desafío de la modernización del ejército alemán (en un Subcapítulo rotulado «Ejército federal moderno [*Moderne Bundeswehr*]», insertado en el Capítulo rotulado «La responsabilidad de Alemania en la paz, libertad y seguridad en el mundo [*Deutschlands Verantwortung für Frieden, Freiheit und Sicherheit in der Welt*]»⁴, pasando por otros múltiples ramos de gestión confiados a las Administraciones públicas alemanas (impuestos, protección del consumidor, deporte, etc.), entre los que se incluye lo relativo –como se verá luego– al Derecho de la Seguridad Social. El texto de este contrato de coalición concluye con el reparto de carteras del Gobierno federal (literalmente, «reparto de competencias [*Ressortverteilung*]»), atribuyéndose al partido socialdemócrata el trascendental Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (*Bundeministerium für Arbeit und Soziales*), que ya detentaba durante la legislatura inmediatamente precedente. Su última cláusula pone de relieve no solamente que se trata de un «contrato» con compromisos vinculantes, sino también que pretende hacerse un seguimiento del cumplimiento del mismo por parte de todos los implicados, afirmándose en esta cláusula (con el rótulo «Evaluación [*Evaluierung*]») que «a mitad de la legislatura se hará inventario del contrato de coalición, en qué medida se cumplieron sus disposiciones o deben acordarse nuevos proyectos sobre la base de los desarrollos actuales [*zur Mitte der Legislaturperiode wird eine Bestandsaufnahme des Koalitionsvertrages erfolgen, inwieweit dessen Bestimmungen*

² Nuestra visión de estos contratos alemanes de coalición consta explicitada en ARUFE VARELA, A., «La Canciller Merkel y el salario mínimo interprofesional alemán. Un estudio laboral sobre “el Contrato de Coalición” de 16 diciembre 2013», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI (2014), págs. 21 y ss.; MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41 (2015), págs. 440 y ss.; y ARUFE VARELA, A., «La polémica sobre la unidad o pluralidad de convenios colectivos en Alemania», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 40 (2018), págs. 32 y ss.

³ Se trata del Capítulo IV, págs. 28 a 49.

⁴ Se trata del Capítulo XII, págs. 144-162.

umgesetzt wurden oder aufgrund aktueller Entwicklungen neue Vorhaben vereinbart werden müssen]»⁵.

3. En materia de Derecho de la Seguridad Social –al igual que en el resto de asuntos tratados en el contrato–, hay un elenco de «medidas políticas», que aparecen contenidas en el Capítulo II del contrato, y que responden a la metodología de que «cada medida política nos plantea la cuestión: ¿Qué conseguimos en concreto para las ciudadanas y los ciudadanos de nuestro país? [*leitet uns bei jeder politischen Maßnahme die Frage: Was erreichen wir ganz konkret für die Bürgerinnen und Bürger unseres Landes?*]»⁶. A continuación, el Capítulo VII del propio contrato procede a desarrollar las medidas en cuestión, bajo el rótulo genérico «Organizar una seguridad social justa y que suscite confianza [*Soziale Sicherheit gerecht und verlässlich gestalten*]»⁷. Siempre en materia de Derecho de la Seguridad Social, las «medidas políticas» detalladas en el contrato son ocho, resultando imprescindible realizar un descarte de muchas de ellas en este trabajo, especialmente las que abordan problemas concretísimos –por mucho que puedan preocupar a los ciudadanos alemanes–, presuponiendo que los detalles a que se refieren les restan buena parte de interés iuscomparatista (por ejemplo, «recuperación de la paridad en las cotizaciones al seguro legal de enfermedad [*Wiederherstellung Parität bei den Beiträgen zur Gesetzlichen Krankenversicherung*]»⁸, «se incrementan las ayudas para dentaduras postizas [*Festzuschüsse für Zahnersatz werden erhöht*]»⁹, «introducción de la prohibición de venta por catálogo de medicamentos sujetos a receta [*Einsatz für Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln*]»¹⁰, etc.). En consecuencia, me centraré únicamente en aquellas que tienen superior valor desde el punto de vista del Derecho comparado. Se trata de dos «medidas políticas» relativas al seguro legal de pensiones, y de una «medida política» relativa al seguro social dependencia.

2. LAS REFORMAS ACORDADAS EN MATERIA DE PENSIONES

4. En materia de pensiones, la primera «medida política» se titula «nos preocupamos de la estabilidad de las pensiones [*wir sorgen für Stabilität bei der Rente*]»¹¹, apareciendo definida esta preocupación en los siguientes términos literales: «el aseguramiento de las pensiones legales al nivel actual del 48 por ciento hasta el año 2025. Tope en la tarifa de cotización del 20 por ciento. Creación de una comisión de pensiones para la estabilización a largo plazo de las cotizaciones y del nivel de pensiones para el período posterior a 2025 [*Absicherung der gesetzlichen Rente auf heutigem Niveau von 48 Prozent bis zum Jahr 2025. Haltelinie beim Beitragssatz von 20 Prozent. Einsetzung einer Rentenkommission zur langfristigen Stabilisierung von Beiträgen und Niveau der Rente für die Zeit nach 2025*]»¹². Sobre la base de que el recién citado «nivel actual del 48 por ciento» es la relación existente entre la pensión media y el salario medio cobrado por el pensionista inmediatamente antes de acceder a la pensión, el Capítulo VII del contrato de coalición (en un epígrafe genéricamente

⁵ Cfr. pág. 174, marg. 8294 y ss.

⁶ Cfr. pág. 11, marg. 300-302.

⁷ Cfr. pág. 92 y ss.

⁸ Cfr. pág. 15, marg. 502-503.

⁹ *Ibidem*, marg. 511-512.

¹⁰ *Ibidem*, marg. 518-519.

¹¹ Cfr. pág. 14, marg. 483.

¹² *Ibidem*, marg. 483 y ss.

rotulado «Pensión [Rente]») aclara luego que «para asegurar el nivel del 48 por ciento, modificaremos la fórmula de la pensión [für die Sicherung des Niveaus bei 48 Prozent werden wir in 2018 die Rentenformel ändern]»¹³, anclada en lo que aquí denominaríamos el factor de sostenibilidad¹⁴. En cuanto a la tarifa de cotización del seguro legal de pensiones, el propio Capítulo VII también afirma que «en caso de necesidad, garantiremos por medio de impuestos que la tarifa de cotización no sobrepasará el 20 por ciento [bei Bedarf durch Steuermittel sicherstellen, dass der Beitragssatz nicht über 20 Prozent steigen wird]»¹⁵, teniendo en cuenta que «la comisión de pensiones debe ajustar las piezas del seguro de pensiones en un equilibrio a largo plazo, así como presentar una propuesta para un fondo mínimo de reserva necesario para asegurar la liquidez anual del seguro legal de pensiones [die Rentenkommission soll die Stellschrauben der Rentenversicherung in ein langfristiges Gleichgewicht bringen sowie einen Vorschlag unterbreiten, welche Mindestrücklage erforderlich ist, um die ganzjährige Liquidität der gesetzlichen Rentenversicherung zu sichern]»¹⁶.

5. Por su parte, la segunda «medida política» se titula «reconocemos el mínimo vital y luchamos contra la pobreza de los mayores [wir honorieren Lebensleistung und bekämpfen Altersarmut]»¹⁷, a cuyo efecto lo acordado –en lo esencial– es la «introducción de una pensión básica del 10 por ciento sobre el aseguramiento básico para todos lo que han trabajado un tiempo significativo en la vida, tomando en consideración los períodos de cuidado de niños y de dependientes [Einführung einer Grundrente 10 Prozent über der Grundsicherung für alle, die ein Leben lang gearbeitet haben, unter Einbeziehung von Kindererziehungs- und Pflegezeiten. Bessere Verschonungsregel für selbstgenutztes Wohneigentum]»¹⁸, así como una «mejor regla de mantenimiento de la propiedad de la vivienda de que se disfruta [bessere Verschonungsregel für selbstgenutztes Wohneigentum]»¹⁹. Estos compromisos aparecen desarrollados luego en el citado Capítulo VII del contrato, resultando ser tres los desarrollos más sobresalientes. En primer lugar, el relativo a la creación de una nueva pensión de jubilación mínima para mayores, pues «el mínimo vital de las personas que han trabajado durante décadas, que han criado niños y han cuidado parientes dependientes, debe ser reconocido, y debe asegurarles una renta de mayores periódica del diez por ciento por encima del seguro básico de necesidad [die Lebensleistung von Menschen, die jahrzehntelang gearbeitet, Kinder erzogen und Angehörige gepflegt haben, soll honoriert und ihnen ein regelmäßiges Alterseinkommen zehn Prozent oberhalb des Grundsicherungsbedarfs zugesichert werden]»²⁰. En segundo lugar, el relativo a que la percepción de esta nueva pensión exige acreditar un período de cotización, pero configurado de manera flexible, pues «la pensión básica se concede a perceptores actuales y futuros del seguro básico que poseen 35 años de períodos cotizados, o de períodos de crianza de niños o de cuidado de dependientes [die Grundrente gilt für bestehende und

¹³ Cfr. pág. 92, marg. 4237-4238.

¹⁴ Sobre dicha fórmula, y su aplicación en la práctica, véase VIZCAÍNO RAMOS, I., «La actualización de pensiones en Alemania. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8 (2016), págs. 201 y ss.

¹⁵ Cfr. pág. 92, marg. 4235-4236.

¹⁶ *Ibidem*, marg. 4245 y ss.

¹⁷ Cfr. pág. 14, marg. 487.

¹⁸ Cfr. págs. 14-15, marg. 487 y ss.

¹⁹ Cfr. pág. 15, marg. 490 y ss.

²⁰ Cfr. pág. 92, marg. 4250 y ss.

zukünftige Grundsicherungsbezieher, die 35 Jahre an Beitragszeiten oder Zeiten der Kindererziehung bzw. Pflegezeiten aufweisen)]²¹. En tercer lugar, el relativo a que lucrar esta nueva pensión exige la prueba de la carencia de rentas (literalmente, «requisito para la percepción de la pensión básica es la prueba de la necesidad, análoga a la del seguro básico [*Voraussetzung für den Bezug der Grundrente ist eine Bedürftigkeitsprüfung entsprechend der Grundsicherung*])»²², pero configurando de nuevo este requisito de manera flexible (y con un sentido claramente protector de la clase media alemana), pues «queremos que la percepción de prestaciones sociales estatales y la de la pensión básica de nueva creación no conduzca a que deba renunciarse a la propiedad de la vivienda de que se disfruta [*wir wollen, dass der Bezug sozialer staatlicher Leistungen und der neu geschaffenen Grundrente nicht dazu führt, dass selbstgenutztes Wohneigentum aufgegeben werden muss*])»²³.

6. El contrato de coalición no menciona por ningún lado el Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*)²⁴, aunque un párrafo del recién citado Capítulo VII, relativo precisamente a la prueba de la necesidad exigida para poder lucrar la recién citada pensión básica para mayores, da la clave de cuáles serán los tres libros de dicho Código que el legislador alemán se verá obligado a enmendar. El párrafo en cuestión afirma literalmente lo siguiente: «Al respecto, revisaremos, adaptaremos y modificaremos las normas legales sobre utilización de bienes y sobre patrimonio en la ayuda social y en el aseguramiento básico para demandantes de empleo, de manera que los perceptores de prestaciones sociales estatales puedan seguir habitando la vivienda de su propiedad [*dazu werden wir die gesetzlichen Regelungen zur Vermögensverwertung und zum Schonvermögen in der Sozialhilfe und der Grundsicherung für Arbeitsuchende überarbeiten, angleichen und so ändern, dass Bezieher sozialer staatlicher Leistungen in ihrem Wohneigentum wohnen bleiben können*])»²⁵. En consecuencia, habrá que retocar el Libro Duodécimo del Código (promulgado el 27 diciembre 2003, bajo el rótulo genérico «Asistencia social [*Sozialhilfe*])»²⁶, que es el que trata de las prestaciones de seguridad social para pobres. Pero habrá que retocar, también, el Libro Segundo del propio Código (promulgado el 24 diciembre 2003, cuyo rótulo genérico es «Aseguramiento básico para demandantes de empleo [*Grundsicherung für Arbeitsuchende*])»²⁷, regulador de lo que en España denominaríamos la protección asistencial o no contributiva por desempleo, supuesto que la

²¹ *Ibidem*, marg. 4254 y ss.

²² *Ibidem*, marg. 4256-4257.

²³ *Ibidem*, marg. 4263 y ss.

²⁴ Nuestra visión de dicho Código, en ARUFE VARELA, A., «El accidente de trabajo en dos ordenamientos codificados de seguridad social: Francia y Alemania», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: mutuas, aseguramiento y prevención*, La Ley (Madrid, 2008), págs. 685 y ss.; ARUFE VARELA, A., «El modelo continental europeo de codificación de la legislación de seguridad social: Francia y Alemania», en el volumen *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el siglo XXI*, Laborum (Murcia, 2008), págs. 383 y ss.; y MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El impacto de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo general sobre el Código alemán de Seguridad Social. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3 (2015), págs. 175 y ss.

²⁵ *Ibidem*, marg. 4265 y ss.

²⁶ Véase FICHTNER, O. y WENZEL, G., (Editores), *Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe mit AsylbLG*, 4ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2009), págs. 1 y ss.; también, GRUBE, C. y WAHRENDORF, V. (Editores), *SGB XII. Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar*, 6ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018), págs. 22 y ss.

²⁷ Sobre este Libro, véase MÜNDELER, J. (Editor), *Sozialgesetzbuch II. Grundsicherung für Arbeitsuchende*, 6ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2017), págs. 19 y ss.; y EICHER, W. y LUIK, S. (Editores), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar*, 4ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2017), págs. 77 y ss.

nueva pensión se construye incrementando en un diez por ciento la prestación asistencial básica y no contributiva por desempleo. Y por supuesto, el Libro Sexto (promulgado el 18 diciembre 1989, bajo el rótulo genérico «Seguro legal de pensiones [*Gesetzliche Rentenversicherung*])», que es el que trata frontalmente de las pensiones de jubilación o incapacidad permanente derivada de riesgos comunes²⁸.

3. LAS REFORMAS ACORDADAS EN MATERIA DE DEPENDENCIA

7. En el ámbito del seguro social de dependencia, se incluye una sola «medida política», cuyo rótulo genérico es «Mejoramos claramente la dependencia [*wir verbessern spürbar die Pflege*])»²⁹. Como suele ser la regla en el contrato de coalición, no se trata de ninguna vaguedad, charlatanería políticamente correcta o declaración meramente programática, pues dicho rótulo aparece inmediatamente explicado con una serie de medidas más concretas. Estas medidas son las cinco siguientes: 1) «programa rápido de dependencia con 8.000 nuevos puestos de trabajo especializados y mejor retribución [*Sofortprogramm Pflege mit 8 000 neuen Fachkraftstellen und besserer Bezahlung*])»³⁰; 2) «“dependencia de acción concertada” con mejor planificación del personal y una ofensiva de formación profesional para las cuidadoras y los cuidadores de dependientes [*„Konzertierte Aktion Pflege“ mit besserem Personalschlüssel und Ausbildungs offensive für Pflegerinnen und Pfleger*])»³¹; 3) «supresión de obstáculos financieros a la formación profesional en la formación profesional de cuidadores de dependientes [*Abbau finanzieller Ausbildungshürden bei der Pflegeausbildung*])»³²; 4) «apoyo a los hijos con padres dependientes: ningún gravamen a las rentas de hasta 100.000 euros al año [*Unterstützung von Kindern pflegebedürftiger Eltern: Kein Rückgriff auf Einkommen bis 100.000 Euro im Jahr*])»³³; y 5) «reforzamiento del cuidado no residencial de mayores y enfermos en el ámbito rural [*Stärkung ambulante Alten- und Krankenpflege im ländlichen Raum*])»³⁴.

8. Al igual que ocurría en materia de pensiones, esta «medida política» aparece luego cumplidamente desarrollada y concretada en el Capítulo VII del contrato de coalición, en un subepígrafe rotulado «Dependencia [*Pflege*])»³⁵. En este desarrollo, llama la atención especialmente todo lo relativo al régimen jurídico aplicable a los cuidadores profesionales de dependientes³⁶, que no son sólo los cuidadores profesionales al servicio de las gestoras del seguro social de dependencia (literalmente, «en un programa rápido, se crearán 8.000 nuevos

²⁸ Sobre este Libro, véase KREIKEBOHM, R. (Editor), *Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. SGB VI. Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2017), págs. 29 y ss.; también, REINHARDT, H. y SILBER, W. (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2018), págs. 47.

²⁹ Cfr. pág. 15, marg. 496.

³⁰ *Ibidem*, marg. 496-497.

³¹ *Ibidem*, marg. 497-498.

³² *Ibidem*, marg. 499.

³³ *Ibidem*, marg. 499 y ss.

³⁴ *Ibidem*, marg. 501.

³⁵ Cfr. págs. 96 y ss.

³⁶ Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en el Código Federal Alemán de Seguridad Social», en el volumen *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2013), págs. 649 y ss.; y ARUFE VARELA, A., «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en la legislación federal complementaria del Código Federal Alemán de Seguridad Social», en el volumen *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2013), págs. 655 y ss.

puestos de cuidados profesionales en conexión con la asistencia médica de dependencia en las instituciones de dependencia [*in einem Sofortprogramm werden wir 8000 neue Fachkraftstellen im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlungspflege in Pflegeeinrichtungen schaffen*]]³⁷, sino también los cuidadores profesionales empleados por las empresas privadas actuantes en el sector de la dependencia. Respecto de estos últimos se han acordado las cinco medidas siguientes: 1) «Queremos reforzar el pago en la atención de los mayores, según convenio colectivo [*Wir wollen die Bezahlung in der Altenpflege nach Tarif stärken*]]³⁸; 2) «Conjuntamente con las partes de los convenios colectivos, queremos cuidar que resulten de aplicación en todo el sector los convenios colectivos de la atención de mayores [*Gemeinsam mit den Tarifpartnern wollen wir dafür sorgen, dass Tarifverträge in der Altenpflege flächendeckend zur Anwendung kommen*]]³⁹; 3) «Queremos salarios adecuados y buenas condiciones de trabajo en la atención a los mayores [*Wir wollen angemessene Löhne und gute Arbeitsbedingungen in der Altenpflege*]]⁴⁰, teniendo en cuenta que «para ello, establecemos los requisitos legales [*dafür schaffen wir die gesetzlichen Voraussetzungen*]]⁴¹; 4) «En el ámbito hospitalario, llevaremos a cabo la completa refinanciación de las mejoras convencionales, vinculado con el deber de prueba de que esto también se aplica realmente a los trabajadores [*Im Krankenhausbereich werden wir eine vollständige Refinanzierung von Tarifsteigerungen herbeiführen, verbunden mit der Nachweispflicht, dass dies auch tatsächlich bei den Beschäftigten ankommt*]]⁴²; y 5) «Pedimos a la comisión del salario mínimo en la dependencia que se ocupe rápidamente de la nivelación del salario mínimo en la dependencia en el Este y en el Oeste [*Wir bitten die Pflegemindestlohnkommission, sich zeitnah mit der Angleichung des Pflegemindestlohns in Ost und West zu befassen*]]⁴³. Lógicamente, esta mejora de las condiciones de trabajo exigirá allegar más fondos públicos, especialmente si también se pretende mejorar la atención a los dependientes en el ámbito rural. Al respecto, lo que detalla el Capítulo VII del contrato de coalición –sobre la base de que «reforzaremos la atención no residencial de mayores y enfermos especialmente en el ámbito rural [*wir werden die ambulante Alten- und Krankenpflege insbesondere im ländlichen Raum stärken*]]⁴⁴– es que «de ello forma parte, entre otras cosas, una mejor remuneración de los períodos de desplazamiento, cuando el cuidado sólo puede asegurarse con desplazamientos largos [*dazu gehört u. a. eine bessere Honorierung der Wegezeiten, wenn die Versorgung nur mit längeren Anfahrtswegen sichergestellt werden kann*]]⁴⁵.

9. Evidentemente, el contrato de coalición obligará a modificar el Libro Undécimo del Código alemán de Seguridad Social, cuyo rótulo –que lo dice todo– es «Seguro social de dependencia [*Soziale Pflegeversicherung*]]». Es un Libro del Código que padece

³⁷ Cfr. pág. 96, marg. 4444-4445.

³⁸ Cfr. pág. 96, marg. 4458.

³⁹ *Ibidem*, marg. 4459 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*, marg. 4460-4461.

⁴¹ *Ibidem*, marg. 4461-4462.

⁴² *Ibidem*, marg. 4462 y ss.

⁴³ *Ibidem*, marg. 4464 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, marg. 4468-4469.

⁴⁵ *Ibidem*, marg. 4469-4470.

modificaciones continuas⁴⁶, afirmándose en el contrato de coalición que «en el pasado período legislativo, hemos reformado básicamente el seguro de dependencia con las leyes de reforzamiento de la dependencia [*in der vergangenen Legislaturperiode haben wir die Pflegeversicherung mit den Pflegestärkungsgesetzen grundlegend reformiert*]⁴⁷, habiéndose ya puesto de relieve entre nosotros que por virtud de estas leyes modificadoras (de los años 2014 y 2015) el sistema alemán de dependencia pasó a estar integrado por cinco grados de dependencia, en vez de los tres tradicionales (en España, en cambio, a consecuencia de los recortes habidos tras la crisis, se impuso «una nueva estructura manteniendo los tres grados en los que se clasifica la situación de dependencia, pero sin niveles») ⁴⁸. En mi opinión, el contrato de coalición repercutirá igualmente en el Libro Quinto del Código alemán de Seguridad Social, que es el que trata –de acuerdo con su rótulo– del «Seguro legal de enfermedad [*Gesetzliche Krankenversicherung*]⁴⁹», pues el contrato de coalición –a propósito del mayor gasto público que implicarán las mejoras previstas en materia de dependencia– afirma que «al respecto, el mayor gasto financiero necesario debe derivarse de una financiación completa por medio de recursos del seguro legal de enfermedad [*der dafür erforderliche finanzielle Mehraufwand soll durch eine Vollfinanzierung aus Mitteln der Gesetzlichen Krankenversicherung erfolgen*]⁴⁹».

⁴⁶ Sobre el tema, véase ARUFE VARELA, A., «Las modificaciones en 2016 del Libro regulador del seguro social de dependencia, del Código alemán de Seguridad Social», en *Estudios sobre seguridad social. Libro homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 115 y ss.

⁴⁷ Cfr. pág. 96, marg. 4428-4429.

⁴⁸ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015), pág. 62.; también, MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El sistema de protección social de las personas dependientes en Alemania», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 8 (2017), págs. 40 y ss.

⁴⁹ Cfr. pág. 96, marg. 4445 y ss.

Crónica
Legislativa de
Seguridad
Social y
materias
conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

LABORUM

1. UNIÓN EUROPEA

-*Circulación de trabajadores.*- Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L 173, 9-7-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 2017, sobre los obstáculos a la libertad de los ciudadanos de la Unión de circular y trabajar en el mercado interior (DOUE C 263, 25-7-18)

-*Derechos sociales.*-Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales (DOUE C 242, 10-7-18)

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Financiación del pilar europeo de derechos sociales» (DOUE C 262, 25-7-18)

-*Empleo.*- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo – Un concepto sostenible a nivel social para mejorar el nivel de vida, relanzar el crecimiento y el empleo y garantizar la seguridad de los ciudadanos en la era digital (DOUE C 237, 6-7-18)

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El futuro del trabajo – La adquisición de los conocimientos y competencias necesarios para responder a las necesidades de los futuros empleos» (DOUE C 237, 6-7-18)

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros» (DOUE C 237, 6-7-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2016, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2015 (DOUE C 238, 6-7-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, sobre invertir en crecimiento y empleo – maximizar la contribución de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeas: evaluación del informe de conformidad con el artículo 16, apartado 3, del RDC (DOUE C 252, 18-7-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2017, sobre las mujeres y su papel en las zonas rurales (DOUE C 298, 23-8-18)

-*Igualdad.*- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Plan de Acción de la UE 2017-2019 – Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres» (DOUE C 262, 25-7-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015 (DOUE C 263, 25-7-18)

2. ASISTENCIA SANITARIA

- Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE 30-7-18). (Acuerdo de convalidación BOE 15-9-18)].

Este Real Decreto-Ley obedece a la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español.

Esto se lleva a cabo, mediante la recuperación de la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, que tengan establecida su residencia en el territorio español, incluyendo aquéllas que en aplicación de los reglamentos comunitarios o convenios bilaterales tengan acceso a la misma en la forma que estas disposiciones lo indiquen.

En la Exposición de Motivos se recuerda que el derecho a la protección de la salud está reconocido en el art. 43 CE teniendo como principios básicos su carácter público y la universalidad del sistema. También la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce como derecho inherente a todo ser humano. Se señala asimismo que la reforma que llevó a cabo el RDL 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad prevista en la Ley 16/2003, produciendo una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios establecidos en la CE y en los tratados internacionales.

Establece la Exposición de Motivos que, más allá de atender a una exigencia ética como es la protección de la salud, la universalidad de la atención no solo redunda en la mejora de la salud individual, sino también en la salud colectiva de toda la población.

Con este RDL se modifica la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, respecto de los titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria, en el sentido ya indicado.

El nuevo modelo desliga el aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y se vincula a la residencia en España, así como a aquellas personas que, aunque no residan habitualmente en territorio español, tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, como ocurre en el caso de aquellas personas que bajo la acción protectora de la seguridad social tienen derecho a la asistencia sanitaria, o también en el caso de los trabajadores y pensionistas a los que se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria por el RD 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados.

De esta forma, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales.

No obstante, partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el

uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria: Así, la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que concurran los siguientes requisitos: a) que no tengan la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) que no puedan exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) que no exista un tercero obligado al pago.

Quienes no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, podrán obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

Se modifica también la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, estableciendo la aportación farmacéutica para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, por el necesario acceso a la prestación farmacéutica en igualdad de condiciones.

Asimismo, una futura Orden de la Ministra de Sanidad establecerá los requisitos y período mínimo para que los extranjeros sin residencia legal puedan acceder a la lista de espera de trasplantes.

3. DESEMPLEO

- Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE 28-7-18)

La modificación que se lleva a cabo en este RD tiene su origen en la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15), en relación con la duración de la prestación contributiva por desempleo originada por la pérdida de un trabajo a tiempo parcial de varios años de duración, en el que la prestación de servicios se realiza solo algunos días de la semana (trabajo a tiempo parcial “vertical”). La aplicación del art. 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por Desempleo, conlleva en estos casos que el período computado para el cálculo de la duración de la prestación no se extienda a todo el tiempo de duración del contrato en el que el trabajador permanece de alta en Seguridad Social, a diferencia de lo que sucede en los contratos a tiempo parcial “horizontales” que son aquellos con igual parcialidad pero repartida los cinco días laborales de la semana, sino exclusivamente a los días realmente trabajados (multiplicados por el coeficiente 1,4 para tener en cuenta la parte proporcional de los días de descanso ordinario), con la consiguiente reducción del período de pago de la prestación por desempleo. La STJUE declara que efectivamente resulta discriminatoria por razón de sexo una norma como la contenida en el RD 625/1985, 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.

Como consecuencia de la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Abogacía del Estado en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social recomendó

para mayor seguridad jurídica la modificación de la norma reglamentaria a la mayor brevedad.

Así, se modifica la norma de modo que se aplique el mismo criterio para el cómputo de la ocupación cotizada con independencia de que el trabajo se haya realizado a tiempo parcial horizontal o vertical: computa el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta.

Adicionalmente, se incorpora una precisión sobre períodos que aun estando dentro de la duración de un contrato a tiempo parcial no pueden ser computados, en coherencia con lo dispuesto en el art. 267.1.d) LGSS.

4. ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS

- Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE 4-8-18).

Explica la Exposición de Motivos que la experiencia en la gestión de las altas, bajas y variaciones de datos practicadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social cuando se comprueba el incumplimiento de la obligación de comunicarlas por parte de las empresas o, en su caso, de los trabajadores a los que incumbe tal obligación, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, determina la necesidad de garantizar que tales procedimientos tramitados de oficio puedan instruirse hasta su resolución en firme, sin verse obstruidos o afectados por actuaciones que pretendan distorsionarlos.

Por ello, con la finalidad de reforzar dichos procedimientos, se procede mediante este real decreto a reformar los artículos 31 y 35 del citado reglamento general.

Se modifica el art. 31 del RD 84/1996, de modo que la solicitud y la emisión de informes por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos de la tramitación y resolución de las altas, bajas y variaciones de datos, resulte preceptiva para la resolución de aquellas solicitudes de baja que se formulen tras haberse practicado altas de oficio, respecto a los mismos trabajadores, a instancia de dicho organismo estatal.

Por otra parte, el art. 35 se modifica para que no produzcan efectos ni extingan la obligación de cotizar aquellas bajas y variaciones de datos formuladas por las empresas y, en su caso, por los trabajadores cuando afecten a los periodos comprendidos en las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que motiven la tramitación de procedimientos de alta y variación de datos de oficio, por parte de la TGSS, respecto a los mismos trabajadores afectados por aquellas.

5. MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Real Decreto 860/2018, de 13 de julio, por el que se regulan las actividades preventivas de la acción protectora de la Seguridad Social a realizar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE 18-7-18).

Este RD 860/2018 desarrolla reglamentariamente lo dispuesto en el art. 82.3 LGSS en lo que respecta a la regulación básica de las actividades preventivas que, financiadas con cargo a cuotas de Seguridad Social, deben desarrollar las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en el ámbito del Estado.

Las actividades preventivas de la Seguridad Social son, conforme a lo que establece el artículo 82.3 LGSS, prestaciones que otorga la Seguridad Social orientadas al control y, en su caso, reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de la Seguridad Social. También comprenderán actividades de asesoramiento a las empresas asociadas y a los trabajadores autónomos al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional, así como actividades de investigación, desarrollo e innovación a realizar directamente por las mutuas, dirigidas a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social. Se trata, en consecuencia, de una prestación de Seguridad Social dirigida a los empresarios asociados y a los trabajadores por cuenta propia adheridos a una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

Con este RD se da cumplimiento además a la STC 7/2016, de 21 de enero de 2016, que resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por la Generalitat de Cataluña respecto de la Resolución de 13 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las MATEPSS en la planificación de sus actividades para el año 2013.

En este RD se identifican las actuaciones concernidas:

a) Actividades de asesoramiento a las empresas asociadas y a los trabajadores autónomos adheridos: Programas de asesoramiento técnico, prioritariamente, a pymes y empresas de sectores preferentes; programas de asesoramiento a empresas o actividades concurrentes (en centros de trabajo en los que concurren trabajadores de dos o más empresas, incluidos contratistas y subcontratistas, o trabajadores autónomos); programa de difusión del servicio «Prevención10.es»; programa de asesoramiento a pymes para la adaptación de puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional.

b) Actuaciones para el control y, en su caso, reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

c) Actividades de investigación, desarrollo e innovación para la reducción de las contingencias profesionales (elaboración de estudios y análisis sobre las causas de la siniestralidad laboral; colaboración con la Administración de la Seguridad Social en el mantenimiento del sistema de información, notificación y registro de enfermedades profesionales, así como en el desarrollo de programas de evaluación y puesta al día del

listado de aquellas enfermedades; elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas para la gestión y mejora continua de la prevención en la empresa)

En todas las actuaciones a desarrollar por las mutuas en la planificación de sus actividades preventivas se desarrollarán y ejecutarán teniendo en cuenta la perspectiva de género.

El RD identifica asimismo los destinatarios de las actividades a desarrollar por las mutuas: las empresas asociadas y sus trabajadores dependientes, así como los trabajadores por cuenta propia adheridos que tengan cubiertas las contingencias citadas, con el alcance y en las condiciones previstas en este RD y en el art. 82.3 LGSS. También podrán ser beneficiarios los trabajadores dependientes de las empresas que colaboren en la gestión a la que se refiere el art. 102.1.a) LGSS .y los destinatarios de las mismas.

Se regula la financiación y ejecución de las actividades preventivas de las mutuas, pudiendo destinar entre el 0,3 y el 1% de sus ingresos por las cuotas efectivamente cobradas relativas a las contingencias profesionales del último ejercicio liquidado previo al plan de actividades preventivas. Se establece, por último, que cada año las mutuas han de elaborar y someter a aprobación su plan de actividades preventivas.

6. VIUDEDAD

- Real Decreto 900/2018, de 20 de julio, de desarrollo de la disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en materia de pensión de viudedad (BOE 24-7-18).

Se da cumplimiento con este RD a la recomendación establecida en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (aprobado en el pleno del Congreso de los Diputados aprobó, en su sesión del día 25 de enero de 2011) referida a las prestaciones de viudedad y orfandad, en concreto, a que la intensidad protectora debería concentrarse en las personas beneficiarias de la pensión de viudedad, con 65 o más años, para las que la pensión constituye su principal fuente de ingresos, considerando que esa mejora de la acción protectora podría llevarse a cabo incrementando el porcentaje a aplicar a la base reguladora de la pensión.

Para dar cumplimiento a esa recomendación, la Disp. Adic. 30ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, preceptúa el incremento del porcentaje a aplicar a la base reguladora de la pensión de viudedad hasta el 60 por ciento para las personas beneficiarias mayores de 65 años que no perciban otra pensión pública, ni perciban otros ingresos por la realización de trabajo o de capital en cuantía relevante. Dicha norma preveía un incremento gradual desde el 1 de enero de 2012 hasta alcanzar el 60 por ciento el 1 de enero de 2019, pero su aplicación ha sido sucesivamente aplazada, hasta que la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, contempló un incremento de 4 puntos desde el día primero del mes siguiente a su entrada en vigor, mientras que el porcentaje restante hasta alcanzar el 60% se incrementaría a partir del 1-1-19.

Este RD se dicta para la adecuada aplicación por las entidades gestoras de la Seguridad Social del referido incremento, fijando los requisitos de los beneficiarios, reconocimiento y efectos, suspensión del derecho, incompatibilidad, régimen transitorio.

La mejora pasa a formar parte de la pensión de viudedad, pero no se consolida pues queda condicionada al mantenimiento de los requisitos que generan el derecho a la misma.

7. PLANES DE PENSIONES

- Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE 4-9-18) (Acuerdo de Convalidación BOE 29-9-18)

Se aprueba este RDL como consecuencia del retraso en la transposición de algunas directivas, que requieren una norma con rango de ley para su incorporación al ordenamiento jurídico interno, por cuanto existe un riesgo de multa con base en lo establecido en el artículo 260.3 del TFUE.

El Título I contiene las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

La Directiva 2014/50/UE pretende reducir los obstáculos a la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros creados por determinadas normas relativas a los regímenes complementarios de pensión para la jubilación vinculados a una relación laboral. Con este fin, limita los periodos de espera y de adquisición de derechos que se requieran en dichos regímenes complementarios de pensión, fija un límite en relación con la edad mínima para adquirir los correspondientes derechos, regula el reembolso de las primas o aportaciones realizadas en caso de cese de la relación laboral antes de adquirirse derechos, establece el mantenimiento de los derechos que se hubiesen adquirido cuando dicho cese tiene lugar, e impone obligaciones de información a los trabajadores sobre las condiciones de adquisición, el importe de los derechos adquiridos y el tratamiento de estos a partir del cese de la relación laboral.

La transposición al ordenamiento español de esta Directiva exige modificar la Disp. Adic. 1ª del TR de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Dicha disposición adicional establece la obligación de instrumentar mediante seguros colectivos y planes de pensiones de empleo los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con los trabajadores vinculados a determinadas contingencias, entre ellas la jubilación y establece las condiciones básicas de los seguros aptos para tal finalidad. En el caso de seguros colectivos, modalidad en la que las primas abonadas por la empresa no se imputan fiscalmente a los trabajadores, las condiciones de adquisición y mantenimiento de derechos en caso de cese de la relación

laboral dependen en la actualidad de los términos de los convenios colectivos o disposiciones equivalentes en los que se establecen los compromisos por pensiones.

El Título I modifica el citado TRLPFP, en concreto la citada Disp. Adic. 1ª para introducir las previsiones de la norma europea en cuanto a la limitación de los requisitos de edad y de los periodos de espera y adquisición de derechos, la conservación de derechos adquiridos en caso de cese de la relación laboral y las obligaciones de información a los trabajadores sobre tales aspectos.

Si bien la Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril de 2014, es aplicable a los trabajadores que cesan la relación laboral y se desplazan a otros Estados miembros, en la transposición a la legislación española se ha optado por extender su aplicación a todos los trabajadores, haciendo uso de la habilitación establecida en el considerando 6 de la propia Directiva para que los Estados miembros puedan ampliar la extensión de su ámbito de aplicación a quienes se desplacen dentro del mismo Estado miembro.

La transposición de la citada Directiva se completa con normas que regulan el régimen de información a los trabajadores en caso de cese de la relación laboral con anterioridad a la jubilación, así como el régimen del tratamiento futuro de los derechos adquiridos una vez producido dicho cese.

Por último, en el TRLPFP se añaden dos disposiciones transitorias nuevas, 9ª y 10ª. En la Disp. Transit. 9ª se regula la cuantía mínima de los derechos adquiridos en caso de cese de la relación laboral por causa distinta de la jubilación habiendo adquirido derechos, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el art. 2.4 de la Directiva, ésta se aplicará sólo a los periodos de empleo que transcurran desde el 21 de mayo de 2018 (fecha límite para la transposición de la Directiva); también prevé, de conformidad con lo establecido en el art. 2.2.a) de la Directiva, que, en el caso de compromisos por pensiones que a 20 de mayo de 2014 (fecha de entrada en vigor de la Directiva) hubiesen dejado de incluir nuevos trabajadores y permanezcan cerrados a nuevos trabajadores, será aplicable el régimen de adquisición de derechos que tuvieren estipulado; finalmente establece unos periodos para que las entidades aseguradoras y entidades gestoras de fondos de pensiones adapten sus procedimientos para cumplir con las nuevas obligaciones de información, así como para la inclusión expresa de determinados contenidos, en su caso, en los contratos de seguro y las especificaciones y bases técnicas de los planes de pensiones, sin perjuicio de la aplicación efectiva de los derechos establecidos en la Disp. Adic- 1ª TRLPFP en la redacción dada por este RDL. La Disp. Transit. 10ª establece que la aplicación de las modificaciones introducidas por este RDL no podrá suponer reducción de derechos adquiridos con anterioridad, ni menoscabo del derecho a la información, ni el establecimiento de condiciones de adquisición menos favorables que las estipuladas antes de su entrada en vigor.

El Título II contiene las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (en adelante Directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo).

El Título III contiene la modificación que incorpora al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair.

El Título IV modifica parcialmente el artículo 12 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, con el objeto de elevar el plazo máximo a un año para la resolución de los expedientes sancionadores afectados por dicha Ley, en vez de los tres meses previstos de forma genérica en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Finalmente, el Título V procede a la modificación de la Disp. Final 7ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ampliando en 2 años la entrada en vigor de las previsiones de la citada Ley relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la administración y archivo único electrónico.

8. RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO

-Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.- Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 18-7-18)

El IV AENC para 2018, 2019 y 2020, suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO, UGT, proroga el III AENC en todo lo que no se oponga a este pacto, de naturaleza obligacional. Sus objetivos son la creación de empleo, la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y de la competitividad de las empresas, y la lucha contra la economía sumergida.

Además, el IV AENC fija el incremento salarial para cada año de vigencia del Acuerdo: a) Una parte fija de en torno a un 2%; b) Una parte variable del 1% ligada a los conceptos que en cada convenio se determinen, como la evolución de la productividad, resultados, absentismo injustificado y otros, en base a indicadores cuantificados, medibles y conocidos por ambas partes. Al mismo tiempo, se insta a establecer progresivamente un salario mínimo de convenio de 14.000 € anuales; crecimiento que quedaría vinculado a la renovación convencional.

El IV AENC insta a impulsar la renovación y actualización de los Convenios articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador. Los negociadores deberían determinar en qué términos se mantiene el convenio vencido, e instar la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario cuando la negociación esté agotada.

Finalmente, en el IV AENC se insta al Gobierno a adoptar las siguientes medidas:

1. Modificación del art. 42 ET para que se oriente a la especialización productiva, de modo que no incentive una competencia desleal entre empresas ni un deterioro de las condiciones de empleo.

2. Desarrollo de una nueva medida dirigida al mantenimiento del empleo en empresas con dificultades económicas, que propicie reducciones temporales de jornada y flexibilidad interna pactada, favoreciendo que el trabajador no se vea perjudicado en su protección social ni en su retribución, la empresa mantenga sus plantillas, y se habiliten procesos de formación para una mayor cualificación de las mismas.

3. Establecimiento de un marco de diálogo en materia de Formación Profesional para el Empleo.

4. Creación de un observatorio para el absentismo.

5. Realización de los cambios legales que permitan que los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que, el trabajador afectado tenga derecho a la pensión completa de jubilación, con el fin de facilitar el relevo generacional y vinculado a objetivos de políticas de empleo.

6. Regulación del Consejo Nacional de Negociación Colectiva, con funciones de observatorio y formación de negociadores.

7. Análisis de la situación actual de la economía sumergida en España, acordando un Plan Director para su reducción, ya sea por medio de modificaciones normativas o negociación colectiva.

8. Apuesta por el contrato de relevo como elemento esencial para el traslado de conocimiento, rejuvenecimiento de las plantillas, mejora de productividad de las empresas y creación de empleo en condiciones de estabilidad.

9. Desarrollo de medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres. En concreto: a) que el sistema de atención a la dependencia y la infancia dé cobertura a la actividad profesional retribuida de las mujeres; b) que se equiparen las condiciones de disfrute de los permisos de paternidad/maternidad o de las reducciones de jornada; c) que se estudie cualitativamente el sistema de pluses y complementos salariales, informando a las comisiones negociadoras.

-Plan Director por un Trabajo Digno.- Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE 28-7-18)

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018 aprobó el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, en el marco del Programa de Trabajo Decente de la OIT, cuyos pilares son promover el empleo y las empresas, garantizar los derechos en el trabajo, extender la protección social y fomentar el diálogo social, con la igualdad de género como tema transversal.

El Gobierno considera que, en ese marco, la situación en España requiere la adopción de medidas a las que responde la elaboración de este Plan, que persigue recuperar derechos laborales y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo. Paralelamente, se persigue reforzar la sostenibilidad presente y futura de nuestra Seguridad Social y de las prestaciones sociales y fortalecer la competencia leal entre empresas en el mercado de trabajo, dirigiéndose el Plan contra aquellas que incumplen la normativa laboral y de Seguridad Social vigente.

El Plan Director incluye un total de 75 medidas (55 operativas y 20 organizativas) para luchar contra el fraude, la precariedad laboral y erradicar las situaciones de abuso. El Plan Director se ha elaborado en colaboración con las Comunidades Autónomas y se ha consultado a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. También han realizado aportaciones las organizaciones representativas de trabajadores autónomos y de la economía social y otras organizaciones de carácter social, así como las organizaciones profesionales propias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El Plan se construye alrededor de las siguientes orientaciones políticas básicas: a) potenciar el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; b) consensuar las medidas con las CCAA, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, y las asociaciones de Inspectores y Subinspectores; c) combinar actuaciones inmediatas y a largo plazo, contándose entre las primeras un plan de lucha contra el fraude en la contratación temporal y otro contra los abusos en la contratación a tiempo parcial, a poner en marcha entre los meses de agosto y diciembre de 2018; d) integrar la perspectiva de género en la actuación inspectora, así como la atención a los menores de edad como víctimas potenciales de situaciones de abuso laboral.

Se establecen 55 medidas operativas en el marco de 9 ámbitos de actuación, a poner en marcha de forma inmediata por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

1. Luchar contra el abuso y el fraude en la utilización de los contratos temporales: Disuadir a las empresas –incluidas las ETTs– que incurran en las prácticas fraudulentas en la contratación temporal. Dar información y asistencia técnica a trabajadores y empresas. Incidir en la realización de acciones en el sector agrario y en determinadas grandes empresas del sector servicios. Realizar un seguimiento de las actuaciones previas realizadas. Desarrollar campañas extensivas. Mejorar el control de los contratos para la formación y aprendizaje. Cruzar bases de datos. Erradicar la fraudulenta contratación temporal de profesores en ciclos coincidentes con el curso escolar.

2. Luchar contra los abusos en la contratación a tiempo parcial, los excesos de jornadas y horas extraordinarias no pagadas ni compensadas: Acciones formativas y tratamiento de bases de datos. Abandono de campañas basadas en el cumplimiento voluntario de la legislación. Creación de campañas dirigidas a los sectores y CCAA en los que se dan en mayor medida la realización de horas extraordinarias irregulares. Cursos de formación específicos.

3. Medidas para corregir los incumplimientos en materia salarial y los derivados de la externalización de actividades: Activar respuesta contundente a casos de impago de salarios. Campañas específicas para colectivos especialmente afectados por la descentralización

productiva, comenzando por los camareros de pisos y trabajadores del sector de alojamientos turísticos. Intensificación de actuaciones en caso de trabajadores afectados por subrogaciones empresariales, revisándose especialmente los casos de convenios colectivos anulados por la jurisdicción social.

4. Protección de derechos fundamentales y promoción de la igualdad: Creación de la Unidad de Lucha contra la Discriminación. Designación de Inspectores especializados. Firma de convenios de colaboración con las CCAA. Potenciación de la función de asistencia técnica. Participación de la Inspección en los Planes de actuación y Estrategias de las Administraciones Públicas con competencias en materia de igualdad. Cruces de bases datos. Incremento en el número de actuaciones de la Inspección. Controles de legalidad de convenios colectivos. Formación especializada. Atención a comunicaciones sobre casos de acoso sexual o por razón de sexo, y de discriminación en el acceso al empleo. Redacción de formularios de denuncias en diferentes idiomas. Promover acciones de sensibilización. Acciones de vigilancia del cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por discapacidad y por orientación sexual o identidad de género.

5. Refuerzo de la lucha contra la economía irregular: Planificación de actuaciones inspectoras en los sectores que se detecte una mayor incidencia de economía irregular. Visitas en horas nocturnas, en fin de semana o días festivos. Identificación de las empresas que se sirven de falsos autónomos. d) Identificación de empresas “buzón”. Elaboración de una Guía de actuación. Detección de situaciones de trata.

6. Afrontar las nuevas modalidades de prestación del trabajo: Identificación de los sujetos intervinientes en la plataformas digitales y comercio electrónico. Elaboración de una Guía de actuación. Realización de una campaña sobre Plataformas y comercio electrónico.

7. Regularizar la situación de los trabajadores que se encuentren bajo la figura de «Falso becario»: Campañas específicas. Especialización de Inspectores.

8. Reforzar las actuaciones para reducir la accidentalidad y morbilidad laboral: Campañas específicas. Aprobación de nuevas Instrucciones y criterios operativos. Especialización de los Inspectores.

9. Garantizar los derechos sindicales para luchar contra la precariedad laboral: Garantizar el pleno ejercicio de los derechos a constituir secciones y a elegir delegados sindicales. Velar por el derecho a la información y consulta de los Comités de empresa y Delegados de personal. Garantizar el ejercicio de los derechos a la negociación colectiva, conflicto colectivo y huelga.

Adicionalmente se contemplan medidas organizativas en los siguientes ámbitos: 1. Reforzar los medios humanos y materiales del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 2. Puesta en marcha efectiva del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 3. Potenciación de la Herramienta de Lucha contra el Fraude (HLF). 4. Modernización de los procedimientos de gestión de la Inspección de Trabajo. 5. Refuerzo de la colaboración y coordinación institucional. 6. Buzón de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 7. Reforzar la cooperación en la lucha contra la precariedad y el fraude Internacional. 8. Plan de comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-Programa de Activación para el Empleo.- Real Decreto-ley 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo (BOE 4-8-18)

El Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, reguló el Programa de Activación para el Empleo, conforme al «Acuerdo sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo» con el objetivo de mejorar la empleabilidad y dotar de nuevas oportunidades a los trabajadores desempleados con mayor dificultad de inserción, firmado entre el Gobierno y los interlocutores sociales el 15 de diciembre de 2014.

Este programa, extraordinario y específico, se dirige a los trabajadores desempleados de larga duración con cargas familiares que se encuentran en una situación de especial necesidad, y que realizan una búsqueda activa de empleo. El programa fue prorrogado en dos ocasiones por el RDL 1/2016, de 15 de abril, y por el RDL 7/2017, de 28 de abril. Este último permitió que las personas destinatarias pudieran presentar su solicitud de incorporación al programa hasta el día 30 de abril de 2018.

Con posterioridad no se producido una nueva prórroga del programa por lo que ha concluido la posibilidad de admitir nuevas incorporaciones al mismo, si bien continuará vigente mientras las personas admitidas hasta aquella fecha realicen las correspondientes acciones de activación para el empleo, y perciban la ayuda económica de acompañamiento reconocida hasta el transcurso de su duración máxima de seis meses.

Sin embargo, un efecto indeseado de la finalización del plazo de admisión al Programa de Activación para el Empleo producida el día 30 de abril de 2018, ha sido la imposibilidad de reincorporarse al programa, una vez cumplida dicha fecha, de aquellas personas que habían causado baja temporal en el mismo por alguno de los motivos contemplados en el artículo 5.2 de la norma citada (colocación por cuenta ajena o propia, o pérdida del requisito de rentas o responsabilidades familiares, durante los períodos de tiempo determinados en dicho apartado), ya que, de acuerdo con lo previsto en el RDL 16/2014, de 19 de diciembre, la reincorporación está vinculada al plazo de solicitud de admisión, por lo que debería tener lugar necesariamente antes del 30 de abril. Además, esas personas tampoco pueden beneficiarse del subsidio extraordinario de desempleo regulado en la nueva Disp. Adic. 27ª LGSS, incorporada a la misma por el apartado cinco de la Disp. Final 40ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que ha venido a sustituir temporalmente a los programas de activación para el empleo y de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, ya que el apartado 3 de la disposición impide expresamente el acceso al subsidio extraordinario «a quienes se hubiera reconocido previamente la ayuda económica de acompañamiento establecida en el Programa de Activación para el Empleo».

Dicha situación deja desprotegidas a aquellas personas participantes en el programa que más han demostrado su implicación en el mismo de cara a su inserción y atenta contra la finalidad del Programa de Activación para el Empleo recogida en el artículo 1.2 RDL 16/2014 de «incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo», desincentivando las posibles colocaciones temporales durante el desarrollo del mismo, dado que la aceptación de un trabajo de breve duración implicaría la salida del programa sin posibilidad de volver a incorporarse.

Para evitar esa situación desfavorable se modifica el RDL 16/2014, de 19 de diciembre, permitiendo que, en los supuestos de baja temporal establecidos en la norma se pueda producir la reincorporación hasta que concluya el desarrollo del programa.

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

1. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

1.1. 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.

1.2. Ámbito subjetivo de aplicación de la Seguridad Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.3. Gestión de la Seguridad Social

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2018, núm. 389/2018 (RJ 2018\1256)

Tesorería General de la Seguridad Social. Se desestima la solicitud de rectificación de datos de la vida laboral.

Concluye el Tribunal Supremo de la siguiente manera: " Llevado lo expuesto al caso de autos se desestima el único motivo de casación por las siguientes razones:

1º La demandante interesó en la instancia la rectificación de su informe de vida laboral, que es un documento oficial expedido por la Seguridad Social que recoge todos los períodos exactos de tiempo trabajados, luego el tiempo exacto de cotización, es decir, el tiempo en que ha contribuido al sistema de Seguridad Social. Lo que se ventiló fue si la TGSS debía rectificar los datos de los que informa haciendo coincidir la fecha real del alta con la fecha de efectos de la misma, luego no se discutió, por tanto, el derecho a las prestaciones a las que pretendiere acceder ni las previsiones normativas para percibir el importe íntegro de la prestación que le correspondía.

2º Ciertamente los datos que recoge ese informe son los que se comunican a la Seguridad Social según la normativa reguladora –en lo que aquí interesa el régimen de altas– y en autos son hechos no controvertidos que el Ministerio de Justicia incumplió la obligación de comunicar el inicio de la prestación de servicios de la demandante y de solicitar el alta en plazo y que ingresó extemporáneamente las cuotas por los periodos afectados.

3º No se niega que de la normativa expuesta en el anterior Fundamento de Derecho se deduzca lo que sostiene la TGSS en cuanto al distingo entre fecha real del alta y la fecha de efectos, tampoco se discute el régimen de responsabilidad del empleador y la aplicación de los artículos 94 a 97 del texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre (RCL 1963, 2467y RCL 1964, 201), sobre Bases de la Seguridad Social , aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril (RCL 1966, 734, 997) , aplicable como norma reglamentaria a los efectos de los artículos 126 y 127 de la LGSS (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170) ; en fin, tampoco se rechaza que el informe de la vida laboral de la demandante en la instancia ofreciese una información coherente con esa normativa.

4º Pues bien, la desestimación del recurso de casación de la TGSS recurrente se basa en el olvido de las exigencias procesales de este recurso, cuyo objeto es enjuiciar la sentencia

que se impugna. De esta manera se limita a construir su único motivo de casación sobre una base estrictamente teórica centrada en invocar la normativa aplicable ya expuesta para deducir que la sentencia impugnada la ha infringido.

5º Sin embargo la sentencia, en puridad, no hace consideración alguna sobre esa normativa en los términos en los que la TGSS centra su recurso: en su lugar se basa en una motivación *in aliunde*, esto es, su *ratio decidendi* se concreta en la aplicación al caso de los precedentes antes expuestos, modalidad ésta de motivación que es admisible tal y como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 144/2007 (RTC 2007, 144), recogida por la de esta Sala de 15 de febrero de 2012 (recurso de casación 4200/2010).

6º Frente a ese razonamiento la TGSS no plantea la falta de identidad entre los supuestos de hecho que se ventilaron en aquellas otras sentencias de remisión y el caso de autos; tampoco plantea que, en puridad, se haya infringido la normativa antes expuesta en esos supuestos por razón de las concretas circunstancias de hecho a las que se referían.

7º Tampoco ha planteado la TGSS que la sentencia haya hecho una valoración arbitraria o irracional –o una valoración inexistente– de la documental obrante en autos y que aportó la demandante; tampoco que se deduzca de la misma un resultado contrario al de la sentencia de instancia a la vista de las copias de actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que aportó e incoadas al Ministerio de Justicia a raíz de diversas sentencias que reconocen a los magistrados suplentes el derecho a la cotización.

8º A la vista de esas actas la TGSS tampoco ha alegado sobre su falta de identidad con los casos a los que se refieren las sentencias a las que se remite la aquí impugnada ni ha hecho consideración alguna sobre lo que cabría deducir de las irregularidades ya advertidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

9º Finalmente la TGSS invoca la sentencia de esta Sala y Sección de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 2735/2013), de la que se deduce ese distinguo que ofrece el informe de la vida laboral entre las fechas reales de alta y la fecha de efectos –lo que no se niega– pero si tal sentencia se invoca al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA (RCL 1998, 1741) –infracción de la jurisprudencia– se olvida que es criterio constante que a estos efectos no basta con la cita de una sola sentencia para integrar el concepto de jurisprudencia. En todo caso y a propósito de las circunstancias de hecho de ese recurso, tampoco razona sobre el hecho de que la Inspección actuase a raíz de una sentencia como en el caso de autos y si cabe aplicarle lo allí resuelto".

1.4. Actos de encuadramiento o de inmatriculación (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018, núm. 670/2018 (RJ 2018\1769)

Alta en Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Consejero Delegado de una mercantil que posee el 50% del capital social. Alta procedente. Basta con el ejercicio de funciones de dirección y gerencia; no es necesario llevar a cabo un trabajo real.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2018, núm. 768/2018 (RJ 2018\1803)

Seguridad Social. Alta de oficio en RETA, cargo de consejero delegado de una mercantil y poseer la mitad del capital social.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2018, núm. 769/2018 (RJ 2018\2003)

TGSS, alta de oficio en RETA de consejero delegado de una mercantil.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018, Asunto C-356/15, Comisión / Bélgica

Incumplimiento de Estado – Seguridad social – Reglamento (CE) n.º 883/2004 – Artículos 11, 12 y 76, apartado 6 – Reglamento (CE) n.º 987/2009 – Artículo 5 – Desplazamiento de trabajadores – Afiliación a un régimen de seguridad social – Lucha contra el fraude – Certificado A1 – Negativa a reconocerlo por parte del Estado miembro de ejercicio de la actividad profesional en caso de fraude o abuso.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) decide:

1) Declarar que, al adoptar los artículos 23 y 24 de la Ley Marco de 27 de diciembre de 2012, el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 11, apartado 1, 12, apartado 1, y 76, apartado 6, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, así como del artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento n.º 883/2004.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar en costas al Reino de Bélgica.

1.5. Financiación de la Seguridad Social. La cotización

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.6. Acción protectora. Las prestaciones del sistema de Seguridad Social:

1.6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018, núm. 322/2018 (RJ 2018\1413)

Incapacidad Permanente Total solicitada en demanda con carácter subsidiario. La Sala de suplicación revoca la sentencia de instancia que reconocía una IPA y desestima la demanda sin pronunciarse sobre la petición subsidiaria. Incongruencia omisiva.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018, núm. 146/2018 (RJ 2018\1564)

DELITOS DE FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL, ESTAFA Y FALSEDAD. RELACIÓN CONCURSAL: la adecuada subsunción de los hechos que han sido declarados probados no puede desvincularse de la sucesión de tipos penales que, rindiendo culto a un deficiente casuismo, superponen espacios de tipicidad que complican sobremanera la labor del intérprete. El análisis de las alegaciones del recurrente y del dictamen del Ministerio Fiscal llevan a la Sala a entender que la convergencia de preceptos que reivindican su aplicación opera en una triple dirección, a saber, entre los arts. 308.1, 248 y 307 ter del Código Penal. El legislador ha querido resolver *ex lege* los problemas concursales que, con anterioridad a la reforma de 2012, dividieron a la doctrina a la hora de resolver la relación concursal entre los delitos de estafa y fraude de subvenciones, propiciando, como hemos apuntado supra, una jurisprudencia no siempre uniforme. En definitiva, el fraude a las prestaciones de la Seguridad Social tiene ahora encaje en el art. 307 ter del CP, sin que deban resucitarse los históricos problemas concursales derivados de la existencia de la condición objetiva de punibilidad que fijaba el art. 308 del CP y que suscitaba la duda acerca del tratamiento penal de las defraudaciones que no alcanzaban la cuantía de 120.000 euros. Cuestión todavía por resolver es la relativa a la relación concursal entre el delito previsto en el art. 307 ter y el delito de falsedad en documento oficial, cometido por particular. La sentencia recurrida considera a José Ángel González autor, en concurso medial, del delito previsto en los arts. 392.1 y 390.1, 3 y 4 del CP. Las dudas acerca de esa relación concursal están más que justificadas. El art. 307 ter del CP incluye en la acción típica la necesidad de que la obtención o el disfrute de las prestaciones de la Seguridad Social se logre «...por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar». El tipo describe, por tanto, una estrategia falsaria que, en algunos casos, no implicará, necesariamente, la comisión de un delito de falsedad en documento oficial. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el solicitante se limita a faltar a la verdad en la narración de los hechos que actúan como presupuestos habilitantes del cobro de la prestación fraudulenta. En tales casos, el desvalor de la conducta sería abarcado en su integridad por el art. 307 ter operando la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP. Tratamiento distinto merecen aquellos otros supuestos en los que la simulación o tergiversación de hechos se ejecuta mediante la afectación del bien jurídico protegido por el delito de falsedad. Y esto es, precisamente, lo que sucede en el presente supuesto. José Ángel no se limitó a faltar a la verdad en su esfuerzo por acreditar la existencia de incapacidades laborales por padecimientos físicos que en realidad nunca existieron. Según describe el hecho probado, «...el acusado (...) se dio de alta a sí mismo como único trabajador el 15/12/09 en la Asociación de Constructores La Janda inscrita el 22/05/07 en el Registro de Asociaciones, resultando ser ésta una empresa ficticia, sin actividad alguna y con la única finalidad de aparentar una relación laboral de soporte para dichas prestaciones». El juicio histórico da cuenta, además, de la presentación de distintas solicitudes de reconocimiento de la prestación, acompañadas de partes de baja médica que no se corresponden con la realidad. Son, por tanto, documentos ad hoc, estructuralmente falsos, en la medida en que su propia confección exige simular una relación laboral que no existe, prestada a favor de una empresa que no existe, firmada por un representante –Francisco Betancor– que tampoco existe, cuya firma, como se precisa en el FJ 3º de la sentencia recurrida, fue garabateada por el propio acusado.

Sentencia del Tribunal Supremo 17 de abril de 2018, número de recurso 408/2018

Ceguera y Gran Invalidez. Trabajador de la ONCE que ya necesitaba la ayuda de tercera persona antes de su alta en el sistema de Seguridad Social y cuya situación clínica se agrava posteriormente. No procede el reconocimiento de la solicitada Gran Invalidez. Aplica doctrina de la Sala y estima recurso del INSS frente a STSJ Cantabria 107/2016, de conformidad con Ministerio Fiscal.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, núm. 450/2018 (RJ 2018\2562)

Pensión de incapacidad permanente absoluta. Suspensión de la prestación por realización de trabajos por cuenta ajena incompatibles con el estado invalidante. Valor de las nuevas cotizaciones en la base reguladora de la pensión de IPA reestablecida.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2018, núm. núm. 528/2018 (RJ 2018\2153)

Incapacidad permanente. Deficiencias visuales. Momento en el que han de evaluarse las secuelas y calificación de la incapacidad. Falta de contradicción.

La sentencia analizada recae en un proceso de seguridad social en la que el actor impugna la resolución del INSS en la que se desestima la solicitud de declaración de incapacidad permanente absoluta o total por no alcanzar las lesiones apreciadas grado suficiente para ser constitutivas de incapacidad laboral. Desestimada la demanda en la instancia, la sala de duplicación confirma tal pronunciamiento. En el recurso de casación unificadora plantea el actor dos cuestiones: una, en relación a la calificación de la incapacidad; y otra, dirigida a determinar el momento en que han de evaluarse las secuelas padecidas. Pero la sala IV concurre que no concurre la necesaria contradicción con respecto a ninguna de los motivos de recurso. Con respecto al primero, porque los cuadros clínicos de los respectivos actores no presentan la necesaria analogía, porque en el caso de contraste se trata de una revisión de una incapacidad ya declarada, mientras que ello no consta en el de autos y porque no es semejante la forma en la que afectan las lesiones a la actividad laboral. Y, con respecto al segundo motivo, porque son dispares las cuestiones debatidas. En efecto, una cosa es tomar en cuenta el agravamiento posterior al dictamen EVI y otra, que siempre deba prosperar la revisión de hechos basada en Informes adicionales.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2018. Caso Devinar contra Slovenia (JUR 2018\139841)

Derecho a un proceso justo: violación inexistente.

Desestimación de la demanda de pensión de incapacidad permanente.

La Sra. Devinar era una empleada de hogar hasta que sufrió graves problemas médicos en la muñeca izquierda y en el brazo derecho y se le reconoce una incapacidad permanente parcial en 2006. En ese momento interpuso demanda administrativa por incapacidad permanente. Sin embargo, los peritos que la examinaron y que revisaron su historial médico concluyeron que no padecía ningún problema físico y su demanda fue desestimada.

En 2012, la Sra. Devinar interpuso demanda ante los tribunales nacionales para revisar las decisiones administrativas que habían desestimado su solicitud, pero sin éxito. Para desestimarla, los jueces se basaron en las periciales realizadas en el marco del proceso administrativo para rechazar su petición y en el reconocimiento que ellos mismos efectuaron de la demandante en una audiencia celebrada en el curso del proceso.

En definitiva, en 2014, el Tribunal Constitucional rechazó examinar el recurso constitucional interpuesto por la Sra. Devinar. La Sra. Devinar invoca el art.6.1 CEDH y sostiene que las decisiones de los tribunales internos fueron injustas porque, por un lado, se basaban en la opinión de peritos designados por la parte contraria, y por otro lado, los jueces rechazaron designar un perito independiente.

El TEDH rechaza la existencia de violación del derecho a un proceso justo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018, núm. 690/2018 (JUR 2018\202989)

Reclamación de cantidad. Trabajador en situación de IT que ha cesado en su cargo orgánico el mes anterior al del inicio de la IT. Derecho a que se le incluya el íntegro complemento salarial de mando orgánico para determinar la cantidad a que ascienden el 100% de sus retribuciones por el hecho de haberlas percibido el mes anterior.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018, núm. 736/2018 (JUR 2018\205562)

Trabajador de ONCE que acredita patologías invalidantes antes del alta en el sistema de Seguridad Social. Reconocida prestación de jubilación anticipada, con posterioridad reclama Incapacidad Permanente Absoluta. Gran Invalidez: no procede: patologías preexistentes al inicio de la relación laboral y al alta en el Sistema de Seguridad Social. Reitera doctrina STS nº 675/2016, de 19 de julio (rcud. 3907/2014). De conformidad con las dictadas en los asuntos deliberados este mismo día en los rcud. núms. 3779/2016 y 4313/2017. Cálculo de la prestación de Incapacidad Permanente Absoluta cuando en meses previos no hay empleo ni alta en Seguridad Social del beneficiario: se integran tales períodos con las bases mínimas, de conformidad con el artículo 197.4 LGSS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018, núm. 737/2018 (JUR 2018\202872)

Ceguera y Gran Invalidez. ONCE. Vendedor de cupones que ya necesitaba la ayuda de tercera persona antes de su alta en el sistema de Seguridad Social y cuya situación clínica se agrava posteriormente. No procede el reconocimiento de la solicitada Gran Invalidez. Aplica doctrina de SSTS 675/2016 de 19 julio (rec. 3907/2014) y 408/2018 de 17 abril (rec. 970/2016). Concuere con la doctrina acogida para resolver los recursos 3779/2016 y 3104/2017. Respecto de la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta concurre falta de contradicción, subsistiendo su reconocimiento.

1.6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, núm. 292/2018 (RJ 2018\1056)

Recurso de casación LO 7/2015. Anulación del alta laboral de una trabajadora en situación de riesgo por embarazo.

Entiende el Supremo que: " La interpretación del artículo 134 del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825) , y del artículo 7 del 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 (RCL 1996, 673, 1442), en consecuencia, comporta que aunque el acto administrativo de alta se vincule, con carácter general, al inicio de la actividad laboral, sin embargo, el citado artículo 7 del Reglamento General , además de ligar el alta dicho *inicio de la actividad* , también permite la ampliación, si concurre una " *situación conexas a la misma* ", como sucede en este caso en que ya se había contratado y dado de alta, a la mujer en situación de riesgo por embarazo. Alta que posteriormente fue anulada. La interpretación de las citadas normas ha de hacerse, por tanto, conforme con el principio de igualdad, y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que hemos expuesto".

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018, núm. 353/2018 (RJ 2018\1970)

Lactancia materna. Riesgo para la lactancia natural. Médico de urgencias hospitalarias. Desestima el recurso de la mutua demandada.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2018, núm. 419/2018 (RJ 2018\1801)

PERMISO POR LACTANCIA. ACUMULACION EN JORNADAS COMPLETAS: Existe derecho a la acumulación en jornadas completas del permiso de lactancia cuando el convenio colectivo lo disponga, siendo determinada dicha acumulación en atención a las horas de ausencia, salvo mejora establecida en el propio convenio o acuerdo con el empresario.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018, núm. 667/2018 (RJ 2018\3125)

Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina: Prestación por riesgo de lactancia natural: distribución del gravamen probatorio de los riesgos. Trabajo a turnos: garantía de condiciones que permitan la extracción y mantenimiento de la leche materna.

Se cuestiona el derecho a prestación por riesgo durante el período de lactancia natural de ATS/DUE en servicio de urgencias médicas 120 días/año, en turnos de 17 y 24 h.; en el informe de evaluación de riesgos de su puesto no se recoge la existencia de riesgos específicos para la lactancia, pero sí diversos riesgos genéricos: manejo de productos químicos, cortes y pinchazos,... La STSJ, confirmando la del JS, desestima la pretensión al no haberse acreditado la existencia de riesgos específicos. La Sala IV indica que la doctrina de la STJUE de 19-10-2017 (C-531/15), as. Otero Ramos, aconseja una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba, pues establece que en supuestos en que la

evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos si constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia (como así como ocurre en el presente caso), de manera que bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales. Se suscita también la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural, revisando doctrina, exigiendo condiciones que garanticen la extracción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018, núm. 739/2018 (JUR 2018\204691)

Prestación de riesgo durante la lactancia. Enfermera transporte sanitario. Turnos nocturno y diurno de 12 horas. Reitera doctrina (STS/IV de 26-junio-2018, rcud. 1398/2016).

1.6.3. Jubilación

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2018, núm. 422/2018 (RJ 2018\2024)

Jubilación anticipada. Las cotizaciones por la contingencia de jubilación que debe realizar la entidad gestora de las prestaciones de desempleo durante el periodo de percepción del subsidio de desempleo para mayores de 55 (52) años, carecen de validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido. Solo pueden computarse a efectos del cálculo de la base reguladora y del porcentaje aplicable, lo que es de aplicación por igual a la jubilación ordinaria y a la anticipada.

Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2018, Caso S. C. contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku (TJCE 2018\110)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social de los trabajadores migrantes – Coordinación de los sistemas de seguridad social – Reglamento (CE) n.º 883/2004 – Campo de aplicación material – Artículo 3 – Declaración de los Estados miembros con arreglo al artículo 9 – Pensión transitoria – Calificación – Regímenes legales de prejubilación – Exclusión de la norma sobre totalización de periodos en virtud del artículo 66

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

1) La clasificación efectuada por la autoridad nacional competente en la declaración realizada por el Estado miembro con arreglo al artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, de una prestación social en alguna de las ramas de seguridad social enumeradas en el artículo 3 de dicho Reglamento, no tiene carácter definitivo. La calificación de una prestación social puede realizarla el órgano jurisdiccional nacional de que se trate, de manera autónoma y en función de los elementos constitutivos de la prestación social controvertida planteando, en su caso, al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

2) Una prestación como la controvertida en el litigio principal debe considerarse una «prestación de vejez» en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra d), del Reglamento n.º 883/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, núm. 630/2018 (JUR 2018\191262)

Pensión anticipada de jubilación por discapacidad. Dolencias consecuencia de poliomiéltis infantil consideradas en una primera resolución como minusvalía de al menos el 33% bajo la normativa del Decreto 2531/1970 de 22 de agosto, posteriormente calificadas como constitutivas de un grado de discapacidad igual o superior al 45%. El cómputo de la cotización se inicia desde la fecha de aquella primera resolución cuya declaración equivale al actual grado de discapacidad. Reitera doctrina SSTS 19/12/2017, rcud. 3950/2015 y 8/2/2018, rcud. 2193/2016.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de junio de 2018, Caso MB contra Secretary of State for Work and Pensions (JUR 2018\179047)

Procedimiento prejudicial – Directiva 79/7/CEE – Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social – Régimen nacional de pensiones del Estado – Requisitos para el reconocimiento del cambio de sexo – Normativa nacional que supedita este reconocimiento a la anulación de un matrimonio anterior al cambio de sexo – Denegación de una pensión estatal de jubilación a una persona que ha cambiado de sexo a partir de la edad de jubilación de las personas del sexo adquirido – Discriminación directa por razón de sexo.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

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, en particular su artículo 4, apartado 1, primer guion, en relación con sus artículos 3, apartado 1, letra a), tercer guion, y 7, apartado 1, letra a), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que una persona que ha cambiado de sexo cumpla no solo criterios de carácter físico, social y psicológico, sino también el requisito de no estar casada con una persona del sexo que ha adquirido a raíz del cambio de sexo, para poder optar a una pensión estatal de jubilación a partir de la edad legal de jubilación de las personas del sexo adquirido.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018, Caso Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra J. C. R.. (JUR 2018\179044)

Procedimiento prejudicial – Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra – Seguridad social de los trabajadores migrantes – Reglamento (CE) n.º 883/2004 – Anexo XI, rúbrica “España”, punto 2 – Pensión de jubilación – Modo de cálculo – Importe teórico – Base de cotización pertinente – Convenio especial – Elección de la base de cotización – Normativa nacional que obliga al trabajador a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

El Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, rubricado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

1.6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

Sentencia del Tribunal Supremo 13 de marzo de 2018, núm. 279/2018 (RJ 2018\1406)

La cuestión que se suscita en la sentencia anotada es la de determinar si tiene o no derecho a causar pensión de viudedad, en su pretendida condición de cónyuge superviviente, una persona separada judicialmente sin fijación de pensión compensatoria que reanudó la convivencia con su cónyuge, documentada ante notario, pero sin ponerlo en conocimiento del Juzgado que decretó la separación. El TS, reitera doctrina y da a tal interrogante una respuesta negativa. Razona al respecto que la "vida en común" que se presume por el matrimonio se suspende con la sentencia de separación, lo que, no es incompatible con la reanudación temporal de la "vida en el mismo domicilio" porque se trata de una situación distinta –precisamente porque no hay reconciliación– de la "vida en común" que es propia de la convivencia conyugal. Y para que la reanudación de esa convivencia pueda dejar "sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación" es necesario que "los cónyuges", es decir los dos de consuno y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación. Mientras tanto no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, núm. 302/2018 (RJ 2018\1464)

Viudedad: Incompatibilidad de pensión de viudedad de Clases Pasivas con la misma prestación por el Régimen General. Causante pensionista de jubilación en Clases Pasivas calculada computando cotizaciones al RGSS.

En el Fundamento Segundo afirma el Supremo que: " Recordemos que el art. 122.1 LGSS establece la regla general según la cual, «Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de

incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas». Como indicábamos en nuestra STS/4ª de 28 octubre 2014 (rcud. 1600/2013) (RJ 2014, 6811), «Es claro que el art. 122 LGSS se limita a establecer una regla general de incompatibilidad en el percibo por el mismo beneficiario de dos pensiones en el Régimen General de la Seguridad Social pero, al mismo tiempo, abre la posibilidad de que vía legal –o incluso reglamentaria– se puedan establecer excepciones a esta regla general».

Por su parte, el art. 179.1 LGSS dispone, en lo que aquí interesa, que «La pensión de viudedad, en los términos del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 174, será incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante 15 años».

Sin embargo, en el presente caso nos encontramos con una pensión que es causada por quien era pensionista de jubilación; ello implica que la pensión de viudedad sigue la estela de aquella y, así por ejemplo, la base reguladora será la misma que sirvió para determinar la pensión de jubilación del fallecido (art. 9 de la OM de 13 febrero 1967 (RCL 1967, 360)). Por consiguiente, no estamos en el supuesto al que se refiere el art. 179.1 LGSS que resuelve la compatibilidad o incompatibilidad cuando el causante falleciere sin estar de alta o situación asimilada en el régimen del que se pretende la prestación y, en consecuencia, el derecho a la misma habría exigido una cotización de quince años. Para tal específico supuesto, la ley señala que el derecho a lucrar pensiones de viudedad compatible pasa por acreditar, al menos, esos quince años de cotización no superpuestos con las cotizaciones que den lugar a la otra pensión.

Pues bien, siendo la regla general la de la incompatibilidad de prestaciones del art. 122.1 LGSS, las prestaciones de viudedad se rigen por la particular norma del art. 179.1 LGSS que, ciertamente, parte de la compatibilidad salvo en el supuesto de acceso sin alta o situación asimilada al que hemos hecho alusión.

En suma, la LGSS admite la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social siempre que no exista en los mismos norma que lo prohíba expresamente y resulta que esa prohibición tiene aquí la imprescindible formulación de Derecho Positivo.

3. Ciertamente, no poniéndose en duda aquí la existencia de cotizaciones en dos regímenes distintos y el número de días efectivamente cotizados, el debate de esta *litis* gira en torno a la interpretación y aplicación del art. 5.1 del RD 691/1991, de 12 de abril, que actuaría como disposición especial frente a la generalidad del art. 122.1 LGSS, en la medida en que éste último se ciñe a la concurrencia de pensiones del RGSS, mientras que, como se verá, el primer precepto pone en relación el régimen de Clases Pasivas con cualquier otro régimen.

A tenor del art. 5.1 mencionado: «Reconocida una pensión por el Órgano o la Entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquella, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambas cosas, hubiese dependido de las cotizaciones computadas de otro régimen, tal pensión

será incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en este último.

En tal caso, el interesado podrá optar por una de ambas pensiones».

De dicha norma se desprende la incompatibilidad de pensiones cuando para el cálculo de la pensión reconocida en un régimen se hubieren tomado los periodos de cotización efectuada en otro. Y esto es precisamente lo que sucedió con la pensión de jubilación del fallecido esposo de la actora. Conviene destacar que no hay constancia de que el causante fuera receptor de dos pensiones de jubilación, sino de una sola, abonada por Clases Pasivas en los términos que se indican en el Hecho Probado quinto de la sentencia.

Como indicábamos en la STS/4ª de 8 marzo 2012 (rcud. 891/2011) (RJ 2012, 5419) , la correcta interpretación del art. 5.1RDLeg. 691/1991 exige partir «de la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social española. Este sistema posee distintas normas que lo configuran, en unos casos para definir el quantum de lo exigible, es decir el número de cotizaciones precisas para acceder a las prestaciones cuando éstas son elemento contributivo como es la regla general. La misma naturaleza contributiva determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así, en la Disp. Ad. 38ª del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio señala, para el caso de pluriactividad que, de no causar derecho a pensión en uno de los Regímenes, las bases de cotización acreditadas en éste, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, siempre que la suma no exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y con la condición de acreditar la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante y en otro caso, la parte proporcional.

Esta es la contrapartida por no haber podido sumar las cotizaciones a efectos de carencia, lo que sí sería posible cuando no existe superposición de las cotizaciones. Así, prevé el artículo 9 del citado texto refundido la totalización de los periodos de permanencia en cada uno de dichos Regímenes, siempre que no se superpongan. El resultado es, obviamente una sola pensión obtenida de la suma de cotizaciones que se originan en diversas fuentes de obligación. Por contra la superposición, que impide la intercomunicación podrá, en su caso, dar origen a distintas prestaciones, con el único límite del que en cada momento se imponga a las percepciones de fondos públicos.

En definitiva se está en todo momento configurando un paisaje prestacional vinculado a la presencia de cotizaciones con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura».

4. Cabe añadir que la pretensión rectora del proceso implicaría lucrar una doble prestación de viudedad para sustituir las rentas cuya pérdida se produce por el fallecimiento del causante en un caso en que aquéllas se limitaban a una única pensión de jubilación, lo

que resultaría en una doble protección de una única pérdida. La razón que justifica las reglas de la incompatibilidad se halla en evitar al mismo tiempo que se lucren dos o más prestaciones por un mismo esfuerzo contributivo, y que se duplique la cobertura social de un único defecto de renta (STS/4ª de 16 mayo 1994 –rcud. 2237/1993 (RJ 1994, 4207)–)".

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2018, núm. 389/2018 (RJ 2018\2000)

Viudedad. Separación judicial y reanudación de la convivencia de los cónyuges. Hasta la reforma del art. 84 del Código Civil por la Ley 15/2015 no era precisa la inscripción en el Registro Civil para que causara efectos y bastaba con notificarla al juzgado que acordó la separación, sin que su demora en aprobarla pueda perjudicar a la viuda.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2018, núm. 650/2018 (JUR 2018\191272)

Pensión de viudedad en las siguientes condiciones: a) Causante fallecido antes de un año después del matrimonio; b) Muerte causada por enfermedad preexistente al matrimonio; c) Ausencia de hijos comunes; d) Debate sobre el alcance de la previa convivencia de hecho y su acreditación. Falta de contradicción, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

1.6.5. Prestaciones familiares

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018, núm. 367/2018 (RJ 2018\1654)

Prestación en favor de familiares. Acreditación del requisito de la dependencia económica del causante. Cómputo de ingresos brutos o netos del solicitante. Falta de contradicción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018, núm. 614/2018 (RJ 2018\3101)

SUBSIDIO POR CUIDADO DE MENOR afectado por una enfermedad grave a favor de madre divorciada que es titular de su guarda y custodia. Doctrina: la baja en el Sistema de la Seguridad Social del otro progenitor (no impedido para cuidar al menor) es causa de extinción del subsidio. Interpretación de las normas legales y reglamentarias que disciplinan el subsidio. ESTIMACIÓN del recurso interpuesto por la Mutua, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal.

1.6.6. Desempleo

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018, núm. 293/2018 (RJ 2018\1169)

Se aborda en la sentencia anotada si el trabajador autónomo demandante tiene derecho a la prestación por cese de actividad por causas económicas, técnicas, productivas o de producción. El demandante estuvo en situación de IT por enfermedad común desde el 01/01/13 al 13/03/13, percibiendo el correspondiente subsidio. La Sala de suplicación confirma la sentencia desestimatoria de instancia al entender que para determinar la existencia de la causa económica que justifique el acceso a la prestación interesada debe computarse lo percibido en concepto de subsidio de IT, lo que le permite apreciar saldo

positivo en el año 2013. Interpuesto recurso de casación unificadora, la Sala IV estima el recurso del actor por considerar que el subsidio de IT no es concepto computable a la hora de determinar el nivel de pérdidas en la actividad profesional. Y ello porque ambas prestaciones responden a finalidades y causas distintas: el subsidio por IT a la situación física o psíquica del beneficiario y la prestación por cese de actividad, la situación del negocio o actividad desempeñada. Y al excluirse lo percibido durante la IT del apartado de ingresos del primer trimestre del 2013, el periodo de año completo sin solución de continuidad, exigido por el art. 5 de la Ley 32/10 debe integrarse con el primer trimestre del año 2014, periodo en el que se acreditan las pérdidas derivadas del ejercicio de la actividad por el autónomo superiores a los porcentajes indicados en la norma.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018, núm. 410/2018 (RJ 2018\1943)

Prestaciones por desempleo para fijos discontinuos contratados por ETT. Falta de contradicción. De acuerdo con Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a STSJ Comunidad Valenciana 545/2016.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de abril de 2018. Caso Čakarević contra Croacia (JUR 2018\114187)

Derecho de propiedad. La obligación de devolver las prestaciones de desempleo abonadas por error constituye una carga excesiva para la desempleada, dada su falta de ingresos y su mala salud y vulnera su derecho de propiedad.

El TEDH considera que ha habido violación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 (protección de la propiedad) del CEDH. El caso trata sobre la reclamación de la demandante de que se le ordenó devolver prestaciones de desempleo después de que la oficina de empleo se hubiera equivocado al permitir los pagos de la prestación. La Corte observa que la Sra. Čakarević, que estaba desempleada y con mala salud, no hizo nada para engañar a la oficina de empleo sobre su situación. Son las propias autoridades quienes erróneamente le pagaron una indemnización durante aproximadamente tres años por encima del período previsto por la ley. Sin embargo, fue solo la señora Čakarević a quien se le pidió corregir la situación, incluido el pago de intereses legales. En vista del mal estado de salud de la Sra. Čakarević y su falta de ingresos, las autoridades han violado sus derechos al incurrir en una carga individual excesiva.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2018, núm. 598/2018 (RJ 2018\3250)

Servicio Público de Empleo Estatal. Desempleo. Demanda de revisión de actos declarativos. Plazo de prescripción de la acción. Recurre el beneficiario demandado, y se desestima el recurso.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018, núm. 658/2018 (JUR 2018\196292)

Desempleo. Incompatibilidad con la realización de actividades agrícolas por cuenta propia no aplicable cuando el rendimiento neto es de 790,42 euros anuales.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018, núm. núm. 660/2018 (JUR 2018\202896)

Renta activa de Inserción. falta de renovación de la demanda de empleo en la fecha prevista en el documento expedido por el SPEE. No procede la sanción de pérdida definitiva de la prestación. Equiparación al cuadro sancionador de otras infracciones del beneficiario en materia de desempleo. inaplicabilidad del RD 1390/2006 de 24 de noviembre reitera doctrina STS de 24/04/2015 (RCUD 1293/2014).

Concluye el Supremo diciendo: " La cuestión objeto de debate se plantea a propósito de la extinción por el SPPE del subsidio en concepto de renta activa de inserción que venía percibiendo el beneficiario, con base en la falta de renovación de la demanda de empleo.

Al objeto de clarificar la situación real sobre la que se ha sustentado la decisión administrativa es preciso analizar los concretos términos en los que aparece redactada la fundamentación de la sentencia recurrida. En el penúltimo párrafo del segundo Fundamento de Derecho se afirma lo siguiente: "consta que el recurrente no renovó la demanda de empleo en la fecha señalada al efecto por el Servicio Público de empleo, habiéndolo hecho posteriormente".

Lo cierto es que tal aseveración no resulta del formal relato de hechos probados ni tampoco de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia en cuyo caso se le reconocería indudable valor de hecho probado.

También cabría esta posibilidad en lo que se refiere a la fundamentación de la sentencia de suplicación de no ser por su remisión al relato histórico en donde no figura semejante afirmación; a lo que se suma la dicción del párrafo tercero en el primero de los Fundamentos de Derecho cuyo tenor literal es el siguiente "Arguye al efecto, en síntesis, que por causa de fuerza mayor no pudo renovar la inscripción como demandante de empleo habiendo regularizado dicha obligación en días posteriores, lapso de tiempo que no debe determinar pérdida de la prestación y sí, en su caso, la suspensión por el tiempo que medió entre la omisión y del deber y su regularización, habida cuenta que persisten las circunstancias que motivaron la concesión de la prestación".

En suma, la posterior renovación tan solo resulta de los argumentos del actor en su demanda y recurso de suplicación careciendo de reflejo en la versión histórica.

Partiendo por lo tanto de que en ningún momento se produjo la renovación ni se acreditó causa que justificara la inactividad del demandante procede, sobre esa base, analizar los efectos que produce la aplicación de los preceptos invocados por la representación legal del SPPE. El artículo 9.1.b) del RD 1369/2006, de 24 de noviembre , establece la baja definitiva en el programa de Renta Activa de Inserción debida a la no renovación de la demanda de empleo en la forma y fecha que se determinan en el documento de renovación de la demanda.

La sentencia, establece una comparación con los demás beneficiarios de empleo y considera que el incumplimiento del actor no puede dar lugar a una sanción superior a la prevista para aquellos, citando en apoyo de su decisión la STS de 23-04-2015 (RJ 2015, 3822) (RCUD 1293/2014).

En la citada sentencia se llegó a la conclusión de que tratándose de una modalidad de desempleo la RAI no podía ser objeto de tratamiento sancionador dispar en relación con otras prestaciones que respondan a la misma causa de carencia de rentas, así lo expresa el segundo de sus Fundamentos de Derecho: "El artículo 9.1.b) del Real Decreto 1369/2006, de 24 noviembre por el que se regula el Programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, establece que causarán baja definitiva en el programa los trabajadores que, entre otras causas, no renueven la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo que exista causa justificada para ello. En relación con la cuestión litigiosa suscitada por el recurrente e inalterado el relato de hechos de la sentencia, debemos estar a la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 23.04.15, dictada en recurso de unificación de doctrina, que en lo que aquí atañe razona del siguiente modo: "1. Entrando en el fondo de la cuestión controvertida –aplicación al caso del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre o bien de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto"(LISOS (RCL 2000, 1804, 2136) –), estimamos que es la sentencia recurrida, que aplica esta segunda norma, la que contiene la doctrina correcta, y ello, sobre la base de las siguientes consideraciones: A) La Renta Activa de Inserción (en adelante RAI), en cuantía igual al 80 por ciento de indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, es una prestación –si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial– que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social. Así se desprende del apartado 4 de la Disposición Final Quinta de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 206.2 de la misma LGSS, y lo señala expresamente el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, que lo configura "como un derecho más y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo, también se establece la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta, en la forma recogida en el artículo 218.1.4 de la Ley General de la Seguridad Social" (exposición de motivos del Real Decreto 1369/2006). B) Con respecto a las prestaciones de Desempleo, el régimen de obligaciones, infracciones y sanciones viene establecido en el Capítulo IV de la Ley General de la Seguridad Social, disponiendo en cuanto a obligaciones de los trabajadores el artículo 231, que: "1 Son obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo:d) Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda; y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos"; y por lo que se refiere a Infracciones y Sanciones, el artículo 232 establece que: "En materia de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el presente Título y en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto" (en adelante LISOS). C) La LISOS, tras establecer en su artículo 2.2 que son sujetos responsables de la infracción, "Los empresarios.....y solicitantes de las prestaciones de la Seguridad Social....", y en el artículo 20.1 que "Son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el artículo 2.2. de la presente Ley a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley"; establece como infracción leve en el artículo 24.3, "En el caso de los solicitantes o

beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o de trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad: a) No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos, salvo causa justificada", y el artículo 47, sobre las sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios, determina como sanción: "1. En el caso de los solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social, incluidas las de desempleo y la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, las infracciones se sancionarán: a) Las leves, con pérdida de la pensión o prestación durante un mes"; D) Pues bien, si como desprende claramente de lo expuesto en el apartado anterior, la prestación de Renta Activa de Inserción está instituida como prestación de Desempleo por la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y es la misma LGSS, la que de una parte, establece el régimen de obligaciones de los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo, y de otra parte, en cuanto al régimen de infracciones y sanciones, por el incumplimiento de dichas obligaciones, se remite a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto" (LISOS), norma en la cual se determinan tanto los sujetos responsables de la infracción como las infracciones en materia de Seguridad Social, tipificando las infracciones y estableciendo el pertinente cuadro de sanciones, es este bloque de legalidad –LGSS y LISOS– el aplicable, y cuya regulación en cuanto a infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social, y en concreto con respecto a la prestación por Desempleo, como lo es la Renta Activa de Inserción (RAI), debe prevalecer sobre el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre (RCL 2006, 2155) , por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, pues así lo impone el principio de legalidad en cuanto a la potestad sancionadora de la Administración, cuyo alcance viene definido en términos absolutamente precisos por los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común . En su consecuencia, y en el presente caso, la obligación incumplida por el beneficiario de la RAI, de no comparecer, previo requerimiento, ante la Oficina de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, para un control de presencia, no puede comportar la baja definitiva del programa (artículo 9.1 del Real Decreto 1369/2006 , 2155), y por ende, la pérdida de la prestación, sino que conlleva, como falta leve que es, la pérdida de un mes de la prestación (artículo 24.3 a) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) y artículo 47.1.a) del mismo texto legal , tal como ha entendido acertadamente la sentencia recurrida". La aplicación al caso de autos de la anterior doctrina comporta que el recurso de la parte actora deba estimarse, pues del relato de hechos de la sentencia consta que el recurrente no renovó la demanda de empleo en la fecha señalada al efecto por el Servicio Público de Empleo, habiéndolo hecho posteriormente, siendo así que como se ha expuesto, el incumplimiento del actor no puede dar lugar a una sanción más grave que la prevista para los demás beneficiarios de la prestación de desempleo".

1.6.7. Prestaciones Sanitarias

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018, núm. 327/2018 (RJ 2018\1526)

Asistencia sanitaria prestada por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales cuyo reintegro se reclamó al SERGAS. Competencia del INSS para calificar la contingencia. Se desestima.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, núm. 208/2018. Caso Real Touring Club de los Países Bajos. (RJ 2018\1583)

Asistencia sanitaria prestada en España a un ciudadano extranjero. Coexistencia de cobertura pública a través de la Tarjeta Sanitaria Europea a ciudadanos de países del Espacio Económico Europea con cobertura privada basada en un seguro de salud.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, núm. 209/2018 (RJ 2018\1582)

Asistencia sanitaria en España a paciente extranjero, comunitario. Coexistencia de la cobertura de la Tarjeta Sanitaria Europea con la cobertura de un seguro privado. Asistencia por el seguro privado (Ley General Sanitaria y Ley de Contrato de Seguro).

1.7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018, Caso A. contra. Asunto C-679/16 (JUR 2018\215281)

Procedimiento prejudicial – Ciudadanía de la Unión – Artículos 20 TFUE y 21 TFUE – Libertad de circular y residir en los Estados miembros – Seguridad social – Reglamento (CE) n.º 883/2004 – Asistencia social – Prestaciones de enfermedad – Servicios a personas con discapacidad – Obligación de un municipio de un Estado miembro de conceder a uno de sus residentes la asistencia personal prevista por la legislación nacional mientras cursa estudios superiores en otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) El artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que una prestación como la asistencia personal controvertida en el litigio principal, que consiste, en particular, en el abono de los gastos generados por las actividades cotidianas de una persona gravemente discapacitada que no realiza ninguna actividad económica, con el fin de que pueda cursar estudios superiores, no tiene cabida en el concepto de «prestación de enfermedad» en el sentido de dicha disposición y, por tanto, está excluida del ámbito de aplicación de ese Reglamento.

2) Los artículos 20 TFUE y 21 TFUE se oponen a que a un residente de un Estado miembro gravemente discapacitado se le deniegue, por su municipio de residencia, una

prestación como la asistencia personal controvertida en el litigio principal con motivo de su estancia en otro Estado miembro para cursar estudios superiores.

1.8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

1.9.1. Mejoras Voluntarias

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018, núm. 673/2018 (JUR 2018\202821)

Derecho al complemento por Incapacidad Temporal en empresa (BODYBELL) donde se ha producido un descuelgue. Alcance temporal del acuerdo de inaplicación. De acuerdo con Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a SAN 50/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018, núm. 698/2018 (JUR 2018\204812)

Compatibilidad del complemento por Incapacidad Permanente Total "Cualificada" y pensión de jubilación abonada por tercer Estado incluido en el ámbito aplicativo de los Reglamentos de la Unión Europea (1408/71, 884/2003). Aplicación de doctrina acuñada en la STJUE de 15 marzo 2018 (C-431/16, Blanco Marqués) y abandono del criterio sostenido por diversos Autos de la Sala Cuarta que consideraron trasladable a ese tipo de supuesto la doctrina unificada de SSTS 26 enero 2004 (rec. 4433/2002) y 13 abril 2005 (rec. 1785/2004) respecto de incompatibilidad del complemento en cuestión con el abono de pensión de jubilación por el propio sistema español de Seguridad Social. Desestima recurso frente a STSJ Galicia.

1.9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

2. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

2.1. Obras generales de Seguridad Social y materias conexas

BLASCO LAHOZ, J.F.: *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 1728 páginas.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.): *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín Librero-Editor, 6ª ed., 2018, 461 páginas.

SEMPERE NAVARRO, A. V., BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol.V. Protección por desempleo*, Navarra, Aranzadi, 2018, 364 páginas.

TARANCÓN PÉREZ, E., ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2018, 320 páginas.

2.2. Obras específicas de Seguridad Social y materias conexas

GARCÍA GIL, M.B.: *Protección de los desempleados*, Navarra, Aranzadi, 2018, 422 páginas.

MARTÍNEZ MOYA, J., SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (Coords.): *La protección social de la carrera judicial*, Boletín Oficial del Estado, 2018, 374 páginas.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Accidente de trabajo: procedimientos administrativos y soluciones procesales*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018, 339 páginas.

MONEREO PÉREZ, J. L., LÓPEZ INSUA, M. B.: *El suicidio del trabajador y su calificación en el Derecho Social*, Albacete Bomarzo, 2018, 101 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Renta Mínima Garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018.

2.3. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)

No hay obras relevantes en esta materia.

2.4. Recensiones

EL SUICIDIO DEL TRABAJADOR Y SU CALIFICACIÓN EN EL DERECHO SOCIAL

SARA GUINDO MORALES

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

MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., *El suicidio del trabajador y su calificación en el derecho social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018, 101 páginas.

Tenemos el enorme placer de recensionar como novedad bibliográfica la obra titulada “*El suicidio del trabajador y su calificación en el derecho social*” de José Luis Monereo Pérez (Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada y Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social) y Belén del Mar López Insua (Profesora Contratada Doctora acreditada a Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), ambos autores de reconocido prestigio especializados en esta compleja materia objeto de análisis, lo que demuestra la calidad de este ejemplar.

El libro, además de una introducción, se estructura en cuatro capítulos. Veámoslos:

Capítulo I. La garantía social de los estados de necesidad: contingencias comunes versus profesionales de nuevo a examen; y que se encuentra conformado por el desarrollo de los siguientes apartados: 1.1. El accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español: evolución normativa y casuística; 1.2. Los elementos constitutivos de la noción legal de accidente de trabajo y su evolución en la interpretación jurisprudencial; 1.3. Supuestos excluidos de la calificación de accidente de trabajo: accidente laboral versus enfermedad común.

Capítulo II. Las tortuosas fronteras entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral: la calificación del suicidio como contingencia profesional; y que se encuentra conformado por el desarrollo de los siguientes apartados: 2.1. El concepto de suicidio y su evolución jurisprudencial (primeros pasos): El cuestionable elemento de la “voluntariedad” del suicidio como elemento excluyente de la calificación de accidente de trabajo; 2.2. La relevancia de “los indicios” en caso de suicidio provocado por la actividad laboral o el trabajo como factor relevante desde el punto de vista técnico y de política del Derecho de la Seguridad Social: la nota de suicidio; 2.3. Calificación jurisprudencial del suicidio y posterior evolución: Balance de la situación hasta el momento; 2.4. El sentido técnico y político jurídico de la presunción legal de accidente de trabajo: su alcance y eficacia real. La naturaleza, la presunción y la inversión de la carga de la prueba en la posición jurídica del empleador.

Capítulo III. Responsabilidad del empresario ante el suicidio: la posible imposición del recargo de prestaciones por infracción de las normas preventivas.

Capítulo IV. Conclusiones finales y reflexión sobre el modelo normativo vigente y sus insuficiencias.

Expuesta la noción general de la obra, nos encontramos preparados para reflexionar sobre las cuestiones más importantes desarrolladas en la misma.

De conformidad con el presente libro, el suicidio podría configurarse como un riesgo psicosocial en el trabajo, pues existen factores vinculados a la actividad laboral –entre otros– que pueden provocar tal conducta en el empleado.

Algunos factores son: el ambiente laboral, la falta de motivación en el trabajo, el temor constante ante una decisión extintiva de la relación laboral por parte del empleador –teniendo en cuenta la situación de crisis económica y social que aún nos encontramos atravesando en la actualidad–, el estrés laboral, el acoso laboral –en sus diversas vertientes–, etc.

En el mismo sentido afirma la Organización Internacional del Trabajo que dichas situaciones pueden perfectamente ocasionar el suicidio de los trabajadores.

Sin embargo, el reconocimiento del suicidio como accidente laboral ha provocado no pocos debates en sede judicial debido al elemento de la voluntariedad por parte del suicida y el acto deliberado inherente a tal conducta.

Como consecuencia, el problema con el que se encuentran los tribunales –desgraciadamente cada vez con más frecuencia, pues en los últimos años en Europa se ha incrementado la tasa de suicidios– se halla en la comprobación de la relación del suicidio del trabajador con el ámbito laboral para poder calificarlo como accidente laboral.

A lo expresado con anterioridad se debe añadir que en ocasiones los juzgados y tribunales se muestran un tanto reticentes a declarar como accidente de trabajo un suicidio del trabajador ante la duda de si se trata de un intento de fraude o mejora en las prestaciones tanto de viudedad como de orfandad, lo que complica aún más si cabe este asunto.

Como podemos comprobar, nos encontramos ante una obra original, muy interesante y de gran actualidad en la que se analiza el estado actual del suicidio del empleado y su calificación en el Derecho Social en nuestro ordenamiento jurídico.

Con el principal objetivo de prevenir los riesgos psicosociales de los trabajadores que puedan producirse para así poder evitar los suicidios de los mismos, en este libro se recogen una serie de propuestas y recomendaciones para solucionar las insuficiencias existentes al respecto, formulando replanteamientos para el progreso.

Por todas las razones expuestas, esta valiosa obra reúne todas las condiciones necesarias para convertirse, sin lugar a la menor duda, en todo un referente en materia del régimen jurídico actualizado del suicidio del trabajador y su calificación en el Derecho Social, de consulta obligada por todos aquellos interesados en conocer en profundidad cual es la situación actual de esta materia tan compleja.

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

ANTONIO PERPIÑÁ RODRÍGUEZ (1910-1984): El tratamiento transdisciplinar de la Seguridad Social (Sociología, filosofía y política del Derecho de la Seguridad Social)

ANTONIO PERPIÑÁ RODRÍGUEZ (1910-1984): The interdisciplinary treatment of Social Security (Sociology, philosophy and politics of Social Security Law)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

Antonio Perpiñá Rodríguez (1910-1984), es uno de los fundadores y modernizadores de la sociología en España. En este marco dedicó una especial atención al estudio de las cuestiones laborales y de protección social; y lo hizo desde una perspectiva interdisciplinar, donde, como se verá después, realizó varias aportaciones importantes y de referencia doctrinal, que, además, tuvieron la virtualidad de ejercer una gran influencia en los juristas y sociólogos de la época. Ello venía facilitado por su amplia formación en los campos de la filosofía y de las ciencias sociales y jurídicas. Para él al sociólogo, como tal, le interesa el estudio y la historia de las instituciones, movimientos o ideologías sociales como algo perteneciente a la realidad misma. Aquella atención hacia la pura teoría podrá corresponder a la preocupación por la cultura, como campo especial de actividad intelectual, como «zona de sentido»; más al sociólogo le atrae la realidad social, los hechos colectivos presentes y futuros y no, repetimos, los contenidos ideales de la cultura valederos en su pura enunciación lógica (Perpiñá, A., 1976, 169-202, en particular 169) .

Se licenció en Derecho con premio extraordinario en la Universidad Central (1932). Se doctoró en dicha Universidad el 23 de mayo de 1936 presentando una tesis con el título *Estudios sobre la concepción materialista de la historia*, que no llegó a ser publicada, y que recibió una calificación de Aprobado. Influido por las corrientes sociológicas vinculadas al catolicismo social de autores como Severino Aznar y Álvaro López Nuñez, se adentra en los estudios sociológicos ingresando en el Instituto Balmes de Sociología (en el CSIC). Este Instituto fue creado en 1943 dentro del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, fundado a su vez por Ley de 24 de noviembre de 1939. Estuvo dirigido hasta su muerte por Severino Aznar. Esta Institución fue menos permeable que el de Estudios Políticos a la orientación empírica de orientación norteamericana (Del Campo, Salustiano, 2001, 163). Y a través de ella –como era un signo de época– se interesaría por las “cuestiones sociales” y en particular por la Previsión y Seguridad Social. Lo cual se acentúa con su dedicación profesional al Instituto Nacional de Previsión (1942-1947). En esa época es donde podría encuadrarse dentro de la Escuela derivada de Severino Aznar y de la “sociología crítica”

(Zarco, J., 2001, 183)¹. Antes había intentado, sin éxito, opositar a Cátedra de Derecho Político en la Universidad de Madrid, donde ya había ostentado la condición de profesor ayudante. Su vocación académica le llevó a incorporarse al Instituto León XIII –fundado por Ángel Herrera Oria–. Y es allí donde accedería a la cátedra de Sociología (1965). Fue el segundo catedrático de sociología en España. El 1 de febrero de 1973 Antonio Perpiñá sería nombrado Profesor Adjunto de Universidad, en el cuerpo nacional.

Su dedicación principal –que sirve de hilo conductor de su vida intelectual y profesional– fue la sociología. Un exponente de ello fue la fundación (en unión de personalidades relevantes del momento, como Carmelo Viñas Mey, Luis Legaz Lacambra, José Corts Grau, Antonio Truyol Serra, Enrique Gómez Arboleya, Francisco Javier Conde, Carlos Ollero, Manuel Fraga Iribarne) de la Asociación Española de Sociología (1949). También fue impulsor y secretario del Instituto Balmes de Sociología y de la “Revista Internacional de Sociología” inicialmente editada por dicha institución. En 1972 ostentaría el cargo de Director del Instituto. También fue miembro del Instituto romano “Luigi Sturzo” (creado el 25 de noviembre de 1951 por Decreto n.1408 del Presidente de la República Luigi Einaudi, su objetivo es incentivar los estudios en el campo humanista, con particular atención a la historia y a la sociología. Aunque, en realidad, opera en distintos ámbitos del saber: sociología, historia, Derecho, Economía, etc.) formando parte de su Consejo de Administración en 1966. Ingresaría en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 19 de enero de 1965, con un discurso que versaba, significativamente, sobre *Nueva y Vieja Sociología* (pronunciado el 24 de enero de 1967) (Valderrama Abenza, J.C., 2012, 439-440). Continuó investigando manteniendo una elevada producción de calidad, cuyo análisis muestra fácilmente el amplio conocimiento que tenía de la doctrina científica española y de extranjera y siempre desde un punto de vista interdisciplinar.

2. “LO SOCIAL” Y LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSIDERACIÓN SOCIOLÓGICA, FILOSÓFICA Y POLÍTICO-JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El pensamiento de Antonio Perpiñá está fuertemente marcado por el catolicismo social del que fuera uno de sus grandes referentes intelectuales, es decir, Severino Aznar (pero también resulta muy significativa la persistente influencia en su pensamiento de Álvaro López Nuñez, igualmente inserto en la corriente del catolicismo social; y, desde luego, las continuadas referencia a la doctrina social de la Iglesia y sus Encíclicas Sociales y los Códigos Sociales de Malinas). La Unión Internacional de Estudios (fue fundada en Malinas en 1920, bajo la Presidencia del Cardenal Mercier. Precisamente uno de los representantes de España fue Severino Aznar) es el marco institucional en el que se aprobaron los Códigos de Malinas (Monereo Pérez, 2003, 2007; 2010, 3 ss., passim). De ahí se puede comprender su interés por la sociología y la política social desde esa corriente de pensamiento. Su pensamiento es en gran medida tributario de su época y del ambiente que lo moldea. Lo cual llevó tanto a estudiar los problemas de la sociología general, la problemática de la cuestión social y centrar una parte muy importante de su interés investigador en los fundamentos de la

¹ Como recordaba el propio Perpiñá: “Con don Severino empecé mi especialización en los estudios de Sociología, dentro del Instituto “Balmes”, y de él recibí la llamada de atención sobre tres cuestiones del máximo interés: los Seguros sociales, la cuestión social como problema de clases, y la crisis de la familia, singularmente a través de la de natalidad”. Cfr. Perpiñá, A., “*Nueva y Vieja sociología*”, 1967, 7.

previsión social y la Seguridad Social con una no excesivamente abundante, pero sí elaborada producción en esta materia, en la que destaca con luz propia, *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la previsión social*, Madrid, Ministerio de Trabajo/Instituto Nacional de Previsión, 1952 (Libro dedicado “A D. Severino Aznar, como homenaje particular del autor”); “New Deal” en la Previsión Social. Comentario a las disposiciones recientes sobre financiación de los Seguros Sociales”, en *Revista de Trabajo*, núm. 7-8, Julio-Agosto, 1956; y *Sociología de la Seguridad Social*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1972, entre otros trabajos sobre previsión y Seguridad Social. Perpiñá subraya la importancia creciente del impuesto en la financiación de la Seguridad Social. Aparte del carácter “parafiscal” de las cotizaciones, la aportación directa del Estado –afirma– no existe tan solo por la justificación clásica de la contribución tripartita... que se basa en el carácter de servicio público (Perpiñá, A., 1972, 212-216, espec.; Pérez Leñero, J., 1956, 157-159, con a Pérez Botija, E., 1954).

Pero es de hacer notar el hecho significativo que la presencia de “lo social” y en particular de la Seguridad Social está presente en buena parte de su producción científica sobre materias de sociología, filosofía y política. Para Perpiñá la Seguridad Social había supuesto una de las expresiones más trascendentales de un cambio de época superador de los esquemas del liberalismo individualista. Y, por lo demás, Perpiñá tenía una visión integradora y holística de los saberes que versaba sobre “lo social” entendido en una acepción amplia, pero sin descuidar la “especialidad” del tratamiento de la Seguridad Social. Sin embargo, entiende que es necesario trascender de las perspectivas de sector o de rama para una comprensión global de la Seguridad Social (Por ejemplo, Perpiñá, A., 1952, 9-2). Y ello se consigue a través de la “filosofía”, que operaría como una teoría general de la Seguridad Social (Perpiñá, A., 1952, 10 y 13 ss.). La Filosofía de la Seguridad Social –afirma– no tiene por contenido ningún aspecto particular del problema, pero tampoco puede consistir en la simultánea exposición de los distintos enfoques parciales que puedan realizarse, sea en nuda yuxtaposición, sea en cotejo o comparación (Perpiñá, A., 1952, 13). De ahí la necesidad de una “ontología” de la previsión y de la Seguridad Social en cada momento histórico (Perpiñá, A., 1952, 13 ss.).

Para él la “Seguridad Social es una institución” que refleja al propio tiempo interdependencia social de los hombres, la socialización o penetración de la idea social y la realización de ciertas aspiraciones éticas. La “escuela católica” ha insistido en la dimensión ética tratando de resolver el problema a base de “justicia social” (Perpiñá, A., 1952, 14, Cap. XII, 237 ss.). La Seguridad o Previsión social con independencia de sus proyecciones deontológicas (la justicia social), tiene *en primer término* una nítida prestancia realista y ontológica: lo que es y significa como acontecimiento de la vida histórica de la Humanidad (Perpiñá, A., 1952, 17; Pérez Leñero, J., 1956, 198, con la defensa del principio de justicia social que proyecta el principio general de justicia a la colectividad general). “De ahí –entiende– la obligación del moralista social y del político de conocer los hechos sociológicos, tanto en sus realidades observables como en su esencia racional” (Perpiñá, A., 1952, 19, con cita de Karl Mannheim). Todo ello supone que “nuestra Filosofía esté profundamente afectada por los avances e innovaciones de la ciencia sociológica. Podemos asegurar que, como sección de una Filosofía social realista (ontológica) sólo ha sido posible tras la constitución de una Sociología como ‘ciencia de la realidad’” (Perpiñá, A., 1952, 19-20, con referencia al art. 6 del Código Social de Malinas, y a Hans Freyer). Ello conduce a Perpiñá a mantener una concepción humanista de la Seguridad y un cuestionamiento de la

idea de justicia liberal ante un capitalismo autorregulado y liberado estatalmente de las ataduras impuestas a las libertades económicas en el Antiguo Régimen, que sintonizaba con la mantenida por otros autores de la época (Es el caso, paradigmático, de Pérez Leñero, J., 1956, 60 ss., especialmente).

Para Perpiñá la previsión social y la Seguridad Social, de un lado, es sustancialmente un problema de Derecho positivo y, de otro, la cuestión ética se suscita en torno de la justicia, categoría propia del Derecho natural, y por tanto la perspectiva ética de la Seguridad Social ha de enfocarse desde el dualismo existente entre ambos sistemas jurídicos (Perpiñá, A., 1952, 239). En esta perspectiva, entiende que la justicia social de Previsión es más un principio de orden que de revolución, y si otra cosa se piensa es por confusión o mala interpretación de los hechos; la justicia social de los Seguros sociales garantizaba la paz *Opus iustitiae pax*, como dicen las Escrituras y la doctrina social de la Iglesia (Perpiñá, A., 1952, 248-249). Los Seguros sociales como la Seguridad Social parten de la superación de “los excesos del individualismo, ya superando la reglamentación privatista (de ahí los ataques de Anton Menger contra el proyecto de Código civil alemán o del Paul Pic contra el Código de Napoleón), ya implantando los Seguros sociales obligatorios, ya mediante alguna otra reforma o tentativa antiindividualista” (Perpiñá, A., 1952, 255). Para él la Previsión social y la Seguridad Social es una “tarea política”, por contraposición a la solución “impolítica” del Estado de Derecho Liberal reflejados en los códigos de Derecho privado². Pues, en efecto, el fracaso de las soluciones liberales individualistas hizo buscar su remedio a través de “una rectificación de los ideales político-gubernamentales”, lo que suponía un neto intervencionismo para realizar la justicia social en sentido jurídico-material. “Lo que conviene destacar es que, propiamente hablando, la posición intervencionista no supone tan sólo la actividad legislativa enderezada hacia la justicia social, sino que precisa, además, la actividad administrativa con el mismo fin” (Perpiñá, A., 1952, 257-258).

Esa concepción es superadora del liberalismo contractualista o individualista y de la forma política del Estado de Derecho liberal (Perpiñá, A., 1952, 49 ss.). Para él la justicia social trataba de encontrar una solución a los conflictos de clases, a la cuestión social, pero al tiempo responde a un sentido más amplio. A partir de ahí acomete el estudio de “La etapa de los seguros sociales” (Perpiñá, A., 1952, cap. IV, 74 ss.). Su presupuesto es la concepción de la cuestión social en el sentido de F. Tönnies, según el cual la cuestión social es “el conjunto de problemas que se plantean por la cooperación y convivencia de las clases, estratos y estamentos sociales, los cuales, formando una misma sociedad, se encuentran separados entre sí por sus hábitos de vida y por su ideología y visión del mundo” (1927, 13). En cualquier caso, en su dimisión histórica la cuestión social es un fenómeno o hecho social total en sentido de Marcel Mauss, y por lo mismo, a la vez religioso, político, social (afectando a la sociabilidad pura), económico, etc. Subrayando que la cuestión social no se reduce al problema de desigualdades económicas entre las clases, aunque en el siglo XIX prevalece la cuestión económica (“cuestión obrera industrial”). Para él tiene una dimensión moral y de dimensión religiosa: “la cuestión obrera procede, sin discusión, de la pérdida de la fe religiosa y del abandono del Cristianismo, como señala la Encíclica *Rerum Novarum*” (Subrayando que la cuestión social no se reduce al problema de desigualdades económicas

² Por lo demás, para él, “el Estado, lo que se llama así, se entiende mucho mejor analizándole dentro del concepto de situación que no personalizándole al estilo del Derecho civil”. Cfr. Perpiñá, A., 1983, 130.

entre las clases, aunque en el siglo XIX prevalece la cuestión económica (“cuestión obrera industrial”). (Perpiñá, A., 1952, 76-78). (Sobre el sentido de la cuestión social, Herkner, E., 1916; Heyde, L., 1931, Arendt, H., 1988).

Pero en el fondo el hecho de la “cuestión obrera” “por su origen sociológico es principalmente una cuestión jurídico-política”. En este sentido “si la rapacidad burguesa y su falta de moral y religión fueron la *causa psicológica* de la cuestión obrera, el Derecho liberal que lo hizo posible fue su *condición sociológica*”. La solución la cuestión social deriva, según él, ante todo de la legislación laboral, mientras que la institución de los seguros sociales “es sólo secundario y subsiguiente a las leyes de trabajo” (Perpiñá, A., 1952, 78-83). La tesis que defiende Perpiñá se resuelve en que los Seguros sociales representan una medida de reforma social que surgió con un espíritu híbrido: por una parte, quería ser una mera continuación de las leyes de trabajo; por otra parte, aspiraba a introducir un cambio de rumbo sustancial en la protección a las clases más necesitadas (Perpiñá, A., 1952, 84). Bien es cierto que existe una conexión entre la legislación del trabajo y la de previsión social. Un exponente de ello es que las cotizaciones sociales con fines de previsión pueden considerarse como suplemento del salario o, mejor, como salarios diferidos (Perpiñá, A., 1952, 84, recogiendo la opinión de López Nuñez, A., 1920, 40-41; y Aznar, S., 1942, 19).

Ahora bien, el mismo Perpiñá hace notar que su posición es minoritaria respecto de esa subalternidad de los seguros sociales respecto de la solución del sistema establecido a la cuestión social: “No era ésta la concepción de Bismarck, el promotor de los Seguros sociales, ni es la que finalmente, y por la fuerza de las cosas, ha venido a predominar en la evolución hacia la Seguridad Social; pero, sin duda alguna, semejante tesis es mucho más que una mera opinión o ideología de nuestros preclaros escritores católicos; pues, al fin y al cabo, solamente sobre esa base tienen explicación la forma y estructura de los Seguros sociales, tal como estuvieron establecidos en los diversos países durante mucho tiempo, y aun como subsisten hoy en gran parte del mundo” (Perpiñá, A., 1952, 85).

Pero, en cualquier caso, toda esta revisión del orden establecido refleja el *nuevo papel del Estado en un sentido decididamente intervencionista en los campos económico y social*. En efecto, “es que ahora el Estado (por sí o por delegación) asume una función *activa y positiva* en la solución de los problemas laborales. Si ideológica, ética o económicamente los Seguros sociales fueron originariamente una continuación del espíritu de las leyes laborales, técnica, jurídica e institucionalmente, se apartan de esa trayectoria. Ya no se trata de una simple función de policía industrial o de injerencia normativa en las relaciones contractuales privadas, sino mucho más: de la presencia del Estado como sujeto activo y pasivo de las relaciones de Derecho, no solamente frente a los patronos (lo que en cierto modo sucedía ya en la legislación protección del trabajo), sino también respecto de los trabajadores; con los seguros sociales la comunidad estatal, o un ente autónomo en su nombre y representación, asume el papel de parte misma del vínculo social. Se perfila claramente una institución de *neto ius publicum*, en que la colectividad estatal interviene, no sólo como legisladora (lo que sucede también en el Derecho civil y en el del contrato de trabajo), más también como parte activa e interesada de la relación, como administrativa (Perpiñá, A., 1952, 85-86). Esa dimensión publicista y de expansión y perfeccionamiento refleja el carácter evolutivo de la institución (en el sentido de M. Hauriou), que va de los Seguros sociales a la Seguridad social (Perpiñá, A., 1952, 87, con apoyo en Severino Aznar). Observa que en la historia la Previsión social ha surgido por el procedimiento de acumulación de instituciones sucesivas:

separadamente y por su lado fueron brotando los distintos Seguros (en plural) y su único enlace inicial el agruparse en simple yuxtaposición dentro de un mismo organismo gestor, en un proceso que conduce hacia la racionalización y hacia la tendencia unificadora “relativa” de los distintos seguros sociales (Perpiñá, A., 1952, 186 ss.). El tránsito de los Seguros sociales a la Seguridad social se produce, en su opinión, en el periodo de 1939-1945, o sea, con otro jalón bélico de la historia (Perpiñá, A., 1952, 100-101, para esa evolución toma en consideración los trabajos recogidos en la *Revue Internationale du Travail*). Pero en este proceso –y ya respecto a los Seguros sociales– Perpiñá asumen un cierto optimismo sorprendente: “y poco a poco los Seguros sociales pasaron a ser una superación o negación clara del capitalismo, y no un remiendo para salvarlo” (Perpiñá, A., 1952, 87; no es un desliz, pues dedica un epígrafe titulado “superación del capitalismo” a través de la Seguridad Social, 136-138).

La Seguridad Social supone un cierto reconocimiento de la idea social, de la justicia social y del “colectivismo”: El análisis de la realidad social obliga a reconocer, por una parte, que el colectivismo en su primitivo sentido ha pasado a la historia casi como el sindicalismo puro, y, por otra parte, que lo que ha pereclitado más bien han sido viejas fórmulas programática y añejas ideologías, porque el colectivismo en sí ya no es peligro: es una realidad. Las mismas reformas de la Seguridad social tienen mucho de colectivistas (Perpiñá, A., 1952, 95; *Ibid.*, 1972, 445 ss.).

Es así que: la denominada Seguridad Social en sentido estricto ha de ser concebida como de tipo económico por su contenido (riesgo a evitar), jurídica y política por su forma (modo de precaverse), física o material por su finalidad (garantía de la conservación física y biológica) e incluso internacional por sus circunstancias históricas (peligro de guerra y comunismo). Debiendo añadir todavía que la figura adquiere mayor complejidad por cuanto junto a esos caracteres esenciales o destacados se añaden otros más o menos incidentalmente de muy diversa índole; incluso éticos o morales, por más que se haya de adelantar ya que el eticismo de la Seguridad social ha de ser apreciado con la conveniente cautela (sin que, de contrario, ello quiera decir que sea una institución perversa) (Perpiñá, A., 1952, 123).

3. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO “INSTITUCIÓN” Y SU FINALIDAD: SEGURIDAD SOCIAL Y “JUSTICIA SOCIAL”

En último análisis, la previsión social o seguridad económico-social se apoya principalmente en la existencia de un sistema normativo definido. En su fase inicial de seguro social asume el enfoque del catolicismo social de “considerar el trabajo como fundamento del seguro total y familiar (Perpiñá, A., 1952, 129, 134, con referencia Severino Aznar y a J. Azpiazu).

La Previsión social y la Seguridad Social se convierten en fin del Estado en aras de realizar el bien común (Perpiñá, A., 1952, 266 ss.). Se combate el criterio liberal abstencionista, de manea que presuponen la intervención del Estado, con superación del abstencionismo liberal clásico (Perpiñá, A., 1972, 36). En tal sentido la Seguridad Social es una expresión del colectivismo, porque encomienda sin reservas ni paliativos al Estado, y no a los individuos o a los grupos parciales libremente formados, toda la protección económico-social (Perpiñá, A., 1952, 169-270). Para él la Política social ya no es una política de regulación de las clases históricas, sino de reajuste de una sociedad colectivizada, en su

integridad y no en su estrato más débil. Y es aquí donde acoge la concepción de Beveridge, Eckler, Laroque y König, en la idea de que el Plan de Seguridad Social tiene por finalidad eliminar la miseria en todas circunstancias; y más ampliamente implica una estructura tal de la sociedad que cada miembro pueda disfrutar del máximo de bienestar material compatible con los recursos disponibles. Es así que la Seguridad Social se aplica a toda la población y, entre otras cosas, no es dissociable de la repartición de ingresos. La colectivización no suprime toda forma de explotación, sino que permite otras diversas y el momento presente permite el inicio de la lucha por la distribución de la renta. (Perpiñá, A., 1952, 137). La Primer Guerra Mundial de 1914 y sus consecuencias nefastas no hizo sino poner de relieve la necesidad de avanzar rápidamente hacia el esquema de seguridad y solidaridad social que puede proporcionar el aseguramiento obligatorio de los riesgos sociales. En este sentido la previsión pública se inscribía en un proceso de racionalización jurídico-social: la regulación de las cuestiones sociales y políticas por el Derecho sería hacer llamamiento a la más elevada suma posible de razón (Monereo Pérez, J.L., 2007, 122-123, y ampliamente, 143 ss.). El mismo Perpiñá vincularía clásicamente los estudios sociológicos con una perspectiva práctica de tratamiento de las cuestiones sociales, y desde una orientación “humanista”³. Desde esa perspectiva, puede afirmar que “podemos paliar nuestro pesimismo antropológico con un cierto optimismo sociológico” (Perpiñá, A., 1981, 51, criticando las concepciones de Carl Schmitt y de Julien Freund, mantenidas en sus obras, “El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes”, 1938, y “La esencia de lo político”, 1965, respectivamente).

Ahora bien, la idea social que inspira a los Seguros sociales y a la Seguridad Social no debe implicar una supresión de la idea individual y del papel del individuo: “Los planes de Seguridad Social deben contar con la energía individual como medio para sus fines; pero, además, tienen que depurar éstos de acuerdo con la naturaleza moral del hombre” (Perpiñá, A., 1952, 274). Aunque sin la preeminencia de la perspectiva moral subyacente a esta reflexión, existe un punto de contacto con Beveridge, para el cual la Seguridad Social no debe anular el papel previsor del individuo y la iniciativa individual (*Informes Beveridge*, 1942) (Perpiñá, A., 1972, 39-40).

Para definir técnicamente la Seguridad Social conviene distinguir dos acepciones de la expresión Seguridad Social: la que la equipara al conjunto de fines y medios de seguridad económica ampliamente entendida, y la que sirve para designar nada más la previsión social estricta en su nueva forma institucionalizada. Para él, una Filosofía de la Seguridad Social tiene que ceñirse al estudio del concepto restringido, porque es obvio que si recogiera la expresión actual o de Filosofía de la política económico-social. Y con Beveridge observará que la Seguridad Social se considera ya sin reservas como un fin del Estado. Pero ello se enmarca en una dirección más amplia que no es otra que la orientación de todas las políticas públicas: la Seguridad Social deberá enfocarse como parte de una vasta política de progreso social. Se enmarca en la lucha contra los grandes obstáculos contra los que hay que neutralizar en el camino de la reconstrucción: los cinco grandes “gigantes”: la miseria, la enfermedad, la ignorancia y la pereza (Perpiñá, A., 1952, 141-142; *Ibid.*, 1972, 39-40).

³ Ahí, en esa certera combinación de racionalismo y empirismo, y sobre todo en el profundo humanismo que respira al analizar los problemas del mundo presente, es donde debe acudir la próxima generación que muy pronto hará vieja a la nueva Sociología. Y nosotros, los de los años cuarenta, encontraremos que se nos ha devuelto nuestra disciplina: la de las grandes cuestiones sociales que tanto preocuparon a Martín Granizo y a don Severino Aznar. Cfr. Perpiñá, A.: *Vieja y Nueva sociología*, 1967, 76.

La posición de Perpiñá es contundente con el giro que se opera a través de una “institución” como la Seguridad Social enmarcada en una política pública *integral* (al igual que había formulado en su momento, entre nosotros, José Maluquer y Salvador, al cual inexplicablemente no cita nuestro autor) (véase, Monereo Pérez, J.L., 2007). Así, entiende que “la sociedad presente ha llegado a tener clara conciencia de que los problemas económico-sociales rebasan con mucho la clásica cuestión obrera, y, además, que no hay más remedio que afrontar su solución de una manera decididamente estatal (Beveridge era liberal), pero no mediante medidas esporádicas y circunstanciales, sin con arreglo a un sistema, de acuerdo con una meticulosa *planificación* [las cursivas son de Perpiñá]...”. Para Perpiñá, el Estado interviene como parte activa; hasta tal es así, que, con Paul Durand, afirma que la indemnización de riesgos sociales constituye un “servicio público” y se tiende a la lógica impositiva a medida que se produce una ampliación del ámbito de protección dispensada (Perpiñá, A., 1952, 147; *Ibid.*, Perpiñá, A., 1972, 50-53, 54-55). Podría suscribir la reflexión de Pérez Leñero en el sentido de que la política social ha de ser más amplia, abarcando dentro de sí, como parte, a la Seguridad Social (Pérez Leñero, J., 1956, 18). Perpiñá parte de esa concepción: la Seguridad Social –como también el Derecho del Trabajo– forman parte de la vertiente jurídica de la política social (Perpiñá, A., 1972, 37 ss., 63 ss.), que aporta una protección social de los individuos a través de una forma de Derecho Social encaminado a la desmercantilización relativa del trabajo y del sistema de necesidades fundamentales (Monereo Pérez, J.L., 1995, 1996).

Ahora bien, Perpiñá llama críticamente la atención respecto al desacierto de reducir la Seguridad Social a la política económica, pues ha de tener su propia autonomía desde una perspectiva finalista e institucional: la Seguridad Social en sentido estricto y no como reductivamente como mera expresión de los planes generales de política económica, es la forma que adoptan las clásicas medidas de Previsión (seguros) al aplicarse a la sociedad más o menos colectivizada y de masas, siguiendo un espíritu decididamente público-estatal e integrándose como parte de la planificación total de las naciones. Más sintéticamente, es como la “*nacionalización o socialización de los Seguros sociales*” (Perpiñá, A., 1952, 148; Perpiñá, A., 1972, 34 ss., y sobre todo, cap. VII. “La Seguridad Social como nacionalización o socialización de los seguros sociales.-El derecho público de previsión”, 63 ss.). Coincide con F. Netter cuando éste afirma que la Seguridad Social constituye una necesidad colectiva cuya satisfacción incumbe a la responsabilidad del Estado por la satisfacción de las prestaciones y la organización de los servicios públicos pertinentes y adecuados (Netter, F., 1959, 13; Pérez Botija, E., *Ibid.*, 1952). Desde ahí se reivindica también la autonomía del Derecho de la Seguridad Social respecto del Derecho del Trabajo; su autonomía como Derecho público social (Perpiñá, A., 1972, 67-70, Durand, P., 1949, 201).

Desde el punto de vista jurídico, se realiza la organización institucional pública y la nota de obligatoriedad que conduce hacia la juridicidad. (Perpiñá, A., 1952, 203 ss.). Para él el Derecho de la Seguridad Social es un “Derecho protector” de dimensión publicista que como derecho social está llamado a proteger a la persona (“Derecho personalista”). Por otra parte, recordando el papel de la Organización Internacional del Trabajo –creada en la Parte XIII del Tratado de Versalles, entiende –con Rudolf Aladár Métall– que el aseguramiento social pertenece ya a la esfera del Derecho Internacional, y que se deben establecer reglas de asistencia mutua y cooperación entre los organismos que deben ejecutar las legislaciones estatales sobre la materia. De este modo la Seguridad Social tiene por finalidad el bienestar

de las masas trabajadoras, pero como medio consiste en un “sistema normativo de Derecho”. Se trata de un “Derecho de carácter público” (Perpiñá, A., 1952, 212-219).

A través del Derecho de la Seguridad Social se organiza la solidaridad nacional. Para ello reclama, de nuevo, el pensamiento de Beveridge y de Pierre Laroque, cuando afirma que la solidaridad nacional implica necesariamente la ejecución de un plan completo de Seguridad Social. Y entiende que la misma noción de indemnización o reparación desaparece y en su lugar se implanta la del servicio público y de conservación del nivel de vida (Perpiñá, A., 1952, 227). Pérez Leñero ya había señalado que “la solidaridad se basa en principios de justicia social” (Pérez Leñero, J., 1956, 34). Este mismo autor había asumido la concepción del “solidarismo o colectivismo” como vía intermedia entre el capitalismo liberal y el socialismo de Estado y comparte con Perpiñá la concepción de que la Seguridad Social es “un aspecto de la progresiva realización del colectivismo de los Estados económicamente progresivos” (Pérez Leñero, J., 1956, 156, con referencia a Perpiñá, A., 1952, 269). En el fondo tanto para Perpiñá como para Pérez Leñero –ambos con Beveridge– se debe concebir la Seguridad Social como parte de una vasta política de progreso social, que sólo el Estado ha de organizar y planificar (Pérez Leñero, J., 1956, 156-157).

Y se hace eco de las iniciativas de la OIT, recogidas en la “Revue Internationale du Travail” de junio de 1949, entendiendo que la Seguridad Social al extender su campo de aplicación llega a ser un sistema nacional; es decir, a comprender toda o casi toda la población, el pago de las cotizaciones tiende a tomar el carácter de un impuesto. En ello encuentra Perpiñá “el tránsito de la autonomía actuarial a la heteronomía público-fiscal: en el sistema general de impuestos, reducidos a unidad por el concepto de Fisco como representante de la comunidad económico-política, hallan su compensación y compenetración el total de las cargas a que debe hacer frente la sociedad y el total de sus recursos” (Perpiñá, A., 1952, 227-228). En esta misma dirección –la que sostiene Perpiñá (Perpiñá, A., 1972, 575)– considera Pierre Laroque que “un plan de Seguridad Social no puede alcanzar plenamente su objetivo más que si se base en una solidaridad nacional tan amplia como sea posible; o dicho de otra manera, si engloba en su organización de conjunto todos los elementos de la población y todos los aspectos de los esfuerzos sociales emprendidos. Sólo así puede esperarse una redistribución racional de la parte de la renta nacional afecta a la Seguridad Social, equilibrar la parte de los niños y de los ancianos, la de los enfermos y la de los parados, y adaptar los mecanismos de financiación a las exigencias de la economía” (Laroque, P., “Prefacio”, al libro de Galant, H.G., 1955).

Según Perpiñá –con Pierre Laroque (1948, 621 ss.), A. Rouast, P. Durand y J.-J. Dupeyroux (1961)–, la política de Seguridad Social no constituye una simple prolongación de la de los seguros sociales, se caracteriza al mismo tiempo su espíritu y por sus técnicas; esto es, la Seguridad Social está más allá de los seguros sociales, aunque existe una línea de continuidad funcional (Perpiñá, A., *Sociología de la Seguridad Social*, Madrid, Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1972, 29). En una perspectiva general y teleológica, Perpiñá, entiende que la Seguridad Social es una “idea-fuerza” (Alfredo Fouillée), pues como “fenómeno relativamente incipiente, más que una realidad exterior, es una *idea-fuerza*”, una concepción cargada de pensamiento, sentimientos y voliciones, que, en méritos de esa “fuerza”, viene a ser más que una “idea” de laboratorio o una utopía sin impregnación de realidad. Por eso es sustancialmente un contenido espiritual en constante evolución y transformación... Y su fuerza ideal introduce

en ella una tensión que la impulsa siempre a ir más allá” (Perpiñá, A., 1972, 31-33, con J. Jambu-Merlin, y Netter, F., 1959). En definitiva, la Seguridad Social es un fenómeno de este mundo, en cuanto idea-fuerza que se ha hecho carne en un sistema de normas y principios jurídicos y en una serie de procesos de conducta efectiva (Perpiñá, A., 1972, 553). Cerca de este modo de pensar, Pérez Leñero pudo hacer referencia a la Seguridad Social “como idea y como realidad” (Pérez Leñero, J., 1956, 4).

Entiende Perpiñá (Perpiñá, A., 1972, 58 ss.), que la Seguridad Social se construye sobre la base de un conjunto de principios fundamentales: Universalidad, que tiende a la expansión subjetiva y objetiva; un ideal de cobertura (Perpiñá, A., 1972, 121, con Manuel Alonso Olea); unidad (una visión integral y totalizadora de los riesgos y situaciones de necesidad sociales, de manera que dé cobertura a todos esos riesgos y situaciones de necesidad sociales) (También coetáneamente se había pronunciado en el mismo sentido, Pérez Leñero, J., 1956, 31-32); e Integración (Con Beveridge: la integración dentro de la política económica y social y en una unificación nacional) (Perpiñá, A., 1972, 58-62). Esos principios no vienen dados de una vez por todas, sino que se cristalizan a través de una evolución histórica, diacrónica y no lineal (Perpiñá, A., 1972, 118 ss.). Se trata de dar cuenta de un complejo proceso de institucionalización de la Seguridad Social, siempre sujeto a transformaciones cualitativas por la fuerza que sobre ella ejercen un conjunto de factores determinantes de naturaleza diversa (económicos, sociales, políticos, culturales, antropológicos, etcétera).

Entiende Perpiñá que el porvenir de la Seguridad Social está garantizado en una línea que se refleja en las legislaciones que consagran positivamente el progreso de la Seguridad Social. Por ello rechaza, con G. Perrin, la inevitabilidad del desmantelamiento de los sistemas de Seguridad Social augurados por el economista neoliberal Milton Friedman (*Capitalism and Freedom*, Chicago, Un. Press, 1962) (Perpiñá, A., 1972, 132 ss.; Perrin, G., 1969, 3-29). Como también se muestra contrario contra las posiciones neoliberales que cuestionan el progreso de la Seguridad Social en una sociedad civilizada: en la experiencia se comprueba que la postura opuesta es sustentada por una pequeña minoría de autores “como *los neoliberales trasnochados*, como Hayek, Mises, etc.” (Perpiñá, 172, 132-133)⁴. Piensa

⁴ En otro momento su obra mayor sobre la Seguridad Social se muestra igualmente contundente en su crítica de la ideología neoliberal proyectada en la Seguridad Social. Así, señala que: “Los liberales que pudiéramos llamar “residuales”, o se los pocos que quedan en la Tierra, ya no condenan categórica y absolutamente la Previsión social obligatoria y estatal, sino que se limitan a procurar restringir lo más posible la intervención legislativa y, sobre todo, la administrativa (Hayek, Röpke, Mises y, en concreto, el grupo de la *Deutsche Versicherungszeitschrift*...” Ello no le impide coincidir en algún caso en lo que se refiere a la constatación respecto al fenómeno de la socialización que enmarca el desarrollo mismo de la Seguridad Social que a mayor planificación, menos capacidad de elección de los individuos, pues el “status” tiende a prevalecer sobre el “contrato” (Perpiñá, A., 1972, 57, con referencia a Hayek, H.: *Camino de servidumbre*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, pp. 180-181). Pero Perpiñá considera que es inevitable en nuestra época el avance del proceso de socialización y observa que “la Seguridad Social, pues, es un elemento entre otros de la progresiva socialización de las colectividades que todavía no se llaman oficialmente socialistas”, de manera que todo coadyuva para reforzar el sesgo publicista de la institución, alejándola cada vez más del semiprivatismo de los seguros sociales (*Ibid.*, 447). Perpiñá se inclina por la emergencia del fenómeno de organización de la social en el sentido de un “un colectivismo no socialista, en cuanto que la estatificación de la economía no se acompaña de la justicia económica”; entiende que “estamos en la era de la socialización” (*Ibid.*, 455, en esa calificación se utiliza la armadura teórica de Hayek, al cual cita expresamente en ese sentido; y ampliamente, *Ibid.*, 433 y sigs.). Perpiñá, sin embargo, sí puede reflexionar críticamente sobre el proceso de entronización del colectivismo burocrático, y que la burocratización –reflejo del imperativo burocrático de las organizaciones en (...)

que hoy se ve ya que la Previsión social (como “seguro” o “Seguridad”) es un expediente de estructura y no de coyuntura en las Sociedades avanzadas o en las que las imitan (Perpiñá, A., 1972, 133).

Para Perpiñá nada permite augurar en ninguna parte un retroceso en la expansión de la Seguridad Social, cuyo lema parece ser en los hechos, “adelante siempre”. Y aunque pueda observarse síntomas de relativo estancamiento en algunos países queda aún toda la reserva de los países semidesarrollados, en los cuales cabe presumir que la Seguridad Social avanzará *pari passu* que la industrialización”; y todo ello sin perjuicio de la presencia inevitable de tensiones y conflictos que caracterizan la historia de la Seguridad Social. Pero es un hecho civilizatorio que requerirá siempre de los ajustes económicos necesario que la hagan viable en cada momento (Perpiñá, A., 1972, 140-142). En todo caso, piensa que no parece que “pueda hablarse de estancamiento o frenazo en la marcha de la Seguridad Social”. Entiende que, en último término, el futuro de la Seguridad Social depende esencialmente de dos factores principales: uno *económico*, es el desarrollo económico y el incremento de la renta nacional, y otro *político-jurídico*, el desarrollo de las ideas e instituciones socializadoras o colectivistas. En fin de cuentas, la Seguridad Social es la Previsión Social socializadora de los países ricos y no parece que ninguno de esos dos factores manifieste signos de debilitamiento o retroceso significativo (Perpiñá, A., 1972, 141-142). Por lo demás, Perpiñá se opone al pensamiento neoliberal de Hayek en lo que se refiere a su crítica de la justicia social y su pretendida contraposición con la idea de justicia en sí: toda “apelación a la “justicia social” es tan sólo una invitación a apoyar moralmente reivindicaciones sin justificación moral alguna” (Hayek, F.A., 2014, 300).

Estima Perpiñá que la Seguridad social es “elemento de la civilización”, en el sentido de que la Seguridad Social es un elemento típico y característico de las sociedades civilizadas (Perpiñá, A., 1972, 415 ss.). Por otra parte, la Seguridad Social no se resuelve exclusivamente en su finalidad, sino también en los medios peculiares de que se sirve. La civilización crea hombres nuevos, necesidades nuevas y medios nuevos para satisfacerlas (Perpiñá, A., 1972, 419). Y en ese contexto, para él, “la previsión social moderna, primeramente en los seguros sociales y después, más amplia e intensamente en la Seguridad Social, consiste en el deslizamiento de los fines y funciones de la previsión económica desde la esfera de lo privado a la de lo público” (Perpiñá, A., 1972, 426).

En su opinión la Seguridad Social es un “factor de socialización fría” (Perpiñá, A., 1972, 445 ss.), a saber: la Seguridad Social es al mismo tiempo un exponente y un factor del proceso de socialización que se viene operando en el seno de las Sociedades de capitalismo avanzado; “resulta paladino que la Seguridad Social, a partir de la fase puramente normativa, se manifiesta cada vez más como agente ejecutor del proceso de socialización. Entiende que la Seguridad Social es un elemento, entre otros, de la progresiva socialización de las colectividades “que todavía no se llaman oficialmente socialistas”. Y es claro que por el principio de solidaridad estructural, las demás corrientes parciales que empujan hacia la misma meta colectivista/socializadora, así como el conjunto o resultante

el sentido de Max Weber o de Roberto Michels—“es un hecho en constante progresión dentro de la Seguridad Social” (*Ibid.*, 465). Pero no era socialista (Se verifica en toda su obra, y paradigmáticamente, en Perpiñá, A., 1976, 169-202, donde diferencia el “colectivismo” emergente y el “socialismo” como dos formas diferenciadas y no necesariamente coincidentes, como se aprecia incluso en el Resumen del trabajo, pp. 199-202).

global, coadyuvan para reforzar el sesgo publicista de la institución, alejándola cada vez más del semiprivatismo de los seguros sociales. Y avanza una crítica hacia esa deriva más extrema (conforme a su modo de ver): “la Seguridad Social ubérrima no promociona la marcha hacia el socialismo solamente por la conducta de las élites, sino también al crear actitudes propicias a ese sistema político en el séquito que las rodea y en la masa dominada” (Perpiñá, A.,1972, 445-449). Su planteamiento resulta extraordinariamente discutible en este punto: “Partimos de la tesis más que demostrada de que si los clásicos seguros sociales eran capitalistas, la Seguridad Social es casi socialista” (Perpiñá, A.,1972, 451). En este sentido afirma de un lado, que la Seguridad Social “es compatible con el capitalismo actual de los países industrializados altamente, y de otro lado, que es trasplantable, casi sin modificaciones, a las comarcas de socialismo incipiente” (Perpiñá, A.,1972, 453). Pero en el fondo es el “estatismo” lo que caracteriza ante todo a ese proceso de socialización (Perpiñá, A.,1972, 454). Entiende que se produce una acción recíproca: “Por una parte, el avance de la idea colectivista, en general, favorece la Seguridad Social; pero ésta, a su vez, refuerza esa idea” en el marco de una suerte de “capitalismo de Estado”. Es el reflejo del avance del colectivismo, el dirigismo; una Seguridad Social planificada y colectivista (Perpiñá, A.,1972, 608 y 614). En realidad, lo que está presente en la Seguridad social es la plasmación de la “idea social” y los principios de “justicia social” y “solidaridad social”, los cuáles no tienen por qué confundirse necesariamente con la ideología socialista como corriente específica de pensamiento sobre el más idóneo modelo de organización de las sociedades avanzadas.

4. OBRAS DE ANTONIO PERPIÑÁ RODRÍGUEZ Y SU ÉPOCA (SELECCIÓN)

4.1. Del Autor

- *Sociología de la Seguridad Social*, Madrid, Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1972.
- “La doctrina de los grupos humanos en Vitoria y Suárez”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, N.º. 6-7 (1941).
- “La concepción sociológica de la constitución política”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, N.º. 13 (1943).
- “Esencia de la democracia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, N.º. 14 (1944).
- “La doctrina clásica del poder. Potestas iurisdictionis y potestas dominativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, N.º. 15, 1948
- “Superación del dualismo Derecho natural-Derecho positivo”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, N.º. 17 (1949).
- *Teoría de la realidad social. Los problemas del hombre y de la vida humana*, 2 tomos, Madrid, Instituto Balmes de Sociología del CSIC, 1949-1950.
- “El principio del idealismo práctico social”, en *Revista Internacional de Sociología*, Instituto Balmes de Sociología, núm. 66, segundo semestre 1959.
- “Efectos sociales del desarrollo económico”, en *Fomento social: revista trimestral de sociología y de moral económica*, Vol. 15, N.º. 57 (ENE-MAR 1960).
- “La Ley de Bases de la Seguridad Social española en el panorama internacional”, en revista *Personal y Gestión de Empresa*, núm. 1, II época, marzo-abril 1966.

-
- “Sintomatología de la dinámica social contemporánea”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. 4, N.º. 8 (1960).
 - “La familia en los planes de Seguridad Social”, en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 5 (1963).
 - *Sociología general*, Instituto Balmes de Sociología, C.S.I.C., Madrid, 1956, 2ª edición 1956 (3ª ed., 1960).
 - Tendencias actuales de la investigación sociológica, *Fomento social: revista trimestral de sociología y de moral económica*, Vol. 12, N.º. 46 (ABR-JUN 1957).
 - *Métodos y criterios de Sociología Contemporánea: Segunda parte de una teoría de la realidad social*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1958 (Premio Internacional de ensayos del Instituto “Luigi Sturzo”; traducido al italiano en 1961).
 - “Análisis sociológico de la doctrina orteguiana de los "usos"”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, ISSN 0210-1068, Vol. 6, N.º. 13 (1962).
 - *Nueva y vieja sociología*, Discurso de recepción del Académico de número y Contestación del Académico de número Excmo. Sr. D. Carmelo Viñas Mey. Sesión del 24 de enero de 1967, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1967.
 - “Las clases medias españolas en la iniciación de los planes de desarrollo (1963-1964)”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N.º 43 (1967).
 - “La sociología crítica”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 194 (1974).
 - “La sociología en España”, en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, vol. 17, núm. 6 (1968).
 - *El capitalismo. Análisis sociológico*, Madrid, C.S.I.C, Instituto Balmes de Sociología, 1970.
 - “El porvenir del industrialismo”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N.º 47 (1970).
 - “Socializometría o aplicación del “metrum” a los modernos procesos de socialización” (Actas del XVII Congreso del Institut International de Sociologie), Beyruth, 1957.
 - “«New Deal» en la Previsión Social española. Comentario a las disposiciones recientes sobre financiación de los Seguros Sociales”, en *Revista de Trabajo*, núms. 7-8 (julio-agosto 1956).
 - Principios de organización general de la Administración Pública.-El corporativismo administrativo”, en *Documentación Administrativa*, núm. 55, julio 1962.
 - *La propiedad. Una crítica del dominicentrismo*, Madrid, 1959.
 - *El capitalismo. Análisis sociológico*, Madrid, 1970.
 - *Hacia una sociedad sin clases?*, Madrid, 1957.
 - *Encuesta universitaria sobre las clases sociales*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1961/1963.
 - *La estructura económica de la sociedad española*, Madrid, Ateneo, 1952 (2ª ed.1961).
 - *La estructura de salarios en España. Estudio sobre el salario diferencial*, Madrid, Instituto Balmes de Sociología, 1962.

- *Los salarios en la industria española y en el extranjero*, Madrid, 1964.
- “El humanismo marxista”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 44 (1968).
- “El llamado "Idealismo colectivo"”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 45 (1968).
- “La sociología crítica”, en *Revista de estudios políticos*, Nº 194 (1974).
- “Sociedad, libertad y autoridad”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 51 (1974).
- “El socialismo como presente, como futuro y como futuro”, en *Revista de estudios políticos*, Nº 206-207 (1976).
- “La neutralidad científica de la sociología”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 55 (1978).
- “«Aggiornamento» de la forma monárquica en España”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 53 (1976).
- “La Constitución como norma, como decisión y como orden concreto”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 56 (1979).
- “Un modelo sincrónico funcional de estructura social”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº. 56 (1979). Perpiñá, A.: “Progreso progresivo y progreso regresivo”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 57 (1980).
- “Realidad de las regiones, de las "nacionalidades" y de los afanes autonómicos”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 58, 1981.
- “Un «a priori» material de las Ciencias Sociales: el pesimismo antropológico”, en *Revista de estudios políticos*, Nº 21 (Mayo-Junio 1981).
- “La triple fricción del pueblo, de la representación y de la participación: hoy y en el futuro”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 59 (1982).
- “Modelo diacrónico de estructura social funcional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº. 63 (1981).
- “Permanencia y cambio en la crisis de la sociedad contemporánea”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 60, 1984.
- “*El Estado como "situación" (status) y no como "grupo" (persona)*”, en *Revista de estudios políticos*, Nº 36 (1983).
- *Introducción a la teoría sociológica. Metasociología*, Madrid, 1984.
- “Reforma social y reforma moral”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 61 (1984).
- *Estudios de economía del trabajo en España*, Vol. 2, 1985 (Salarios y política de rentas, Lluís Fina Sanglas (comp.), Alvaro Espina Montero (comp)).

- La época de lo social y otros escritos sobre política y seguridad social, Antología de escritos (doce ensayos), Estudio preliminar de Juan C. Valderrama Abenza, Murcia, Ediciones Isabor (Colección Elmare), 2016. (Contiene una Bibliografía completa de la obra de Antonio Perpiñá Rodríguez, pp. 265 ss.).

4.2. Sobre el autor, y el contexto histórico de formación y desarrollo de la previsión social y de la Seguridad Social

- ARENDET, H.: *Sobre la revolución*, trad. P. Bravo, Madrid, Alianza editorial, 1988.
- AZNAR, S.: “Las fronteras de los seguros sociales”, en *Bol. de Inf. del I.N.P.*, marzo de 1942.
- BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines*, trad. C. López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- BUENGA CEBALLOS, Ó.: *El derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores*, Granada, Ed. Comares, 2017.
- DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.): *Eugenio Pérez Botija*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- DEL CAMPO, S.: “El renacer de la sociología española (1939-1959)”, en DEL CAMPO, S. (Dir.): *Historia de la sociología española*, Barcelona, Ed. Ariel, 2001.
- DEL PESO CALVO, C.: *De la protección Gremial al vigente sistema de seguridad social*, Madrid, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1967.
- DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, trad. y estudio preliminar por José Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.
- “Exploration d’ une terre inconnue: la Sécurité sociale”, en *Droit Social*, 1949.
- FERNÁNDEZ RIQUELME, S.: *Luis Olariaga y la Política social liberal*. Murcia, Ediciones Isabor, 2006.
- FORTSHOFF, E.: *El Estado de la Sociedad industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- FREUND, J.: *La esencia de lo político* (1965), edición y estudio Preliminar a cargo de J. Molina Cano, 2018.
- GALANT, H.G.: *Histoire politique de la sécurité sociale française. 1945-1952*, Prefacio” de Pierre Laroque, París, A. Colin, 1955.
- GASCON Y MARIN, J.: *Los planes de Seguridad Social. De la beneficencia al seguro*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1944.
- GURVITCH, G.: *La idea de Derecho social*, trad. y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005.
- HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad*, trad. L. Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 2ª ed., 2014.
- HAYEK, F.A.: *Camino de servidumbre*, trad. J. Vergara J. Vergara, Madrid, Ed.nAlianza editorial, Madrid, 1990.

- HERKNER, E.: *La cuestión obrera*, trad. y Apéndice sobre “El socialismo y la guerra” de F. Ballvé, Madrid, Hijos de Reus, 1916.
- HEYDE, L.: *Compendio de Política Social*, trad. de R. Luengo Tapia y M. Sánchez Sarto, Barcelona-Buenos Aires, Ed. Labor, 1931.
- LAROQUE, P.: “De L’assurance sociale à la sécurité sociale”, en *Revue Internationale du Travail*, junio 1948, págs. 621 y sigs.
- LAROQUE, P.: “Problemas internacionales de Seguridad Social”, I, en *Revista Internacional de Trabajo*, Tomo LXVII, núm. 1, julio 1952.
- LAROQUE, P.: “Prefacio”, al libro de GALANT, H.G.: *Histoire politique de la sécurité sociale française. 1945-1952*, París, A. Colin, 1955.
- LAROQUE, P.: “Le rôle de la Sécurité sociale dans le développement de la Societé”, en *Bulletin de la A. I.S.S.*, marzo-abril 1966, págs. 41 y sigs.
- LAROQUE, P.: “Seguridad Social y economía”, en *Revista de Trabajo*, 2º semestre de 1960.
- LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de Previsión social*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1920, 2ª, 1947.
- MARTÍN BUFILL, C.: *Presente y futuro del Seguro social*, Madrid, Studium, 1947.
- MARTÍN BUFILL, C.: *Derecho de la Seguridad Social. Las prestaciones*, Madrid, 2ª ed., 1964.
- FRIEDMAN, M.: *Capitalism and Freedom*, Chicago, Un. Press, 1962.
- MOLINA, J.: *La política social en la historia*, Murcia, Ediciones Isabor (Colección Elamare), 2004.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.
- *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares, 2010.
 - *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.
 - “La política social en el Estado del Bienestar: “Los derechos sociales de la ciudadanía como “derechos de desmercantilización””, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995).
 - “José Maluquer y Salvador”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 1 (2014).
 - “Adolfo González Posada”, en *RDSS Laborum*, núm. 2 (2015).
 - “William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social”, en *RDSS Laborum*, núm. 4 (2015).
 - “Álvaro López Nuñez” (1865-1936), en *RDSS Laborum*, núm. 3 (2015) .
 - “Severino Aznar y Embid (1870-1959): Política y Seguridad Social desde el Catolicismo Social”, en *RDSS Laborum*, núm. 5 (2015).
 - “Luis Jordana de Pozas (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España”, en *RDSS Laborum*, núm. 7 (2016).

- “Manuel Alonso Olea (1924-2003): Las bases del Sistema de Seguridad Social en España”, en *RDSS Laborum*, núm. 10 (2017).
- “Paul Durand (1908-1960): La Seguridad Social como socialización de las necesidades y factor de transformación de la sociedad”, en *RDSS Laborum*, núm. 11 (2017).
- “Carlos Martí Bufill (1915-2001): Los fundamentos éticos y científicos de la Seguridad Social en España”, en *RDSS Laborum*, núm. 12 (2017).
- “Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España”, en *RDSS Laborum*, núm. 13 (2017).
- “Augusto Venturi: de los Seguros Sociales a la Seguridad Social”, en *RDSS Laborum*, núm. 15 (2018).
- 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).
- NETTER, F.: *La Sécurité Sociale et ses principes*, París, Librairie Sirey, 1959.
- PÉREZ BOTIJA, E., *La Seguridad Social como servicio público*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1954.
- “¿Socialización de la Seguridad Social?”, en *Cuadernos de Política Social*, abril-junio 1952.
- PERRIN, G.: “La Sécurité sociale comme mythe et comme réalité”, en *Droit Social*, abril 1967.
- PERRIN, G.: “Pour une théorie sociologique de la Sécurité sociale”, en *Revue Française de Sociologie*, vol. VIII, núm. 3, julio-septiembre de 1967, págs. 299 y sigs.
- PERRIN, G.: “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, en *Revista Internacional de Trabajo*, marzo de 1969, págs. 281-328.
- PERRIN, G.: “Avenir de la Sécurité sociale”, en *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, año XXI, núm. 1, 1969, págs. 3-29.
- PERRIN, G.: “Vues prospectives sur la sécurité sociale”, en *Revue Belge de la Sécurité Sociale*, octubre 1970, págs. 1153 y sigs.
- PERRIN, G.: “Racionalización y humanización, dos objetivos prioritarios para una reforma de la Seguridad Social”, en *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13 (1982).
- PÉREZ LEÑERO, J.: *Fundamentos de la Seguridad Social*, Madrid, Ed. Aguilar, 1956.
- ROUAST, A., DURAND, P. y DUPEYROUX, J.-J.: *Sécurité sociale*, París, Ed. Dalloz, 1961.
- RITTERR, G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, Ministerio de trabajo y seguridad social, 1991.
- RULL SABATER, A.: *Historia de la previsión social en España*, 2 tomos, Madrid, Euroamérica, 1970.
- *La Seguridad Social en España*, 2 tomos, Madrid, Euroamérica (Distribuidor: La Editorial Católica), 1971.
- *Instituciones y Economía de la Seguridad Social española*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1974.

- SCHMITT, C.: *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938), edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004.
- TORTUERO PLAZA, J.L. (Director-Coordenador): *Cien Años de Protección Social en España. Libro Comemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de previsión*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.
- VALDERRAMA ABENZA, J.C.: “Perpiñá Rodríguez, Antonio (1910-1984)”, voz del excelente Diccionario de PELÁEZ, Manuel J. (dir., ed. y coord.), *Diccionario Crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos* [DCJEPL], vol. III (tomo 4º), Zaragoza-Barcelona 2012, pp. 439-440, nº 2.916.
- TÖNNIES, F.: *Desarrollo de la cuestión social*, Madrid, Ed. Labor, 1927.
- TITMUS, R. M.: *Política social*, Barcelona, Ed. Ariel, 1981.
- UNIÓN INTERNACIONAL DE ESTUDIOS SOCIALES: *Códigos de Malinas*, Prólogo, traducción e índices por Ireneo González Moral, Santander, Ed. Sal Terrae, 1954.
- VALLE, L del V. *La política social y la sociología y otros escritos*. Murcia, Ediciones Isabor, 2005.
- VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, trad. G. Tudela Cambroner, Madrid, 1994.
- 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.
- ZARCO, J.: “El funcionalismo y la ‘sociología empírica’”, en DEL CAMPO, S. (Dir.): *Historia de la sociología española*, Barcelona, Ed. Ariel, 2001.

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.