

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2018

nº 17

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias “control” y necesidad ineludible de “razionalización integral” de su tratamiento jurídico
José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ✦ Evaluación de riesgos por acoso moral e indemnización por daños morales
Raquel Poquet Catalá
- ✦ El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su función
Carlos L. Alfonso Mellado
- ✦ La costumbre matrimonial gitana y el derecho a pensión contributiva de viudedad. Una reinterpretación del tema, a la luz de la historia y la interdisciplinariedad jurídicas
Jesús Martínez Girón
- ✦ La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia: aspectos críticos
Sara Guindo Morales
- ✦ La protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre
José Fernando Lousada Arochena y Ricardo Pedro Ron Latas
- ✦ Elementos conceptuales para la fijación del nivel de (des)protección social del prestador de servicios en la economía colaborativa
Francisco Vila Tierno

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Sombras sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 14 de marzo de 2018 (núm. Rec. Ud. 3297/2016) que determina que la prestación por incapacidad temporal no debe computarse a efectos del reconocimiento de pérdidas económicas acreditativas de la situación legal de cese de actividad
Francisco Javier Arrieta Idiákez
- ✦ La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018
Josep Moreno Gené
- ✦ Síntoma de infarto y deporte. Relevancia en la consideración como accidente de trabajo
Víctor Ribes Moreno
- ✦ Incidencia de la patología cardíaca en los accidentes de trabajo. Repercusión de la Sentencia de la sala cuarta de Tribunal Supremo número 325/2018, de 1 de marzo de 2018. Recurso 2.942/2016
Susana María Molina Gutiérrez

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ Seguridad Social y reforma de la Administración en Italia
Paola Bozzao
- ✦ El auxilio por defunción. Un análisis crítico-comparatista, desde la perspectiva del derecho francés de la Seguridad Social
Xosé Manuel Carril Vázquez

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

- ✦ PIERRE LAROQUE (1907-1997): “El padre” de la Seguridad Social en Francia dentro de un proceso de transformación democrática de la sociedad

José Luis Monereo Pérez

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2018

Nº 17

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: www.laborum.es

email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



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



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



revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos.

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

DIRECCIÓN:

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

COORDINACIÓN:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

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

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

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

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

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

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

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

Francisco Ortiz Castillo, *Abogado y Graduado Social*

CONSEJO ASESOR:

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

Jordi Agustí Juliá, *Magistrado del Tribunal Supremo*

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

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

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

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

Alberto 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 I. Ithaca. Nueva York*

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

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

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

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

Aurelio Desdentado Bonete, *Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

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

EDITOR:

Francisco Ortiz Castillo

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

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

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

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

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

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

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



Orientación y enfoque metodológico

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

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

Los contenidos incluyen:

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

Destinatarios

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

Este número de la revista está dedicado al profesor José Vida Soria, querido y gran maestro del derecho del trabajo y especialmente de la Seguridad Social en España.

Índice

NECROLÓGICA **15**

“JOSÉ VIDA SORIA: UNO DE LOS MÁS IMPORTANTES JURISTAS CRÍTICOS EUROPEOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL”	17
--	-----------

EDITORIAL **23**

LAS INCAPACIDADES LABORALES EN EL PUNTO DE MIRA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ENTRE EXIGENCIAS “CONTROL” Y NECESIDAD INELUDIBLE DE “RAZONALIZACIÓN INTEGRAL” DE SU TRATAMIENTO JURÍDICO	25
---	-----------

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES **33**

EVALUACIÓN DE RIESGOS POR ACOSO MORAL E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES	35
--	-----------

RAQUEL POQUET CATALÁ

1. INTRODUCCIÓN.....	35
2. BREVE CONCEPTUACIÓN DE ACOSO MORAL COMO RIESGO LABORAL EMERGENTE.....	37
3. ACOSO MORAL COMO RIESGO PSICOSOCIAL	40
4. MEDIDAS PREVENTIVAS QUE DEBE ADOPTAR EL EMPRESARIO: EVALUACIÓN DE RIESGOS Y PLANIFICACIÓN PREVENTIVA	41
5. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO DE SU OBLIGACIÓN PREVENTIVA FRENTE AL ACOSO MORAL	43
6. CONCLUSIÓN	52

EL RECARGO DE PRESTACIONES: UNA MIRADA EN ATENCIÓN A SU FUNCIÓN	55
--	-----------

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

1. LA FUNCIÓN JURÍDICA DEL RECARGO DE PRESTACIONES	55
2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECARGO DE PRESTACIONES.....	60
3. RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO E IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL RECARGO. PRESCRIPCIÓN.....	80
4. CONCLUSIONES: ¿CABE REPLANTEAR EL RECARGO DE PRESTACIONES?.....	84

LA COSTUMBRE MATRIMONIAL GITANA Y EL DERECHO A PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE VIUDEDAD. UNA REINTERPRETACIÓN DEL TEMA, A LA LUZ DE LA HISTORIA Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD JURÍDICAS	85
---	-----------

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

1. PLANTEAMIENTO	85
------------------------	----

2. LA EFICACIA JURÍDICA DEL MATRIMONIO GITANO EN LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA DE 1805.....	89
3. LA EFICACIA JURÍDICA PENAL ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO.....	91
4. LA EFICACIA JURÍDICA CIVIL ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO.....	94
5. LA INEFICACIA JURÍDICA TRIBUTARIA ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO	97
6. LA SUPUESTA INEFICACIA JURÍDICA ACTUAL DE SEGURIDAD SOCIAL DEL MATRIMONIO GITANO	99
7. EPÍLOGO.....	111

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FIGURA DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES DE LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: ASPECTOS CRÍTICOS.....115

SARA GUINDO MORALES

1. INTRODUCCIÓN	115
2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES DE LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA	117
3. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES.....	132

LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD DE LAS ABOGADAS EN EL EJERCICIO LIBRE DE LA PROFESIÓN Y EL DISFRUTE POR EL PADRE.....135

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

RICARDO PEDRO RON LATAS

1. DE LA EXCLUSIÓN DE LA ABOGACÍA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA CON POSIBILIDAD DE OPTAR POR MUTUALIDAD ALTERNATIVA.....	135
2. DIFERENCIAS DE COBERTURA DE LA MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y EN LAS MUTUALIDADES ALTERNATIVAS.....	138
3. EL DISFRUTE PATERNO DEL DESCANSO POR MATERNIDAD CUANDO LA MADRE SE ENCUENTRA EN EL EJERCICIO LIBRE DE LA ABOGACÍA.....	144

ELEMENTOS CONCEPTUALES PARA LA FIJACIÓN DEL NIVEL DE (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DEL PRESTADOR DE SERVICIOS EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA151

FRANCISCO VILA TIERNO

1. CON CARÁCTER PREVIO.....	151
2. UNA BREVE REFERENCIA GENÉRICA A LA ECONOMÍA COLABORATIVA	153
3. EL PRESTADOR DE SERVICIOS. ENTRE EL AUTÓNOMO Y EL FALSO AUTÓNOMO.....	157
4. RELACIÓN ENTRE PRESTADOR DE SERVICIOS DE ECONOMÍA COLABORATIVA Y DESPROTECCIÓN SOCIAL.....	169

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL**171**

SOMBRAS SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4ª, DE 14 DE MARZO DE 2018 (NÚM. REC. UD. 3297/2016) QUE DETERMINA QUE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL NO DEBE COMPUTARSE A EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE PÉRDIDAS ECONÓMICAS ACREDITATIVAS DE LA SITUACIÓN LEGAL DE CESE DE ACTIVIDAD	173
--	------------

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

1. EL SUPUESTO DE HECHO.....	173
2. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO APLICADOS Y LA RESOLUCIÓN DERIVADA DE LOS MISMOS.....	176
3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA	179

LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE “LARGA DURACIÓN” EN LA ACTUAL DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: STS DE 15 DE MARZO DE 2018	191
---	------------

JOSEP MORENO GENÉ

1. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE EN TORNO A LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL.....	192
2. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: STS DE 15 DE MARZO DE 2018	196
3. LAS REITERADAS RETICENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO A DECLARAR LA NULIDAD DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL ASIMILABLE A DISCAPACIDAD	204

SÍNTOMA DE INFARTO Y DEPORTE. RELEVANCIA EN LA CONSIDERACIÓN COMO ACCIDENTE DE TRABAJO.....	217
--	------------

VÍCTOR RIBES MORENO

1. EL INFARTO Y ACCIDENTE DE TRABAJO. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES	217
2. LA STS DE 20 DE MARZO DE 2018, NUM. 2942/2016.....	219
3. DEPORTE PROFESIONAL Y LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL	222
4. CONCLUSIONES.....	225

INCIDENCIA DE LA PATOLOGÍA CARDIACA EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO. REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DE TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 325/2018, DE 1 DE MARZO DE 2018. RECURSO 2.942/2016	227
---	------------

SUSANA MARÍA MOLINA GUTIÉRREZ

1. INTRODUCCIÓN.....	227
2. LA ESPECIALIDAD DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES.....	228
3. DOCTRINA DE LA SALA CUARTA EN ACCIDENTES CAUSADOS POR PATOLOGÍAS CARDIACAS	234
4. EL CASO EXAMINADO Y LA RESPUESTA DEL TSJ.....	240
5. RESPUESTA DE LA SALA CUARTA AL CASO.....	241
6. JUICIO CRÍTICO	242

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **245**

SEGURIDAD SOCIAL Y REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN EN ITALIA*.....247

PAOLA BOZZAO

1. SEGURIDAD SOCIAL Y REESTRUCTURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: EL CONTEXTO DE REFERENCIA..... 247
2. EL ACCESO ANTICIPADO A LA PENSIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO..... 249
3. ANTIGÜEDAD Y SALIDA DEL TRABAJO, EN LA JURISPRUDENCIA ANTIDISCRIMINATORIA DE LAS CORTES SUPERIORES..... 254
4. JUBILACIÓN ANTICIPADA COACTIVA, RECAMBIO GENERACIONAL Y *SPENDING REVIEW*: ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS 258

EL AUXILIO POR DEFUNCIÓN. UN ANÁLISIS CRÍTICO-COMPARATISTA, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO FRANCÉS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....261

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AUXILIO POR DEFUNCIÓN EN ESPAÑA..... 261
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL *CAPITAL DÉCÈS* EN FRANCIA..... 267
3. EL BALANCE DE LA COMPARACIÓN 272

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **275**

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. UNIÓN EUROPEA..... 277
2. PROTECCIÓN SOCIAL 277
3. EMPLEO..... 286

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS **289**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 291
2. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS..... 305
3. RECENSIONES..... 306

“LA CARENCIA DE RENTAS EN LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS”	306
<i>FRANCISCO VILA TIERNO</i>	
“PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIOLABORAL (TOMOS I Y II)”	307
<i>BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA</i>	
“DEPORTE PROFESIONAL DE-GENERADO. UN ESTUDIO SOBRE FEMINISMO RADICAL”	309
<i>ARÁNTZAZU VICENTE PALACIOS</i>	
CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	313

PIERRE LAROQUE (1907-1997): “EL PADRE” DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN FRANCIA DENTRO DE UN PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA SOCIEDAD	315
<i>JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ</i>	
1. EL HOMBRE Y SU PENSAMIENTO: RAÍCES DEL EXISTIR	315
2. “EL OTRO” PIERRE LAROQUE: EL SOCIÓLOGO Y PENSADOR POLÍTICO.....	323

Necrológica

LABORUM

“JOSÉ VIDA SORIA: UNO DE LOS MÁS IMPORTANTES JURISTAS CRÍTICOS EUROPEOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL”



“[...] Lleva tal delantera lo que ocurre a nuestro pensamiento, que jamás sabremos cómo pudo ser de veras. no te avergüence estar entre los muertos que siguieron constantes hasta el fin (¿Qué es ese fin?) Tú cruza las miradas con ellos, como tengan por costumbre: nuestro duelo por ti no ha de cargarte de modo que les seas raro. Aquellas grandes palabras de otros tiempos, cuando se veía a su acontecer, nos faltan. ¿Quién habla de vencer? Quedar es todo”
RAINER MARIA RILKE, “Requiems” (1908)

1.-El Profesor José Vida Soria, ha fallecido el día 3 de Enero de 2019, después de una rápida enfermedad. Tenía 81 años. El Profesor Vida Soria ha sido –sin duda– *uno de los Grandes Maestros del iuslaboralismo europeo y español*. Él ha dado ejemplo de un jurista

crítico del Derecho fuertemente comprometido con la democracia y la justicia social. Sus discípulos siempre hemos manifestado el reconocimiento a su labor y afecto hacia su persona. Reconocimiento al que seguro se sumarán un importante número de profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de otras disciplinas y otras personas del ámbito político, sindical y de la Administración. Todos los que nos hemos formado con él y, en general, todos los que le conocen bien, reconocemos la extraordinaria contribución que el Profesor Vida ha supuesto, desde el campo universitario, institucional, político y social, en la construcción del moderno y democrático Derecho Social del Trabajo en nuestro país.

Cabe realzar que su obra científica es extensa (más de ciento cincuenta títulos), pese a que él siempre se consideró ágrafo, y es, sobre todo, intensa, rigurosa, crítica, aguda y sugerente. Muchas de sus obras son referentes nacionales e incluso internacionales y ponen de relieve, no sólo a un acreditado especialista en materia laboral y de Seguridad Social, sino también a un verdadero jurista, a un jurista integral, preocupado por comprender y explicar el Derecho pero atendiendo también a una especial preocupación por la historia, la filosofía, la ciencia política y la sociología. El reconocimiento nacional e internacional de los méritos científicos del profesor Vida y su propia vocación internacionalista se tradujo en el desempeño de numerosas actividades de carácter institucional y técnico-jurídico.

Su visión metodológica (plasmada en el Programa para el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se imparte en la Universidad de Granada, inicialmente redactado por él, y en los Manuales de Derecho del Trabajo, de Derecho Sindical y de Seguridad Social realizados en colaboración con algunos de sus discípulos) responde fundamentalmente al “realismo normativista” o “normativismo realista”. Su actividad de investigación jurídica y su actividad docente han estado presididas por el análisis del Derecho y la referencia continua a la realidad social en la que el fenómeno jurídico aparece, a partir de los esquemas básicos del normativismo esencial a la ciencia del Derecho.

Desde su Cátedra de la Universidad de Granada (y antes en las Universidades de Madrid y de Salamanca), su labor ha estado presidida por su *espíritu abierto y pluralista*, por su afán permanente de compartir saberes e inquietudes y, sobre todo, por el *compromiso* en distintos ámbitos.

Compromiso con sus *alumnos*, a través de una actividad docente ininterrumpida desde 1959, con su *empeño en educar hombres* y no en fabricar profesionales situados, por decirlo con palabras de Francisco Giner de los Ríos, y desde la perspectiva humanista de que la educación del hombre es condición previa para la realización de la justicia y la participación efectiva en la sociedad.

Compromiso con quienes hemos querido ser sus discípulos, haciéndole a él nuestro Maestro, despertándonos dudas, sembrando inquietudes, formándonos para la disconformidad, abriéndonos caminos y permitiéndonos recorrerlos desde el más absoluto respeto a la libertad de cada uno, pero sin dejar de expresar su propia opinión, y estando siempre dispuesto a prestar el consejo y la ayuda precisa.

Compromiso con la *Universidad*, participando activamente en la permanente y necesaria renovación universitaria y, especialmente, desde su dedicación como Rector de la

Universidad de Granada, durante el período constituyente iniciado tras la aprobación de la primera Ley de Reforma Universitaria.

Compromiso igualmente con la *sociedad*, que le ha llevado a asumir importantes responsabilidades políticas, especialmente en momentos relevantes para la consolidación del Estado democrático en España. Basta reparar tan sólo en su condición de miembro de la Comisión Constitucional Mixta Congreso-Senado, encargada de dar la última versión de la Constitución española de 1978.

El Profesor Vida pertenece a la categoría de los buenos profesores, de los maestros, de los que prenden fuego en las almas nacientes de sus discípulos, algo más escaso que los artistas virtuosos o los sabios. Su *compromiso de vida ha sido una "lección de maestro"* (en el sentido preciso dada a esta expresión por George Steiner). Es lo cierto que una sociedad como la del beneficio desenfrenado y el cultivo de lo efímero, que no honra a sus Maestros, es una sociedad fallida, aparte de injusta.

Permítaseme reproducir aquí un texto especialmente querido por el Profesor Vida, de uno de sus libros de cabecera: "Juan de Mairena", de Antonio Machado. El primer día de clase de cada curso académico el profesor Vida se presenta ante sus alumnos con estas palabras, de las que quiero realzar el párrafo final:

"Pláceme poner os un poco en guardia contra mí mismo. De buena fe os digo cuanto me parece que puede ser más fecundo en vuestras almas, juzgando por aquello que a mí parecer, fue más fecundo en la mía. Pero ésta es una norma expuesta a múltiples yerros. Si el empleo es por no haber encontrado otra mejor. Yo os pido un poco de amistad y ese mínimo de respeto que hace posible la convivencia entre personas durante algunas horas. Pero no me toméis demasiado en serio. Pensad que no siempre estoy yo seguro de lo que os digo, y que, aunque pretenda educaros, no creo que mi educación esté mucho más avanzada que la vuestra. No es fácil que pueda yo enseñaros a hablar, ni a escribir, ni a pensar correctamente, porque yo soy la incorrección misma, un alma siempre en borrador, llena de tachones, de vacilaciones y de arrepentimientos. Llevo conmigo un diablo –no el demonio de Sócrates–, sino un diablejo que me tacha a veces lo que escribo, para escribir encima lo contrario de lo tachado; que a veces habla por mí y otras yo por él, cuando no hablamos los dos a la par, para decir en coro cosas distintas. ¡Un verdadero lío! *Para los tiempos que vienen, no soy yo el maestro que debéis elegir, porque de mí sólo aprenderéis lo que tal vez os convenga ignorar toda la vida: a desconfiar de vosotros mismos*" (Antonio Machado, "Juan de Mairena. Sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo (1936)". Editorial Castalia, Madrid, 1971). Principio de la duda y de la autocritica, necesario para vivir la vida de modo responsable y existencial.

2.-En el Profesor Vida Soria concurren la cualidad de una persona que ha gozado de reconocido prestigio académico, científico e investigador y social, tanto a nivel nacional como internacional, así como una destacada y continuada actividad de servicio a la Universidad de Granada, en la que ha venido desempeñando su actividad docente e investigadora desde cerca de cuarenta años y en la que ha ocupado diversos cargos de Gobierno dentro de la misma.

Es de realzar su proyección en todos los ámbitos realmente relevantes para un merecido reconocimiento como doctor “Honoris Causa” por la Universidad de Granada. Algunos datos de su currículum que avalan lo expuesto son:

- Proyección Universitaria-Institucional:

El compromiso del Prof. Vida Soria con la Universidad en general y, en particular, con la Universidad de Granada siempre le impulsó a asumir diversos cargos de responsabilidad en la gestión, entre los que destaca el haber sido Rector de la Universidad de Granada durante el periodo de 1984 a 1989. Precisamente en la fase constitutiva del proceso de democratización de la Universidad española.

- Proyección Social y Político-Jurídica:

El compromiso social del Prof. Vida Soria le ha llevado a asumir importantes responsabilidades políticas, especialmente en momentos relevantes para la consolidación del Estado democrático en España.

Fue Senador en la Legislatura Constituyente (1977-1979), período durante el cual fue Presidente de la Comisión de Economía del Senado, en su primera formación; Presidente de la Comisión de Trabajo del Senado; Secretario Primero de la Comisión Constitucional del Senado; y Miembro de la Diputación Permanente del Senado.

Ha sido también *miembro de la Comisión Constitucional Mixta Congreso-Senado, encargada de dar la última versión de la Constitución española de 1978*, lo que le valió ser condecorado con la Medalla al “Mérito Constitucional”.

Fue Diputado en la Primera Legislatura (1979-1981); Vicepresidente segundo de la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados; y Miembro de las Comisiones de Trabajo, de Sanidad y de Seguridad Social, del Congreso de los Diputados. Todos recordamos su compromiso y valentía cuando entró por voluntad propia en el Congreso de los Diputados tras iniciarse el golpe de Estado del 23-F. Y ello pese a la advertencia que le hizo el General Prieto de la Guardia Civil en la puerta del Congreso: “Entra si quieres, te van a matar igual”.

- Reconocimiento internacional

El reconocimiento internacional de los méritos científicos del Prof. Vida Soria y su propia vocación internacionalista se ha traducido en el desempeño de numerosas actividades de carácter técnico-jurídico de ámbito internacional:

Me gustaría destacar su condición de miembro del “Comité de Expertos Independientes para el seguimiento y control de aplicación de la Carta Social Europea” del Consejo de Europa (Estrasburgo), durante el período de 1984-1990 y nuevamente reelegido para un nuevo mandato durante el período 1990-1996, siendo Presidente de este Comité durante el período de 1992-1994. La Carta Social Europea ha sido desde su promulgación la verdadera “constitución social” europea del trabajo.

Ha sido también miembro “Experto Independiente” del “Observatorio de Relaciones Industriales” de la Comunidad Económica Europea (División V), con sede en Bruselas, 1986-1989; miembro de la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con diversas misiones internacionales; Comisionado del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como experto Independiente, en numerosas ocasiones para realizar una misión de “Contactos directos” ante diversos Gobiernos.

- Proyección científica e influencia de su pensamiento jurídico desde una perspectiva humanista

En él se unifica vida y obra científica. Es de realzar su compromiso con los valores constitucionales y su defensa del socialismo democrático. La obra científica del Prof. Vida Soria evidencia que no se trata sólo de un acreditado especialista en la materia laboral y de Seguridad Social, sino de un jurista integral que ha merecido el reconocimiento tanto en España como en el ámbito internacional. Ello es así desde el otorgamiento del título de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (Primer Premio extraordinario, Sección Derecho Privado, 1962).

Su obra científica comprende más de 150 títulos, muchos de los cuales son referentes nacionales e incluso internacionales en materia socio-laboral (Seguridad Social, Relaciones Laborales, Derecho Sindical, Derecho del Empleo, Prevención de Riesgos Laborales; de ello queda constancia en su “Curriculum vitae”, hecho público). No es, sin embargo, el número de publicaciones lo importante, pues lo que realmente es relevante es su calidad y su influencia en el desarrollo del Derecho Social. En tal sentido es bien conocida su labor en la fase de edificación del sistema contemporáneo de la Seguridad Social (antes y después de la promulgación de la Constitución de 1978, en cuya versión definitiva, como se ha dicho, intervino directamente), y, asimismo, en la etapa de construcción del actual sistema de relaciones laborales (donde destaca su participación directa en la redacción de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, columna vertebral de dicho sistema, además de la participación en el conjunto de las normas sociolaborales básicas de desarrollo legal de las previsiones constitucionales). Importa retener que su producción científica ha contribuido decisivamente a alumbrar el nuevo ordenamiento legal español en virtud de un conjunto de trabajos de investigación de singular valía.

Puede apreciarse en el Prof. Vida su inagotable defensa de la verdad y compartía el pensamiento de Antonio Machado cuando ésta a través de su heterónimo “Juan de Mairena” afirmaba que: “No penséis que vuestro deber de retóricos (se refería a los que se consagran en a la política) es engañar al hombre con sus propios deseos; porque el hombre ama la verdad hasta tal punto que acepta, anticipadamente, la más amarga de todas”). No es de extrañar que sus clases fuesen comunicativas, basadas en el diálogo y en la conversación con sus alumnos. Incitaban a pensar reflexivamente.

Su Magisterio se ha traducido en la formación de una importante Escuela científica que se proyecta ampliamente dentro y fuera de Andalucía; Escuela que cuenta con varios catedráticos que han sido directos discípulos suyos, y un plantel amplísimo de investigadores. Esta Escuela ha surgido –quizás incluso a pesar suyo, pues no es una persona dada a “crear” Escuelas de pensamiento- gracias a su extraordinaria capacidad crítica; su capacidad para la crítica “disolvente” para desmontar (des-construir, dicen los filósofos

postmodernos) los modos de pensamiento supuestamente “fuertes” y cómodamente “establecidos”. Es la capacidad sana para la crítica. Nos enseñó en la práctica, con Baltasar Gracián, que no se nace hecho. Cada día uno se va perfeccionando en lo personal y en lo laboral, hasta llegar al punto más alto, a la plenitud de cualidades, a la eminencia. Nos enseñó la práctica, a venerar nuestra capacidad crítica, pues de ella depende que nuestra guía interior opine según la naturaleza y la razón (como decía Marco Aurelio en sus “Meditaciones”). A esta labor aporta un “método” -de uso particularmente intensivo en él-, a saber: “la provocación” y la reconducción al “extremo” de sus últimas consecuencias lógicas y prácticas de toda argumentación jurídica o sociopolítica. Para él la interdisciplinariedad no era una opción, sino una necesidad de la tarea en el campo del saber. Con los excesos de especialización, no crece el volumen total de la cultura, pues como decía, de nuevo, Antonio Machado: Esta concepción “es la ilusión y el consuelo de los especialistas. ¡Lo que sabemos entre todos”! ¡Oh, eso es lo que no sabe nadie!” (“Juan de Mairena”).

Además, en virtud de su reconocimiento científico fue nombrado Consejero de Estado (Miembro electivo del Consejo de Estado), desde diciembre de 1990 hasta julio de 2003, y recibió la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort al Mérito Jurídico.

Para terminar, decir que el tiempo –ese “gran escultor” (“Le temps, ce grand sculpteur”), al que se refería Marguerite Yourcenar)- deja a cada persona en su lugar en el mundo. Tal vez un día comprendan todos que el Profesor Vida cumplió, como nadie, su deber nato de intérprete y analista de una parte de nuestra democracia constitucional, de nuestro siglo y del porvenir. El viaje aquí ha terminado, pero no termina en lo relativo a lo muchísimo que nos queda de su obra y de su papel en la construcción del sistema constitucional y de tutela internacional de los Derechos Humanos. ¡Adios y hasta siempre! querido Maestro y amigo; siempre estarás con nosotros.



Fd.: José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AeSSS)
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*

Editorial

Laboorum

Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias “control” y necesidad ineludible de “razionalización integral” de su tratamiento jurídico

Work disabilities under the spotlight of the Social Security administration: between “control” demands and the unavoidable need for the “integral rationalisation” of its legal treatment

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

“La verdad es el esplendor de la realidad”

Simone Weil¹

Hace unas semanas nos encontrábamos con dos noticias que nos anunciaban las intenciones o planes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Ambas aparecían en diversos medios de comunicación con titulares como *“Trabajo revisará 64.000 bajas médicas hasta fin de año para verificar que no son fraudulentas ... Las actuaciones se centrarán en los procesos de menos de 345 días de duración”*²; y la segunda como *“Trabajo pone la lupa sobre las pensiones de incapacidad permanente ... Granada quiere que una parte de estos pensionistas vuelvan a trabajar en otra ocupación ... ”*³.

La primera noticia se recoge a raíz de la presentación en 28 de octubre de 2018 por la Directora General del INSS de un *“Plan de intensificación de la actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social para reforzar el control de los procesos por incapacidad temporal antes de que alcancen los 345 días de duración”*. Se justifica en razón a que desde el año 2012 hasta 2018 se ha producido una elevación importante de los parámetros de incidencia, prevalencia y duración media de los procesos de incapacidad temporal. La

¹ WEIL, S: *L'enracinement*, Paris, Gallimard, 1990, pág. 319.

² La noticia puede verse en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/28/midiero/1538140577_400119.html

³ La noticia se puede consultar en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/10/companias/1539184961_159591.html

incidencia ha pasado entre los años 2012-2017 de un 20,62 por mil trabajadores a un 24,39; siendo la prevalencia de 31,88 por mil trabajadores a un 35,08; y la duración media de las bajas ha pasado de 37,88 días a 39,48. A tenor de lo anterior se formula un plan de intensificación de la actuación del INSS en el control de la IT que presenta como finalidad el refuerzo del control médico de los procesos de IT que no superen los 345 días. De su cometido se encargarán las unidades médicas de valoración del INSS. Su vigencia temporal será desde el 1-10 al 31-12-2018. En concreto se pretende que el médico inspector, además de su actividad normal, prolongue su jornada 4 horas a la semana (lo que supondrá al final del período 48 horas adicionales) y que realice durante dicho período un total de 240 controles (al día sería cinco controles médicos consistentes en dos reconocimientos y tres valoraciones sobre historia clínica, lo que supondría un total de 144 correspondiente a valoraciones sobre historia clínica y 96 reconocimientos médicos con presencia del trabajador). Estimando que se sumarán a dicha actividad adicional un total de 267 inspectores médicos, el volumen total de trabajo alcanzará un total de 64.080 controles. El plan contempla una medición y control de resultados. El coste estimado es de 312.142,56 euros por el pago de compensaciones a los participantes (21,41 euros por hora de trabajo a los inspectores médicos y de 14,30 euros por hora de trabajo para el personal administrativo). El ahorro que se prevé, cumpliendo objetivos, es de 33.096.204 euros.

Como se puede apreciar el “Plan de Intensificación” no deja de ser un plan de “peonadas” por parte de los inspectores médicos y personal administrativo durante tres meses. La cuestión relevante estará en cómo se llevará a cabo la selección de casos o procesos de IT a revisar. La información facilitada por el Ministerio es ciertamente un enigma para el ciudadano y el operador jurídico: se hará “*mediante herramientas predictivas de estadística analítica*”. Podría haber sido el INSS más claro e indicarnos que se hará, por ejemplo: sobre situaciones de IT intermitentes; para determinadas patologías que presentan con excesiva frecuencia o dificultad en su control; actuaciones sobre colectivos muy significados por su absentismo profesional; o cuando haya un excesivo número de bajas en una determinada zona o declaradas por un determinado facultativo, etcétera; pero ha optado por un criterio que no puede ser clasificado como muy transparente.

El problema en la gestión y control de la IT no es nuevo, ni tampoco los constantes y reiterados intentos en su control; otra cosa es la valoración que nos puedan merecer los mismos en orden a su eficacia. Por lo demás, desde un punto de vista crítico, se atisba la pervivencia de una marcada obsesión por el control de los sujetos protegidos más que en la mejora de las técnicas de protección de las situaciones objeto de tutela a través de la IT y la necesaria reorganización del régimen jurídico de esta prestación.

Sin ánimo de ser exhaustivos, recuérdense las siguientes iniciativas y medidas:

A) De recorte de la cuantía de la prestación:

-Ley 66/1997, Ley 24/2001 y Ley 40/2007 (reformando el art. 222 LGSS para controlar la concatenación de situaciones IT/Desempleo/IT).

-RD-Ley 20/2012 (límites/reducciones en la mejora voluntaria de la IT de los empleados públicos).

B) Limitando el acceso a la situación de IT:

-Ley 30/2005 (competencia exclusiva del INSS en las nuevas bajas por recaídas tras los 12-18 meses).

-Ley 22/2013 (Limitaciones para nuevas bajas por recaídas en altas médicas acordadas por el INSS).

C) Modificando su duración y/o extinción:

-Ley 42/1994 (desaparece la Invalidez Provisional, cambio de denominación ILT/IT y separación de la maternidad como causa de IT.

-Ley 66/1997 (modificación del art. 131 bis ap. 3º de la LGSS)

-Ley 24/2001 (extinción por incomparecencia injustificada a convocatorias a exámenes y reconocimientos médicos)

-Ley 40/2007 (eliminación de las denominadas altas médicas a los simples efectos económicos; regulación de impugnación de altas médicas (determinadas) y posibilidad de retrasar la calificación de la IT tras los 18 meses).

-Ley 22/2013 (nueva modificación del art. 131 bis LGSS)

-RD 625/2014 (regulación de las consecuencias de las incomparecencias a reconocimientos, citaciones, etc.)

-Ley 36/2014 (modificación del art. 131 bis LGSS)

D) Derivando o favoreciendo la gestión de la misma en colaboradores:

-Ley 28/1992 (favoreciendo la colaboración voluntaria de las empresas).

-Ley 22/1993 (permitiendo con carácter general la opción de cobertura por Mutua o INSS, al suprimir la reserva de aseguramiento en favor del INSS).

-Ley 42/1994 (opción única a favor de Mutuas para determinados colectivos).

-Ley 52/2003 (nueva redacción del art. 68 y D.ª 11 LGSS/1994).

E) Traslado de responsabilidades en la prestación económica:

-Ley 28/1992 (responsabilidad del empresario en el subsidio entre los días 4-15 de la baja).

F) Incrementando progresivamente las competencias del INSS:

-RD 1300/1995 (competencias del EVI. Competencias para determinar la prórroga de la IT).

-RD 575/1997 (regulación de las denominadas intenciones de alta).

-RD 1117/1988 (introduciendo una modalidad de alta “a los simples efectos económicos”).

-RD 1299/2006 (reserva de calificación a la entidad gestora de las enfermedades profesionales y obligación de comunicación de los facultativos del SPS de sospechas de EP.

-RD 1430/2007 (desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007).

-Ley 35/2010 (introduce una DA. 52ª LGSS por la que se reconoce a los inspectores médicos del INSS/ISM de las mismas competencias que los inspectores médicos de los SPS).

-RD 625/2014 (normas relativas a la determinación de la contingencia, etc.).

G) Colaboración entre administraciones y entes colaboradores

-Vía convenios plurianuales con las Comunidades Autónomas (y en su caso con el INGESA) específicos para el estudio de la incapacidad temporal de determinadas patologías; de gestión racional de la IT utilizando criterios sanitarios; para el establecimiento de sistemas informáticos de intercomunicación de las administraciones para gestionar los procesos de IT; y de gestión de mejora de la IT y estudio de los comportamientos de los procesos de corta duración⁴.

-Vía convenios para acceso a las historias clínicas de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social⁵.

-Convenios entre INSS, ISM y Mutuas para la emisión de informes y práctica de pruebas médicas y exploraciones complementarias para la valoración, revisión y calificación de las incapacidades laborales⁶

Y finalmente, no deben olvidarse otras formas indirectas de control, como: a) Obligaciones recíprocas de suministro de información entre entidades gestoras y colaboradoras; b) Facultades a las Mutuas para que puedan llevar a cabo pruebas diagnósticas, tratamientos, etc. en procesos derivados de CC; c) Convenios de Colaboración entre INSS y CC.AA; d) Elaboración y fomento de uso de guías de tiempos estándar hoy sustituidas por la de tiempos óptimos de los procesos de IT de obligado seguimiento; e) Incentivos a la colaboración empresarial (reducción de aportaciones empresariales por traslados a puestos de trabajo exentos de riesgo, RD. 1430/2009, y sistema de *bonus*, RD 404/2010); f) Introducción de nuevas contingencias para evitar el uso de la IT (riesgo durante el embarazo, lactancia natural, cuidado de hijo enfermo grave); g) Facilitando el uso de

⁴ Los correspondientes a los períodos 2017-2020 (para todas las CC. AA excepto Navarra, País Vasco y Cataluña) fueron aprobados por Resolución de 16 de octubre de 2017 de la Secretaría General Técnica del MEYSS y publicados en los BOES correspondientes a los días 8, 24, 25 de noviembre y 14 de diciembre de 2018 del día 8

⁵ Véanse BOE 2 de noviembre de 2017, que recoge el convenio INSS y Mutua UNIVERSAL MUGENAT; BOE 8 de enero de 2018 entre INSS y Mutua IBERMUTUAMUR; BOE 21 de mayo de 2018 entre INSS y Mutua ASEPEYO; BOE 28 de julio de 2018 entre INSS y Mutua FRATERNIDAD-MUPRESPA.

⁶ Publicado en el BOE de 8 de junio de 2018.

medidas disciplinarias y extintivas de la relación laboral (cómputo de índices de absentismo, calificación del despido en situación de IT, etc.), recuérdense en este punto las reformas laborales articuladas por la Ley 35/2010 y RD-Ley 3/2012; etc.

El Plan de control que se presenta ahora no deja de ser, como antes se ha dicho, un plan de trabajo, de peonadas, durante tres meses que poco va a solucionar de fondo. Salvo que lo que se interese sea extinguir situaciones de IT que se consideren indebidas. Y algo hay de ello, cuando en la valoración de resultados se busque obtener un porcentaje de altas similar a las que cursen los inspectores médicos en su horario matutino. El objetivo no es criticable, si para ello se están a criterios estrictamente sanitarios, pero el problema de fondo seguirá.

La gestión y control de la IT es un tema muy complejo debido a múltiples aspectos que en muchos casos son difícilmente conciliables, de los cuales podrían señalarse algunos de ellos, a saber:

-En un proceso de IT pueden llegar a intervenir múltiples sujetos y todos ellos con intereses si no contrapuestos, si distintos, a saber: los servicios públicos de salud (en su caso el INGESA) y concretamente los facultativos de atención primaria y –en su caso– la inspección médica; la Mutua que colabore en la gestión; el INSS (y en su caso el ISM); y la empresa. Una gestión eficaz no resulta fácil con tanto sujeto gestor. Por otro lado, los poderes y posibilidades de intervenir de unos y otros no se corresponden luego con las responsabilidades que se le reconoce. El INSS suele invocar que, puesto que es el pagador, su intervención debe ser la predominante, si bien olvida que la situación de IT está vinculada a la necesidad de precisar asistencia sanitaria y que esta la prestan los servicios de salud (en los casos de las contingencias comunes) de las CC.AA. Sin embargo, el INSS se ha ido dotando de unas competencias sobre los procesos de IT en los que su decisión viene a ser la última palabra. Ahora bien, para ello tiene que contar con la colaboración de los servicios de salud y también de las Mutuas ya que carece de medios personales y técnicos para ello.

A las Mutuas colaboradoras se les obliga a asumir la gestión de la prestación económica de IT en caso de contingencias comunes (CC), pero si posibilidad de dar por finalizada la misma como si lo puede hacer en caso de que esta derive de contingencias profesionales (CP). Y ellas invocan también ese argumento del INSS, como pago debe de tener competencias en la declaración y extinción de los procesos de IT, al igual que ya tienen cuando los procesos derivados de contingencias profesionales.

Y por otro lado al empresario se le pide la cuadratura del círculo, que concilie intimidad del trabajador, poder de dirección y obligaciones de vigilar y garantizar la salud del trabajador. Lo que siendo estrictamente necesario, no resulta fácil en la práctica.

-En un proceso de IT, que se inicie con una declaración médica de baja del facultativo de atención primaria, comienza con un dato clave, que es la emisión de un diagnóstico cierto y automático al reconocimiento médico. Y esto no siempre es tan sencillo. Consecuencia de ello es que en muchas ocasiones se actúa “ad cautelam” y se emite la baja a la espera de las pruebas que protocolariamente vienen establecidas, algo que de poder contar con medios para un diagnóstico cierto podría no ser necesario.

Llegado a este punto, el plan del INSS puede estar relativamente bien, si se busca ante todo un ahorro puntual, pero el problema no va a desaparecer y la incapacidad temporal seguirá careciendo de un control eficaz y pendiente una verdadera racionalización de todo el régimen jurídico de protección y gestión de esta rama de la Seguridad Social. Y así, lo único que le cabe es que en 2019 vuelva a otro plan de peonadas para bajar el porcentaje de bajas por IT, y tengamos que afrontar las consecuencias negativas de un deficiente modelo legal de regulación, gestión y sistema de control.

La solución no es esa. En realidad, se está reconociendo que la gestión de la IT en su base (en la llevada a cabo por los médicos de atención primaria) no funciona satisfactoriamente en términos de principio; y eso pese a todos los medios a su alcance y a la implicación de los mismos derivada de los convenios de colaboración Ministerio y Comunidades Autónomas. Quizás haya que buscar nuevos enfoques en la gestión de la IT, como plantean los interrogantes sobre si ¿resulta viable acordar bajas laborales flexibles a tiempo parcial?, ¿deberían de revisarse los protocolos médicos que en el algún caso actúan como elementos distorsionantes en un control correcto de las bajas?, ¿sería conveniente que hubiera una relación más estrecha y fácil entre los médicos de atención primaria y especializada que ayuden a un correcto diagnóstico y en su caso tratamiento?, ¿se debería de unificar competencias en la IT a favor de un equipo de facultativos especializados en medicina del trabajo?, etcétera.

Respecto a las declaraciones recogidas en los medios de comunicación relativa a las posibles medidas de actuación en relación con las incapacidades permanentes, parece que habría que relativizarlas. La declaración ha llevado incluso a manifestaciones de desaprobación por parte de colectivos afectados como la de la Confederación de Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (CONCEMFE) que señalan que *“con motivo de las palabras del secretario de Estado de Seguridad Social, Octavio Granado, en las que afirmó que “no nos podemos permitir el lujo de tener paráliticos cerebrales que están trabajando con las bonificaciones del sistema de Seguridad Social, y luego seguir dando pensiones de incapacidad permanente a la gente por lumbalgias”, la Confederación considera que este tipo de comparaciones no reflejan la realidad al tiempo que alejan el foco sobre las verdaderas necesidades de las personas y su realidad laboral. El presidente de COCEMFE, Anxo Queiruga, pide “racionalizar el sistema con equidad, coherencia e investigando aquellos casos en los que se sospeche que se puede haber cometido un fraude a la Seguridad Social, antes de criminalizar a las personas que cuentan con una incapacidad laboral”.*

“Bastante duro es tener que dejar de trabajar, con las repercusiones sociales y psicológicas que conlleva, como para que el mensaje que se traslada a la sociedad es que te estás aprovechando del Estado del Bienestar cobrando una pensión que no te corresponde”, añade Queiruga.

Por último, reclama a Granado y al resto del Gobierno que “aboguen por un lenguaje inclusivo y cuando se dirijan a nosotros lo hagan en base a nuestra condición de

persona y no como una discapacidad, ya que esa es una de nuestras características y no lo único que somos".⁷

Resulta hartamente significativo que las declaraciones objeto de crítica fueran realizadas en el seno de una comparecencia en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo en fecha 9 de octubre de 2018, para presentar el "Informe sobre el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Evolución, actuación del año 2017 y situación a 31 de diciembre de 2017"⁸.

La concreta declaración reza así "*Creo que el sistema español –lo decía muy bien el señor Barandiaran– tiene un problema y es que se sigue jubilando a la gente con pensiones de incapacidad sin partir de que lo debe hacerse, en todo caso, como bien dice la normativa sobre enfermedades profesionales, es reclasificar a la gente y darle otra ocupación. No nos podemos permitir el lujo de tener paralíticos cerebrales que están trabajando con las bonificaciones del sistema de Seguridad Social y luego dando pensiones de incapacidad permanente a la gente por lumbalgias. Es una auténtica contradicción, y esa contradicción yo intentaré, en la medida de lo posible, reducirla*".

Las declaraciones son ciertamente poco afortunadas y además carentes de base. Se dice que "la gente se jubila" –sic– con pensiones de incapacidad sin partir como dice la normativa sobre enfermedades profesionales de reclasificar a la gente y darle otra ocupación. Con independencia de la mezcla sin orden y concierto de las situaciones de jubilación con incapacidad y de las obligaciones relativas a las enfermedades profesionales de reclasificación o recolocación, lo que no se quiere entender es que una persona que tiene una alteración grave en su salud, objetivada, definitiva y que incide en su capacidad laboral y por tanto tributaria de una declaración de incapacidad permanente, no tiene por qué esperar a que alcance la edad de jubilación y ver si reúne los requisitos de acceso a la pensión de jubilación para entonces quedar protegida. El que desde el ámbito de las relaciones laborales se puede o no ofrecer una adaptación o darle otra ocupación es obvio que no depende del propio beneficiario y precisamente eso ya está previsto para el grado de incapacidad permanente parcial y singularmente en el de total en el que resulta compatible la percepción de la pensión con el trabajo en la misma empresa. Decir que se están "*dando pensiones de incapacidad permanente a la gente por lumbalgias*" es una exageración muy alejada de la realidad y deja en mal lugar a sus propios servicios de valoración.

Por otro lado, invocar el "*el lujo de tener paralíticos cerebrales que están trabajando con las bonificaciones del sistema y luego dando incapacidades por lumbalgias...*", es cuestionable. Quizás no estaría de más recordar el gran avance que en su momento supuso para los discapacitados ("minusválidos", en la terminología dominante en la época) la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los "minusválidos" (vale decir, "discapacitados"). La Ley venía a presentar como principios que la inspiraban –entre otros– los derechos que el art. 49 de la CE les reconoce a los "minusválidos", en razón a la dignidad que le es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos

⁷ La noticia es de fecha 18 de octubre de 2018 y se puede consultar en la siguiente dirección: http://www.cocemfe.es/comunicacion_portal/?p=21587.

⁸ Se puede consultar en el diario de sesiones del Congreso de los Diputados núm. 614, página 33.

para la asistencia y tutela necesarias⁹. Y en atención a ello se proclama como finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores “*minusválidos*” su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo en centros especiales de empleo¹⁰. Y para facilitar aún más su presencia o permanencia en el trabajo se modificó el art. 135 de la LGSS/1974, relativo a la declaración de gran invalidez no exigiendo que sea preciso partir del grado de absoluta y que la gran invalidez no precisa necesariamente ser invalido permanente absoluto, pretendiendo con ello –entre otros fines– la posibilidad de compatibilidad la situación de gran invalidez con trabajo. No es por tanto un “lujo” tener paralíticos cerebrales trabajando con bonificaciones, es un derecho que tienen y que hay que garantizar.

En realidad, los problemas o controversias más relevantes acerca de la incapacidad permanente son otros y básicamente podríamos concretarlos en:

-La falta de una determinación clara del umbral de protección (es decir, cuando una persona debe ser declarada o no en situación de incapacidad permanente) y de su graduación. Y esto es un problema al que ya se le pretendió dar una solución la Ley 24/1997, de 15 de julio, con la reforma del art. 137 de la LGSS/1994, diseñando un nuevo marco jurídico para la determinación de los grados de incapacidad en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado y de un nuevo sistema de calificación en función una lista de enfermedades y su valoración. Veintiún años después seguimos esperando tal desarrollo.

-La falta de un régimen nítido de compatibilidades entre las distintas situaciones de incapacidad con el trabajo profesional.

-Y una ordenación clara y que confiera seguridad jurídica del régimen de pasarelas o equivalencias entre las situaciones legales típicas de incapacidad temporal, discapacidad, incapacidad permanente (“invalidez”) y dependencia.

Démosles una solución razonable a estos problemas o controversias jurídicas y quizás mejore el funcionamiento de la protección de las incapacidades laborales en todos los aspectos fundamentales (teleológicos, funcionales y estructurales).

⁹ Art. 1 Ley 13/1982, de 7 abril.

¹⁰ Ver arts. 37 y 41 Ley 13/1982, de 7 de abril.

Estudios
Doctrinales

LABORUM

Evaluación de riesgos por acoso moral e indemnización por daños morales

Risk assessment for workplace bullying and compensation for pain and suffering

RAQUEL POQUET CATALÁ

PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

En este trabajo se estudia una de las manifestaciones de la deuda de seguridad que impone el art. 14 LPRL sobre el empresario, concretamente, la realización de la evaluación de riesgos con la consiguiente planificación preventiva, como elemento específico para evitar los riesgos derivados del acoso moral y su consiguiente relación con la indemnización por daños morales que puede exigir la víctima acosada al empresario por el incumplimiento de dicha obligación preventiva. Así, se analiza la línea jurisprudencial y judicial recaída al efecto a raíz de las diferentes situaciones conflictivas planteadas donde el punto de origen ha sido el incumplimiento de la evaluación de riesgos.

Abstract

In this paper we look at one of the manifestations of the social security liability imposed by article 14 of the Law on Labour Risk Prevention on the employer. In particular, we focus on the performance of the risk assessment with its consequent preventive planning as a specific way to avoid the risks caused by workplace bullying and its resulting relation with the compensation for pain and suffering that the harassed victim may demand from the employer for the breach of said preventive obligation. Thus, the case law and court judgement obtained to such effect as a result of the different conflict situations raised where they are due to the non-compliance of the risk assessment is analysed.

Palabras clave

Evaluación de riesgos; Acoso moral; Indemnización; Daño moral; Trabajador

Keywords

Risks evaluation; Workplace bullying; Compensation; Pain and suffering; Employee

1. INTRODUCCIÓN

Nadie duda de la importancia de proteger la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, y de la deuda de seguridad que recae sobre los empresarios, con la consiguiente responsabilidad que conlleva su incumplimiento. El reconocimiento del derecho de los trabajadores, en el ámbito laboral, a la protección de su salud y de su integridad, implica trabajar con seguridad y sin riesgos.

No obstante, los resultados de los diferentes estudios estadísticos muestran que no queda garantizado tal y como se espera. Así, según se desprende de la VI Encuesta de Condiciones sobre las Condiciones de Trabajo¹, en España el 10 % de los trabajadores manifiesta que está sujeto a una conducta social adversa. Ello significa que la violencia física

¹ FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO, *VI Encuesta sobre las Condiciones de Trabajo*, 2015. Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/es/surveys/european-working-conditions-surveys/sixth-european-working-conditions-survey-2015>

en el lugar de trabajo está disminuyendo, mientras que persisten otras formas de comportamiento social adverso, como el acoso moral o psíquico.

En España, según la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, analizando el indicador de conductas violentas, esto es, la exposición de los trabajadores a distintos tipos de violencia derivada del desempeño del trabajo –la violencia física, el acoso sexual, la discriminación y las agresiones verbales–, el tipo de violencia a la que más están expuestos los trabajadores son las agresiones verbales (un 7,3 % de los trabajadores), le sigue la violencia física (un 4,9 % de los trabajadores), las conductas discriminatorias (2,1 % de los trabajadores), y, en mucha menor medida, el acoso sexual (0,4 % de los trabajadores). Atendiendo al sexo de los trabajadores, se observa que las mujeres están más expuestas que los varones a conductas discriminatorias (2,8 % frente a 1,5 %), a agresiones verbales (8,0 % frente 6,7 %) y al acoso sexual (0,6 % frente a 0,2 %). Sin embargo, los hombres están más expuestos que las mujeres a conductas de violencia física (5,3 % frente 4,4 %). Por sectores de actividad, es el sector servicios en el que se dan más conductas de agresiones verbales (8,7 %), de violencia física (6,0 % de los trabajadores), de acoso sexual (0,5 %) y de conductas discriminatorias (2,3 %). En los cuatro tipos de violencia se observa una cierta relación entre el tamaño del centro de trabajo y la exposición a conductas violentas, de forma que a mayor tamaño de los centros, mayor porcentaje de trabajadores afectados, pues un 9,7 % de los trabajadores de centros de 500 o más trabajadores han sido víctimas de violencia física frente al 3,5 % de los de centros de menos de 10 trabajadores. Es también en los centros de mayor tamaño donde más casos de agresiones verbales declaran los trabajadores, un 12,4 % de los trabajadores de los centros de 500 o más trabajadores y un 5,0 % de los de menos de 10 trabajadores².

Si se analiza el sector con más acoso psicosocial, esto es, el sector público, según datos del V Informe Cisneros³ casi uno de cada tres (el 31 %) de los funcionarios están en una situación de alto riesgo laboral psicosocial, y más de uno de cada 5 (21 %) de los funcionarios presenta una situación técnica de mobbing concretada, por uno o más de los diferentes comportamientos de hostigamiento, con una continuidad por más de 6 meses del comportamiento y con una frecuencia por lo menos semanal (semanal o a diario).

Como es sabido, el art. 14 LPRL establece una obligación de seguridad del empresario que configura un derecho del trabajador a que su actividad productiva no tenga riesgo y que el desarrollo de su prestación de servicios sea segura y no comporte ningún riesgo para su seguridad y salud.

En los momentos actuales, a pesar que muchos de dichos riesgos laborales, concretamente, de seguridad, físicos o químicos, quedan más protegidos y controlados, no obstante, en el área de los riesgos psicosociales queda un gran vacío por proteger. De ahí, la

² OBSERVATORIO ESTATAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, INSSBT, *VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, 2011. Disponible en <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=bf31febb47828310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnextchannel=6ff05c9847273110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

³ AA.VV., *Libro Blanco. Los riesgos psicosociales en la Administración*, 2011. Disponible en <http://acosopsicologico.com/acoso-laboral-mobbing/datos-sobre-mobbing/>

importancia que cada vez más está dando el INSSBT a la actuación de las empresas, tanto privadas como públicas, en esta disciplina preventiva.

2. BREVE CONCEPTUACIÓN DE ACOSO MORAL COMO RIESGO LABORAL EMERGENTE

Los imparables cambios a los que están sometidas las actuales sociedades, y con ello el mundo laboral y empresarial, están afectando considerablemente a los puestos de trabajo. No cabe duda que existen muchos avances, pero paralelamente surgen nuevos riesgos, denominados riesgos emergentes, entre los cuales se hallan los riesgos psicosociales. Uno de estos es el acoso moral, hostigamiento psicológico, violencia psicológica, o mobbing.

No existe una definición legal del mismo, por lo que se debe acudir a las conceptualizaciones que se han proporcionado desde diversos ámbitos y sectores muy concretos.

Leymann fue el primero en proporcionar una definición del mobbing que supuso el punto de partida de los estudios que se han realizado con posterioridad sobre este fenómeno y que en algunos países se ha denominado bullying. Lo define como aquella “situación en la que una persona o grupo de personas ejerce una violencia extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de 6 meses) sobre una persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”⁴.

Según el DRAE acosar significa “perseguir a una persona sin darle tregua ni descanso”, “perseguir, apremiar, importunar a una persona con molestias o requerimientos”.

Según el art. 2 f) RDLeg 1/2013⁵ el acoso moral es “*toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”. Por su parte, el art. 28.1 d) L 62/2003⁶ lo define como “*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*”.

⁴ LEYMANN, H., *Mobbing: La persecution au travail*, París, Editorial Du Seuil, 1996, p. 26. En España, el profesor Piñuel lo define como aquella conducta que tiene como objetivo “intimidar, apocar, reducir, aplanar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a eliminarla de la organización o a satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador, que aprovecha la ocasión que le brinda la situación organizativa particular (reorganización, reducción de costes, burocratización, cambios vertiginosos, etc.) para canalizar una serie de impulsos y tendencias psicopáticas”, en PIÑUEL Y ZABALA, I., *Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander: Sal Terrae, 2001. p. 55.

⁵ De 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁶ De 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Desde el punto de vista técnico, la NTP 854⁷ define el acoso moral como “la exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”. A su vez, el Criterio Técnico 69/2009⁸ indica que es aquella “situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo”.

Por su parte, ante esta situación de vacío legal, la doctrina judicial ha ido elaborando también un concepto de este tipo de violencia en el trabajo, definiéndolo como “aquella conducta o puridad de comportamientos voluntarios y conscientes de uno o varios sujetos que por su desproporción inciden en otra persona, afectando a su esfera y ámbito personal, suplantando lo que son las relaciones intersubjetivas por afrentas personales o profesionales, puntuales o constantes, que desbordan el ámbito de lo puramente profesional para devaluar al sujeto en su intimidad”⁹. En esta línea judicial se incide, como se observa, en que no todo conflicto laboral es un acoso moral, ya que el acoso exige un plus, la existencia de una situación de hostigamiento del acosador a la víctima, que es lo que hay que probar, que es justamente el ítem más complejo de esta institución jurídica.

En este sentido, la doctrina judicial considera que “el conflicto es una patología normal en la relación de trabajo, y no debe confundirse el estrés profesional derivado de una pérdida de confianza con el hostigamiento y acoso intencionado y reiterado”¹⁰, pues “no es suficiente con la constatación de conflicto en la relación laboral, sino que es preciso que se manifieste una gravedad en los hechos y un significado de éstos, inequívocamente, enfocado al acoso del trabajador”¹¹.

En resumen, se podría definir como el “hostigamiento psicológico atentatorio contra la dignidad y la integridad moral del trabajador que éste sufre en su trabajo”¹². De este concepto se observa, en primer lugar, que debe existir una situación derivada de una serie de situaciones violentas sistemáticas y prolongadas cuya gravedad se manifiesta cuando se consideran en su conjunto¹³. Por ello, los hechos aislados no son constitutivos de acoso moral, ya que en el acosador debe existir la intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente con la finalidad de romper la relación laboral¹⁴, lo que exige una duración en el tiempo¹⁵. En segundo lugar, el hostigamiento ha de sufrirse en el trabajo,

⁷ AA.VV., *NTP 854. Acoso Psicológico en el trabajo: definición*, Madrid, INSSBT, 2009. Disponible en <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/821a921/854%20web.pdf>

⁸ Sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo.

⁹ STSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 1638/2015.

¹⁰ STSJ Navarra, de 31 de mayo de 2010, rec. núm. 143/2010.

¹¹ STSJ Canarias, de 14 de junio de 2016, rec. núm. 359/2016.

¹² SSTSJ Galicia, de 23 de abril de 2010; Cataluña, de 10 de junio de 2005, rec. núm. 3957/2004.

¹³ STS de 10 de febrero de 2005, rec. núm. 949/2004.

¹⁴ SSTSJ Galicia, de 4 de octubre de 2010, rec. núm. 2505/2010; Castilla y León, de 9 de marzo de 2004, rec. núm. 257/2004; Castilla-La Mancha, de 23 de diciembre de 2003, rec. núm. 1034/2003.

¹⁵ SSTSJ Andalucía, de 23 de septiembre de 2013, rec. núm. 849/2013; Canarias, de 26 de junio de 2012, rec. núm. 228/2012; Cataluña, de 1 de abril de 2005, rec. núm. 9525/2003; Cataluña, de 10 de junio de 2005, rec. núm. 3957/2004.

como consecuencia del mismo y contra una determinada persona. Por lo tanto, acosador sólo puede ser el empresario, un superior jerárquico o un compañero de trabajo, lo que significa que la empresa es responsable de la ilícita conducta de su profesional dependiente¹⁶. En tercer lugar, tiene que producirse un menoscabo grave de la integridad moral y dignidad del trabajador consagrado como derecho fundamental en el art. 15 CE, que ha de apreciarse de manera objetiva, valorándose los hechos y el contexto en el que se produce la conducta y su capacidad de vulnerar dicho derecho fundamental¹⁷.

Por tanto, para identificar una conducta de acoso moral deben concurrir diversos elementos. Por un lado, una conducta hostil no deseada, de carácter grave, ya que crea un ambiente intimidatorio, humillante u ofensivo, lo que supone un ataque a la dignidad de las personas, que no requiere un especial ánimo subjetivo en su producción, que puede ser efectuada por una o varias personas y dirigida generalmente contra otra para producir un trato objetivamente degradante, que sea reiterada en un período de tiempo más o menos prolongado y cuya finalidad sea atacar la integridad del trabajador y degradar su ambiente de trabajo. Así delimitado, las conductas de acoso moral comprenden los atentados a la persona del trabajador como los ataques de carácter personal que buscan la desacreditación profesional de la víctima. En este contexto el efecto que estos comportamientos puedan producir sobre la situación profesional de la víctima resulta irrelevante, puesto que basta con que exista un ambiente objetivamente hostil y, por tanto, una degradación del ambiente de trabajo capaz de lesionar su integridad moral, sin necesidad de que se produzca una lesión del estatuto profesional o un descrédito de la imagen profesional¹⁸.

De esta forma, aquellas conductas aisladas, no reiteradas, no son constitutivas de acoso moral. De ahí, la fijación de un límite temporal, que habrá de determinarse en cada momento, teniendo en cuenta el carácter sistemático de la conducta durante un periodo de tiempo más o menos prologando, la gravedad de la misma y el daño producido. Además, las conductas han de ser objetivamente graves, con un trato degradante, un ataque a la dignidad de la persona, o una humillación clara y considerable. Por otro lado, el elemento subjetivo pierde importancia al objetivarse la intencionalidad de la conducta, puesto que lo fundamental es la voluntad sistemática de humillar o dañar a otro en comparación al trato dado a otros compañeros. Por lo tanto, lo decisivo es el resultado de esta conducta, aunque la intención pueda ser relevante a la hora de determinar las sanciones e indemnizaciones o diferenciarla de otros compañeros que persiguen fines totalmente diversos, como el acoso sexual o por razón de sexo. En este caso, lo que el acosador persigue es la destrucción de la víctima, atacando a su dignidad, humillándola y rebajándola. Además, estas conductas pueden producir tanto daños físicos como psíquicos, siendo la entidad del daño un dato a tener en cuenta a la hora de modular la compensación de daños y perjuicios derivados de la conducta de acoso moral¹⁹. Asimismo, por lo que se refiere a los elementos personales, la situación normal es que los sujetos implicados sean acosador y víctima, pero también puede

¹⁶ SSTSJ Extremadura, de 16 de diciembre de 2003, rec. núm. 692/2003; Cataluña, de 3 de mayo de 2005, rec. núm. 1160/2005.

¹⁷ SSTSJ Cataluña, de 17 de marzo de 2010, rec. núm. 7682/2009; Cataluña, de 11 de junio de 2003, rec. núm. 8186/2002.

¹⁸ SIERRA HERNÁIZ, E., “Los protocolos de acoso moral y política preventiva de la empresa: puntos críticos y propuestas de mejora”, *NREDT*, núm. 203, 2017 (versión on line)

¹⁹ ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente al acoso en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 23.

afectar a una pluralidad de compañeros, como varios compañeros de trabajo de un mismo nivel profesional. En estos casos, el sujeto activo sería un tercero relacionado con la empresa, no importando su relación jurídica con la misma, siendo la situación habitual que exista una relación de subordinación entre el sujeto activo de la intimidación que se aprovecha de su superioridad jerárquica y la víctima, que difícilmente puede sustraerse de la misma por su posición de dependencia. Es lo que se conoce como acoso descendente. En otros casos, la situación de acoso procede de compañeros de trabajo del mismo nivel –acoso horizontal–, que se produce cuando unos compañeros adoptan conductas agresivas frente a un tercero, y excepcionalmente puede darse un acoso ascendente, cuando el sujeto activo ocupa una posición de subordinación frente a la víctima. Por último, la percepción del carácter ofensivo de la conducta por parte de la víctima y su reacción ante la misma sirve de indicio de la existencia de acoso moral y también es relevante a la hora de valorar el daño y determinar la compensación por el mismo²⁰.

3. ACOSO MORAL COMO RIESGO PSICOSOCIAL

El art. 14 LPRL establece un deber general del empresario de proteger a todos sus trabajadores frente a los riesgos derivados del ambiente laboral. Por tanto, el empresario está obligado a adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar su cumplimiento. La deuda de seguridad se conceptúa como un derecho del trabajador a que su actividad productiva no tenga riesgo, y el desarrollo de los ámbitos de producción sean igual de seguros²¹. El nuevo enfoque de la protección de la seguridad en el trabajo de la vigente LPRL no es el de la ordenación de las obligaciones y responsabilidades de los actores relacionados con el hecho laboral, sino “ante todo la prevención”, con el fin de fomentar una auténtica cultura preventiva, mediante la promoción de la mejora de la educación en esta materia y con un compromiso de toda la sociedad²².

A pesar del silencio legal que guarda la LPRL en torno al acoso moral, debe entenderse que uno de estos riesgos derivados del trabajo es el hostigamiento moral.

De hecho, el propio art. 4.2 LPRL define el riesgo laboral como “*la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo*”, cuya gravedad se determina teniendo en cuenta dos parámetros, a saber, “*la posibilidad de que se produzca el daño*” y “*la severidad del mismo*”. Además, el art. 4.3 LPRL conceptúa los daños derivados del trabajo como las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo, por lo que no cabe duda que este tipo de acoso ha de calificarse como un riesgo laboral psicosocial.

Por tanto, el acoso moral es un riesgo laboral de carácter psicosocial cuyo origen se encuentra básicamente en la organización del trabajo. La doctrina no duda en considerar que el acoso laboral debe ser considerado como un riesgo profesional de tipo psicosocial, de manera que cuando el mismo se concreta el acoso debe considerarse como un AT. Para ello, será necesario probar un nexo de causalidad entre el trabajo y la lesión o dolencia sufrida. En

²⁰ ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente al acoso... op. cit.*

²¹ STSJ Cataluña, de 20 de noviembre de 2017, rec. núm. 5165/2017.

²² STSJ Cataluña, de 20 de noviembre de 2017, rec. núm. 5165/2017.

este sentido, la doctrina judicial²³ se ha pronunciado en diversas resoluciones considerando que el acoso laboral debe ser calificado como accidente de trabajo.

De esta afirmación, se deriva una consecuencia jurídica básica y fundamental, como es que el empresario debe proteger a los trabajadores frente a este tipo de riesgo. Por ello, el primer deber del empresario es configurar una organización de trabajo que se adapte a las necesidades de sus trabajadores, teniendo en cuenta las condiciones laborales en las que se ha de prestar el trabajo, tratando de evitar así todo posible foco de conflicto laboral. En este sentido, el empresario debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, integrando la actividad preventiva en el sistema general de gestión de la empresa (art. 16.1 LPRL). Esta extensión material es coherente con el significado específico que la LPRL atribuye a la condición de trabajo, entendiéndolo por tal cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador (art. 4.7 LPRL). Para ello, el empresario debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

4. MEDIDAS PREVENTIVAS QUE DEBE ADOPTAR EL EMPRESARIO: EVALUACIÓN DE RIESGOS Y PLANIFICACIÓN PREVENTIVA

Entre las principales medidas preventivas que debe adoptar el empresario para proteger la seguridad y salud de sus trabajadores, se hallan principalmente, la evaluación de riesgos y consiguiente planificación preventiva, la formación de los trabajadores y la vigilancia de la salud.

De todas ellas, la que a estos efectos interesa, es la primera de ellas, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, la cual viene recogida en el art. 16 LPRL. Constituye una obligación empresarial, tanto inicial como sucesiva, que se configura como un presupuesto esencial para que el empresario cumpla con su deber de planificar la acción preventiva en la empresa.

El contenido general de la evaluación de riesgos y su procedimiento viene desarrollado en los arts. 4 y 5 RSP²⁴ y se evidencia que dicha evaluación tiene en cuenta tanto las condiciones de trabajo existentes o previstas como la posibilidad de que el trabajador que ocupe el puesto de trabajo o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible por sus características personales o estado biológico conocido.

Desde la vertiente objetiva de la evaluación de riesgos, y a efectos del acoso, dicha evaluación no se centra únicamente sólo en el puesto de trabajo, sino que afecta a las condiciones de trabajo, esto es, a cualquier característica del trabajo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador. En este sentido, tienen singular importancia aquellas características del trabajo relativas a su organización y ordenación, que influyen en la magnitud de los riesgos a que está expuesto el trabajador, consideradas también como condiciones de trabajo a efectos preventivos (art. 4.7

²³ STS de 19 de junio de 1989; SSTSJ Comunidad Valenciana, de 7 de marzo de 2006, rec. núm. 827/2006; Galicia, de 24 de enero de 2000, rec. núm. 5510/1996; Castilla-La Mancha, de 16 de noviembre de 1989.

²⁴ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

d LPRL). En esta esfera directiva y organizativa, la evaluación de riesgos psicosociales que pueden generar acoso moral, ha de ceñirse a todas aquellas características del puesto de trabajo y también del entorno organizativo, que, conectadas con algunos de los factores que provocan ese tipo de acoso, puedan propiciar su aparición²⁵, tales como la realización de trabajos monótonos, distribución inequitativa del trabajo, ambigüedad de rol o falta de dirección de personal.

La complejidad de las características que deben ser evaluadas como riesgos laborales en el ámbito organizativo y que pueden generar situaciones de acoso moral no sólo derivan del amplio contenido con el que la LPRL se refiere a las condiciones de trabajo. La amplitud de ese contenido es consecuencia directa del principio general de planificación de la prevención de los riesgos laborales, configurado bajo un criterio de coherencia que persigue integrar la técnica, la organización del trabajo, las condiciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

Debe resaltarse pues, que no es suficiente con que la evaluación de riesgos sea genérica, sino que dicha evaluación de riesgos debe incluir de forma específica los riesgos de acoso moral. En este sentido, se ha estimado que una evaluación de riesgos que contempla únicamente los riesgos psicosociales, como los factores psicosociales de las tareas, y los factores psicosociales de la organización originados por el trabajo a turnos, no son suficientes para entender realizada una evaluación de riesgos de acoso moral²⁶. Y, más aún, cuando había mediado una denuncia interpuesta por el sindicato explicando que varios trabajadores estaban sufriendo acoso laboral por parte de sus mandos, ante lo cual la Inspección de Trabajo había señalado que “el factor de riesgo identificado en la Guardia urbana son los conflictos interpersonales, llegando a niveles de violencia psicológica. Se detecta la existencia de importantes niveles de crispación entre los diferentes miembros del cuerpo policial llegando a procesos judiciales, resultando muy complicado implantar medidas que actúen contra una situación ya tan enquistada, pero sí se pueden establecer medidas para clarificar roles, funciones, categorías jerárquicas y sobre todo formas de actuar y comportarse”. Por tanto, se estima que el empresario debe realizar una evaluación específica de este tipo de riesgo, so pena de ser responsable civilmente de una indemnización por daños²⁷.

Cuando esta evaluación integrada de los riesgos laborales concluya con la identificación de situaciones de riesgo, conectadas con el acoso moral, esa evaluación ha de desembocar en la realización de las actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir esos riesgos, y en su defecto, evaluarlos y controlarlos. En este sentido, surge la planificación preventiva, como instrumento en el que se priorizan las medidas preventivas y de protección a aplicar en función de la gravedad de los riesgos evaluados, previendo un protocolo y un plazo de implementación de cada una de las medidas planificadas.

Es decir, con la actual LPRL, en la que se defiende una postura activa, y no defensiva, no se trata, pues, de una corrección a posteriori, sino de establecer un diseño de una

²⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008 (versión on line)

²⁶ STSJ Cataluña, de 20 de noviembre de 2017, rec. núm. 5165/2017.

²⁷ STSJ Cataluña, de 20 de noviembre de 2017, rec. núm. 5165/2017.

evaluación previa, con una ordenación de un conjunto coherente y globalizador de medidas de acción preventiva que se correspondan con los riesgos detectados, concurriendo una efectividad en el control de las medidas.

5. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO DE SU OBLIGACIÓN PREVENTIVA FRENTE AL ACOSO MORAL

Nadie duda de los importantes efectos negativos psíquicos que conlleva el acoso moral. Los diferentes estudios sobre el tratamiento de las distintas formas de violencia en el trabajo ponen énfasis en una prevención de las mismas orientada a la eliminación de sus causas, más que a la priorización de los mecanismos reactivos de signo paliativo, llegando a considerarse la actividad preventiva de aquel tipo de acoso como un elemento básico para mejorar la vida laboral y evitar la exclusión social²⁸.

No obstante, la realidad muestra que en el terreno del acoso moral, las técnicas preventivas no son tan fructíferas como pudieran serlo en otras áreas, por lo que se debe recurrir a otras medidas para poder intentar, de alguna forma, dar respuesta a estas situaciones conflictivas originadas en el ámbito laboral.

Así es cuando entran en escena las medidas reparadoras, tales como la modificación o restitución de las condiciones de trabajo, la restauración de la salud del trabajador, o la indemnización de daños y perjuicios.

La reclamación judicial por una conducta de acoso implica una solicitud de reparación de un derecho fundamental, por lo que las demandas por acoso laboral deberán tramitarse, según el art. 53.2 CE, por el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los arts. 177 y ss LRJS.

De todas ellas, la indemnización de daños y perjuicios, se encuentra en la responsabilidad civil, en concreto, contractual, exigible para el acoso vertical, descendente o ascendente, y la extracontractual para el caso del acoso moral horizontal.

Esta indemnización abarca tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales o morales, teniendo especial referencia en este caso el daño moral, pues la característica propia del acoso moral es la lesión de la dignidad del trabajador, su humillación y su afectación a la salud psíquica.

5.1. Conceptuación de daño moral

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una definición de daño moral, a pesar de que son varias las normas que hacen referencia al mismo como el art. 110 CP, el art. 9.3 LO 1/1982²⁹, o el art. 75.2 RDL 1/2013³⁰. Esta indefinición normativa provoca conflictos interpretativos si se tiene en cuenta, además, que el daño moral cuenta con diversas peculiaridades que lo diferencian del daño patrimonial. De ahí, la importancia de la doctrina

²⁸ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., *El acoso moral en... op. cit.*

²⁹ De 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁰ De 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

judicial en su interpretación jurídica. De hecho, el propio TS ha señalado que “la dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho”³¹.

A la hora de clasificar los daños, como es sabido, el daño emergente y el lucro cesante constituyen los dos conceptos susceptibles de indemnización más clásicos, pues el daño genera perjuicios directos, pero también puede afectar a ganancias futuras. Ambos constituyen, además, daños que son relativamente fáciles de probar y medir y, por tanto, reparables de forma bastante satisfactoria. No obstante, cuando el daño ha afectado a aspectos íntimos o afectivos, surgen dificultades en su cálculo.

En este sentido, si se acude a la labor interpretativa judicial, nuestro alto tribunal ha definido el daño moral como “todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica”³². En otras palabras, “el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido”³³. De esta forma, el daño moral se diferencia del daño corporal, aunque ambos queden encuadrados en la clasificación de los daños extrapatrimoniales.

La sala de lo social del TS, basándose en la doctrina de la sala de lo civil, ha definido el daño moral, remitiéndose a sentencias de la sala primera, como “aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como el acervo extrapatrimonial de la personalidad”, de modo que es daño moral aquel que afecta “a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas”³⁴. De ahí, que el estrés se considere una manifestación de daño moral, “tanto en su integración negativa como detracción que sufre el perjudicado no referida a daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad, como en su integración positiva de categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona”³⁵.

En definitiva, la jurisprudencia, tanto civil como social, estima que el daño corporal y, por tanto, el daño psíquico es una subespecie del daño moral. De esta forma, el daño moral

³¹ STS, sala de lo civil, de 15 de junio de 2010, rec. núm. 804/2006.

³² STS, sala de lo civil, de 22 de febrero de 2001, rec. núm. 358/1996.

³³ STS, sala de lo civil, de 15 de julio de 2011, rec. núm. 1122/2008.

³⁴ STS de 18 de julio de 2012, rec. núm. 126/2011.

³⁵ STS de 20 de septiembre de 2007, rec. núm. 3326/2006.

se identifica con el daño no patrimonial o inmaterial, de modo que la indemnización por daños y perjuicios debe incorporar todos esos aspectos.

El daño moral, tal y como apunta un sector doctrinal³⁶, se genera ante una conducta que vulnera un derecho y provoca una afectación emotiva de gran intensidad, como angustia. Por ello, el resarcimiento del daño moral exige, en todo caso, la lesión de un derecho o interés legítimo.

Pero, no toda conducta lesiva da lugar automáticamente a una compensación por el daño moral. El ordenamiento contempla instrumentos de tutela para hacer valer los derechos correspondientes, de modo que la necesidad de activar esos mecanismos de protección forma parte inherente del contenido de esos derechos.

La compensación específica por daño moral requiere que el daño presente cierta intensidad, de modo que esa faceta afectiva o íntima haya sufrido un quebranto considerable. La finalidad de la indemnización por daños y perjuicios consiste, en fin, en procurar una reparación íntegra al afectado. El eventual reconocimiento del derecho y la posibilidad de ejercitarlo es la consecuencia deseada por el ordenamiento. En caso de que el derecho no pueda ser ejercitado o cuando el ejercicio tardío no produzca una satisfacción plena, la indemnización trata de compensar las consecuencias de esa menor efectividad del derecho.

Por consiguiente, toda lesión de un derecho genera una afectación a la faceta moral, pero esa afectación o menoscabo no siempre puede ser considerada como daño propiamente. Es decir, toda lesión de un derecho provoca un daño moral, pero no todo daño moral es susceptible de compensación, pues se requiere, como se ha indicado, una intensidad o cualificación. En otras palabras, la indemnización no procede ante “situaciones de mera molestia, aburrimento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo”³⁷.

5.2. Requisitos de la indemnización por daños en el caso de acoso moral

En principio, la responsabilidad civil es imputable a todo aquél que incurra en los supuestos de hecho contemplados en los arts. 1101 o 1902 CC, es decir, quien incumpla sus obligaciones contractuales, o las cumpla deficientemente por culpa o negligencia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, y quien cause daño a otro mediando culpa o negligencia, aún sin vínculo contractual, en el área de la responsabilidad extracontractual.

Según la doctrina judicial³⁸ la responsabilidad contractual “presupone una transgresión de un deber de conducta impuesto por un contrato; la responsabilidad aquiliana, por el contrario, da idea de la producción de un daño a un tercero al margen de una previa relación jurídica y por mera transgresión del genérico deber *neminem laedere*, es decir, de la obligación de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás”.

³⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El resarcimiento de los daños Morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación (I)”, en *REDT*, núm. 167, 2014.

³⁷ STS de 31 de mayo de 2000, rec. núm. 2332/1995.

³⁸ STSJ Galicia, de 26 de abril de 2005, rec. núm. 1437/2005.

No cabe duda, tal y como se ha señalado, que en este orden de cosas, el empresario tiene un deber de protección de todos sus trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo, tal y como así se deriva del art. 14 LPRL.

Los requisitos de la responsabilidad por daños y perjuicios son, sintéticamente, la existencia de daños al trabajador, una acción u omisión que suponga un incumplimiento de obligaciones de seguridad, la culpa o negligencia empresarial, y la relación de causalidad entre la conducta empresarial y el daño sufrido, nexo que se rompe si es la imprudencia del trabajador la causante del resultado lesivo, pues en otro caso, lo que conlleva es una moderación de la responsabilidad.

Pues bien, en los supuestos de acoso moral, estos requisitos se cumplen sobradamente. Por un lado, no cabe duda, en primer lugar, de que en el acoso moral se produce un daño en el trabajador acosado, daño que queda probado con los informes médicos de las situaciones de baja, crisis de ansiedad, y depresiones sufridas. No obstante, la doctrina judicial ha señalado que se puede producir un daño por la infracción del deber de seguridad en los casos de acoso moral a pesar de que no quede demostrada su existencia, siempre que quede acreditada la relación de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento empresarial³⁹.

En segundo lugar, en cuanto a la acción u omisión que suponga un incumplimiento de las obligaciones por parte del sujeto acosador –empresario, normalmente–, puede ser probado mediante las copias de las quejas planteadas por escrito de los trabajadores, la existencia “de graves conflictos interpersonales entre la actora y otros miembros de la guardia urbana”, y la pasividad de la empresa al no realizar una evaluación de riesgos específica que incluya los riesgos de acoso moral⁴⁰. Se considera que no es suficiente que el empresario realice una evaluación general, y no incluya esta evaluación específica, ni que disponga de un protocolo de actuación contra el acoso sexual, pero no acoso psicológico, o que dicho protocolo sea realizado con posterioridad. Por tanto, todas aquellas actuaciones realizadas por el empresario con posterioridad tendientes a minimizar esas situaciones conflictivas no impiden en ningún momento la apreciación de un incumplimiento por parte del empleador. En este sentido, la jurisprudencia considera que omitir la debida evaluación de riesgos y la correlativa implantación de medios para proteger a la víctima frente a los actos violentos en el trabajo constituye un claro incumplimiento del deber de seguridad que impone el art. 14.2 LPRL, pues “esa pasividad o escasa diligencia empresarial correlativamente vulneró no solo el derecho –de naturaleza laboral ordinaria– del trabajador a su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene” y a “una protección eficaz en materia de seguridad”, así como también de su derecho fundamental a la vida y a la integridad física y a la salud⁴¹.

³⁹ STSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 1638/2015.

⁴⁰ STSJ Cataluña, de 20 de noviembre de 2017, rec. núm. 5165/2017. En el mismo sentido, STSJ Canarias, de 14 de noviembre de 2017, rec. núm. 429/2017.

⁴¹ STS de 20 de septiembre de 2007, rec. núm. 3326/2006. No obstante, paradójicamente, en la STS de 15 de diciembre de 2008, rec. núm. 178/2008, considera que “tal responsabilidad no puede basarse, como pretende la sentencia recurrida (...) en los deberes de prevención de riesgos laborales que al empresario le impone la Ley 31/95”.

Por su parte, la doctrina judicial considera que existe un incumplimiento de la deuda de seguridad del empresario cuando el empresario, simplemente, es pasivo ante la situación degradante, hostil o intimidatoria denunciada por un trabajador⁴², cuando no evalúa el impacto que los cambios introducidos en la organización e infraestructuras del trabajo tiene para los trabajadores⁴³, o cuando “se observa una inanición por parte de la empresa ante la situación del trabajador que denunció una situación de crisis, de incomodidad, de malestar ante la cual la empresa no hizo nada lo que supone que omitió actualizar cualquier mecanismo o método de prevención del riesgo psicosocial”, por lo que el incumplimiento tiene su origen en la carencia de un sistema de prevención y atención efectiva de los riesgos psicosociales, habiéndose producido por parte de la empresa una serie de actuaciones incompletas e insuficientes, mediante acciones de investigación o de información, pero sin que en ningún momento se adoptasen medidas “de atención efectiva al riesgo que se generaba”⁴⁴. Otro tipo de incumplimiento empresarial se produce cuando la identificación del riesgo psicosocial es inadecuada, puesto que el informe realizado por el servicio de prevención mancomunado no tipifica los factores psicosociales sobre los que se debe actuar, dando lugar a que la evaluación del riesgo psicosocial no se pueda realizar correctamente, y ello es debido a que la empresa utiliza un cuestionario propio, elaborado unilateralmente de forma incorrecta, sin haber solicitado el asesoramiento técnico del INSSBT⁴⁵. En este sentido, son diversos los convenios colectivos⁴⁶ que inciden en la necesidad de revisar la evaluación de riesgos ya realizada ante la aparición de estos riesgos emergentes.

Asimismo, también concurre la relación de causalidad entre la infracción y el daño, pues sin el incumplimiento en materia preventiva, el daño moral no se produciría. Así, se estima⁴⁷ que la inactividad de la empresa ante la situación del trabajador corrobora el nexo de causalidad, pues los riesgos psicosociales están estudiados y protocolizados para evitar el deterioro de la salud del trabajador, y sólo cuando el empresario haya cumplido con lo establecido quedará exonerado de responsabilidad, pues, en caso contrario, “si no los articula lo que habrá que presumir es que su omisión ha sido un elemento coadyuvante del perjuicio final y aquello lógico es pensar que si lo hubiere hecho el riesgo se hubiera mitigado, soslayado o reducido”. Por ello, la inactividad de la empresa es causa del deterioro del trabajador.

⁴² SSTSJ País Vasco, de 24 de noviembre de 2015, rec. núm. 1944/2015; País Vasco, de 2 de junio de 2015, rec. núm. 887/2015.

⁴³ STSJ País Vasco, de 3 de mayo de 2016, rec. núm. 6092/2016, pues señala que “hay que contemplar toda la incidencia que la nueva implantación tiene en los profesionales, no de manera accidental o temporal sino de manera importante”.

⁴⁴ STSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 1638/2015.

⁴⁵ STS de 16 de febrero de 2016, rec. núm. 250/2014, que indica que el empresario debe “realizar correctamente una identificación de riesgos laborales de origen psicosocial. Que una vez identificados estos riesgos, se adopten las medidas correctoras y eliminadores de los mismos. Que en el caso de quedar algunos latentes, que no se hayan podido eliminar, se efectúe una evaluación de dichos riesgos con un procedimiento que proporcione confianza sobre su resultado. Establecer, en su caso, según los resultados obtenidos en la evaluación de riesgos efectuada, las correspondientes medidas preventivas, aplicarlas o planificar su ejecución”.

⁴⁶ Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería, Resol. de 6 de julio de 2018.

⁴⁷ STSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 1638/2015.

5.3. Quantum indemnizatorio

La víctima de acoso puede exigir una indemnización por daños al empresario infractor de su deuda de seguridad. En esta indemnización tienen cabida tanto los daños materiales y corporales, que podrán ser demostrados con mayor facilidad por el acosado, que los daños morales. Este óbice deriva del carácter inmaterial y sutil propio de la esfera íntima de la persona en el que ese daño impacta. No obstante, esa condición inmaterial no ha impedido que la jurisprudencia configure el modo en que este tipo de daño puede ser indemnizado, al ser posible captar la esencia del mismo a través de la valoración de los hechos que lo exterioricen. Este criterio de valoración judicial sobre la prueba del daño moral, al no estar exclusivamente anclado al perjuicio físico o psíquico, calibra de forma más coherente el daño, puesto que la frecuente presencia de aquel perjuicio no implica su exigencia como requisito necesario para delimitar conceptualmente el acoso que centra nuestro interés⁴⁸.

La doctrina judicial tiene declarado de forma tajante que el daño moral, esto es, la angustia, el dolor, la aflicción espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos infligidos a la víctima, son estados del espíritu consecuencia de dicho daño, y ello es resarcible por el Derecho, el cual no resarce cualquier dolor, humillación o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico⁴⁹. Hoy “parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnizabilidad del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho privado. La resarcibilidad del daño patrimonial, de conformidad con el principio del resarcimiento integral, no plantea problema alguno, pudiendo ésta tener lugar in natura o mediante la reparación por equivalente con la valoración del daño en una suma de dinero, siendo ésta la forma más común. Hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa en un enriquecimiento sin causa. Es clara la postura a favor de la admisión de la reparación del daño moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o injusto. El pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un daño cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida”⁵⁰.

De esta forma, pese a que en un primer momento la doctrina civilista⁵¹ era reacia a admitir que en el marco de un contrato pudiera producirse un daño moral indemnizable, la sala primera del TS ha elaborado una amplia doctrina sobre la apreciación del daño moral y su cuantificación. De hecho, muchas veces se acude a la utilización del baremo fijado para la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que establece criterios

⁴⁸ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

⁴⁹ STSJ País Vasco, de 24 de noviembre de 2015, rec. núm. 1944/2015.

⁵⁰ STSJ País Vasco, de 24 de noviembre de 2015, rec. núm. 1944/2015.

⁵¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales*. Madrid: Civitas, 2007. p. 151.

para la determinación de dicha responsabilidad y de su indemnización. La doctrina judicial⁵² ha señalado al respecto que “no se puede confundir las bases del daño moral con su traducción económica mediante parámetros objetivos. El uso de estos parámetros resulta inconveniente para determinar el sufrimiento ocasionado a la trabajadora por el hostigamiento y su repercusión en las esferas personal, familiar y social. La dificultad de medición objetiva, más bien imposibilidad, no debe por supuesto impedir su indemnización, pues el daño moral resulta tan real como otra y la reparación de las consecuencias derivadas del atentado, exigida por el art. 180.1 LPL, no se consigue si se ignora o minusvalora. Por eso, basta con alegar y acreditar las bases del daño”.

En orden a la valoración del daño moral deben diferenciarse dos etapas. Por un lado, debe verificarse que el daño se ha producido, que puede ser imputado a un responsable y que es susceptible de resarcimiento, y por otro lado, ha de determinarse el importe de la indemnización. De ahí, la necesidad de realizar “una actividad de apreciación por parte del órgano judicial, habida cuenta de que no existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el menoscabo en que consiste el daño moral”⁵³. Entre esos parámetros debe valorarse la gravedad del daño, el beneficio obtenido por el infractor o la eventual culpabilidad de la víctima⁵⁴. Por ello, la importancia de que la sentencia sea motivada y se indiquen los criterios de valoración.

La cuantificación del daño moral sin criterios más fiables que la razonabilidad del juzgador introduce un elemento de inseguridad. Por ello, la jurisprudencia civil señaló que “los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden tener valor orientador para la fijación del pretium doloris y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad”⁵⁵. Este baremo, concebido para los accidentes de circulación se convierte, de hecho, en la principal referencia a la hora de valorar los daños. Este baremo diferencia entre indemnizaciones básicas por muerte, indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, e indemnizaciones por incapacidad temporal, recogiendo en cada caso que dentro de la cuantía se comprenden los daños morales. Asimismo, se contempla un factor de corrección vinculado a los perjuicios morales que pueden sufrir los familiares y que deben proporcionarles los pertinentes cuidados.

Por consiguiente, la aplicación del baremo no permite una compensación diferenciada del daño moral, que se considera comprendido “en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al sistema”, salvo que así se admita expresamente, por configurarse el daño moral como un concepto independiente en el propio baremo. De este modo, esos daños morales complementarios se generan exclusivamente en los supuestos en que están previstos expresamente y, por tanto, como factor de corrección que tiene como “objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales”, si bien “la falta de vertebración de los

⁵² STSJ Asturias, de 13 de octubre de 2006, rec. núm. 1471/2006.

⁵³ STS, sala de lo civil, de 30 de noviembre de 2011, rec. núm. 2155/2008.

⁵⁴ STS de 14 de julio de 2009, rec. núm. 3576/2008.

⁵⁵ STS, sala de lo civil, de 30 de noviembre de 2011, rec. núm. 2155/2008.

tipos de daños de que adolece el sistema de valoración descarta que los cubra únicamente y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima aun cuando no sea su finalidad única, ni siquiera principal”⁵⁶.

De cualquier modo, debe precisarse que, cualquiera que sea la cuantía de la indemnización, su finalidad no será nunca resarcitoria, sino compensatoria, pues el carácter inmaterial de los bienes jurídicos que, de modo invariable, son objeto de lesión, esto es, la dignidad y la integridad moral, no pueden ser estrictamente restituidos dada su naturaleza, operando aquí la indemnización como una ayuda que sólo alcanza a paliar el daño producido por el acoso. En segundo lugar, la modulación de la cuantía indemnizatoria no se efectúa sobre la base de una diversa entidad axiológica de dichos bienes en cada supuesto de acoso, sino en función de la distinta censura a que se haya hecho acreedora la conducta lesiva, ya que toda persona física exhibe la titularidad de tales bienes merced a su condición humana. En tercer lugar, la indemnización derivada de la acción extintiva del contrato de trabajo ex art. 50 ET, es compatible con esta indemnización por daños y perjuicios⁵⁷, pues la finalidad de aquella es la pérdida del empleo, finalidad distinta de la reclamación por daños morales, de tal forma que en estas situaciones “han de valorarse con separación los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador que se concretan en el padecimiento psíquico derivado del comportamiento empresarial que genera la extinción contractual”⁵⁸. Por tanto, en los casos de interrupción, modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo derivados del acoso darán lugar a una doble indemnización, esto es, la derivada del daño patrimonial que experimente la estabilidad en el empleo del trabajador, y la conexas con la violación de su derecho a la integridad moral.

Ante la dificultad a la hora de valorar los daños morales, el TS⁵⁹ elaboró una doctrina que buscaba determinar cómo indemnizar las lesiones permanentes incluyendo tanto el lucro cesante, como el daño moral, entendiendo que había de hacerse una ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar a qué parte de la cantidad reconocida obedecía el lucro cesante y a qué otra los daños morales. No obstante, siendo consciente de que esa doctrina no ofrecía completa claridad, posteriormente, ha abandonado dicha técnica de reparto y ha optado por un criterio de atribución al concepto de daños morales de las valoraciones orientativas del baremo⁶⁰. Así se estima que el importe de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes “no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente”. Asimismo, “el factor corrector de la Tabla IV exclusivamente atiende al daño moral que supone –tratándose de un trabajador– la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente –en la cuantía que el tribunal determine, de entre el

⁵⁶ STS, sala de lo civil, de 19 de septiembre de 2011, rec. núm. 1232/2008.

⁵⁷ STS de 17 de mayo de 2006, rec. núm. 4372/2004.

⁵⁸ STS de 17 de mayo de 2006, rec. núm. 4372/2004.

⁵⁹ STS de 17 de julio de 2007, rec. núm. 4367/2005.

⁶⁰ SSTs de 23 de junio de 2014, rec. núm. 1257/2013; de 20 de noviembre de 2014, rec. núm. 2059/2013.

máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el baremo— a reparar el indicado daño moral”⁶¹.

De cualquier forma, debe resaltarse que la aplicación del baremo previsto para los accidentes de circulación es una opción, no una exigencia, y en caso de que el juez de lo social decida acudir a él su carácter es “orientador no vinculante en la medida en que los órganos judiciales del orden social podrán apartarse razonadamente de sus criterios, incrementando incluso los niveles de reparación previstos, dadas las particularidades de la indemnización adicional de los accidentes de trabajo, que opera en el marco de la responsabilidad por culpa y dentro de obligaciones cualificadas de seguridad. Lo importante es que el juzgador razone su aplicación del baremo y su apartamiento de él, para lo que debe hacer una aplicación vertebrada de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado y razonando las modificaciones que considere necesario establecer”⁶². Y en caso de acudir al baremo, debe recordarse que el daño moral se encuentra comprendido dentro de las indemnizaciones generales, de modo que sólo a través de los factores de corrección puede obtenerse un resarcimiento adicional por el perjuicio inmaterial. Sin embargo, debe tenerse presente que el baremo “da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto”⁶³, pues “cuando se trata de daños morales, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las invocaciones genéricas a la prudencia del juzgador y a la ponderación ecuaníme de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias”.

En definitiva, en la valoración del daño moral, el órgano judicial atenderá a las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, siendo este el criterio seguido por la doctrina judicial mayoritaria. Así se ha determinado la existencia de ciertos elementos como criterios objetivos para valorar la indemnización del daño moral, como la gravedad de la lesión física, o el beneficio obtenido por el agresor. No obstante, junto a estos criterios objetivos, también existen otros subjetivos, como las circunstancias de la víctima, lo cual aporta una cierta discrecionalidad en la valoración del órgano judicial⁶⁴.

Así, se ha estimado una indemnización de 25.000 euros por daños materiales y morales derivados de acoso⁶⁵, aunque también, no obstante, en otros casos, se han establecido indemnizaciones meramente simbólicas. La función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral a la víctima se trata de una satisfacción por la aflicción y la ofensa sufrida, que le otorga no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida⁶⁶. No creo que sea esta última opción la más recomendable, si se pretende que la misma cumpla una función preventiva de futuras conductas.

⁶¹ SSTs de 23 de junio de 2014, rec. núm. 1257/2013; de 20 de noviembre de 2014, rec. núm. 2059/2013.

⁶² STS de 15 de enero de 2014, rec. núm. 917/2013.

⁶³ STS de 17 de julio de 2007, rec. núm. 4367/2005.

⁶⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El resarcimiento de los... *op. cit.*”

⁶⁵ SSTSJ Cataluña, de 20 de noviembre de 2017, rec. núm. 5165/2017; País Vasco, de 24 de noviembre de 2015, rec. núm. 1944/2015.

⁶⁶ STSJ País Vasco, de 24 de noviembre de 2015, rec. núm. 1944/2015.

6. CONCLUSIÓN

Los riesgos derivados de acoso moral constituyen una de las facetas más complejas con las que se enfrenta la prevención de los riesgos psicosociales, especialmente, por el fuerte componente subjetivo, manifestación de daño moral, que exige una concreción máxima de los hechos en cada caso concreto, no sólo para determinar su existencia sino también para establecer medidas preventivas eficaces de cara a su eliminación o, al menos, su prevención.

Tal y como se deriva de la recién doctrina judicial, el empresario es un deudor de seguridad frente a este tipo de riesgo psicosocial, deuda que se concreta, entre otras manifestaciones, en la obligación de realizar una adecuada, correcta y completa evaluación de riesgos psicosociales vinculados con el acoso moral, so pena de ser condenado a indemnizar a la víctima acosada de los daños morales causados, con cuantías que pueden llegar a 25.000 euros.

De ahí, la importancia de crear una cultura preventiva que impregne a toda la plantilla, incluyendo a todos los mandos jerárquicos y trabajadores de a pie.

En este sentido la negociación colectiva parece que vaya asumiendo, en cierta forma, la necesidad de luchar contra el acoso moral en el trabajo, reconociendo como un derecho de los trabajadores, vinculado a la dignidad y la integridad física y moral, y configurando, como contraposición, una responsabilidad del empresario garantizar unas condiciones adecuadas de trabajo, la protección frente a estas conductas humillantes y vejatorias. En este sentido, se define el acoso como *“la situación de hostigamiento que sufre un trabajador en el ámbito laboral, sobre el que se ejercen conductas de violencia psicológica de forma sistemática, recurrente y durante un tiempo prolongado y que le conducen al aislamiento y extrañamiento social en el marco laboral, pudiendo causarle enfermedades psicosomáticas y estados de ansiedad y depresión, con el fin de provocar que la persona afectada abandone el puesto de trabajo”*⁶⁷ y se establece que *“las empresas, junto con los representantes de los trabajadores, deben trabajar en implantar políticas, con distribución de normas y valores claros en todos los niveles de la organización, que garanticen y mantengan entornos laborales libres de acoso, donde se respete la dignidad del trabajador y se facilite el desarrollo de las personas”*⁶⁸.

En este sentido, son muchos los convenios que han creado protocolos de acoso moral que definen correctamente la evaluación de riesgos, los factores de riesgo psicosociales, y fijar las medidas preventivas en cada caso concreto, que pasan por la gestión del conflicto para evitar que aparezca el acoso moral. Se trata, en fin, de erradicar las conductas de acoso moral mediante medidas preventivas.

En definitiva, la finalidad de los protocolos no es más que crear entornos laborales seguros, sanos y positivos, estableciendo para ello mecanismos para detectar, evaluar y hacer frente a este riesgo psicosocial.

⁶⁷ Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, Resol. de 29 de mayo de 2018.

⁶⁸ Convenio colectivo del sector de grandes almacenes, Resol. de 21 de septiembre de 2017.

Otra forma de actuar frente al acoso por parte de las empresas, y cumplir así su deuda de seguridad, lo es a través de la asunción de políticas preventivas dentro del marco denominado actualmente como “Responsabilidad Social Corporativa”. El *Libro Verde de la Comisión Europea* define esta actuación como “la integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en las relaciones con sus interlocutores”⁶⁹.

Las acciones sociales que realizan las empresas se despliegan en dos frentes diferentes. Uno externo a través de la inversión en obras sociales que llevan a cabo en el entorno en que despliega la actividad de la empresa, y otro interno, mostrando una actitud responsable hacia sus trabajadores. De esta manera, las empresas respetan y se preocupan por sus trabajadores, con el fin de lograr un trato que respete su dignidad y su integridad moral. A tal fin, surgen los códigos de buenas prácticas, o códigos éticos o de conducta, donde se recoge el compromiso ético de la empresa y se introducen los parámetros de comportamiento a seguir por toda la plantilla de la entidad.

⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, 2001. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=ES>

El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su función Benefit surcharges: a look at their function

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDA SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

En el presente artículo se aborda el régimen jurídico del recargo de prestaciones derivado de responsabilidad empresarial por incumplimiento de normas preventivas.

El análisis replantea y actualiza algunos de los debates clásicos en torno a este recargo que se configura como un complemento a las prestaciones de seguridad social, no asegurable y a cargo del empresario infractor.

Reiteradamente se debate acerca de la naturaleza del recargo de prestaciones y de los problemas que plantea su régimen jurídico, que han llevado a algunas posiciones a postular su desaparición, pero en este trabajo se intenta buscar una respuesta actual que tenga en cuenta la función jurídica, y en consecuencia social, que cumple el recargo de prestaciones, como institución destinada no a sancionar al empresario ni a indemnizar al accidentado, aunque puedan producirse ambos efectos, sino esencialmente a garantizar el cumplimiento de las normas preventivas y a incentivar en consecuencia la lucha contra los riesgos laborales.

Esa función es la que debe dar coherencia al régimen jurídico del recargo y así se defiende en el presente trabajo.

Abstract

This article deals with the legal procedure regarding benefit surcharges arising from corporate responsibility for non-compliance with preventive regulations.

This analysis rethinks and updates some of the classic debates surrounding this surcharge which is designed as a complement to social security benefits, uninsurable and under the responsibility of the offending employer.

There is repeated debate about the nature of the benefit surcharge and the problems posed by its legal system, which have led some to postulate its disappearance, but in this paper we try to find a contemporary answer which takes into account the legal, and consequently social function, performed by benefit surcharges. Here we look upon it as an institution intended not to penalize the employer or to compensate the injured party, although both effects may occur, but rather a method to ensure compliance with the preventive regulations and to thus encourage the fight against occupational hazards.

This function is what should give a sense of logic to the legal system of the surcharge and is thus defended in this paper.

Palabras clave

Accidente de trabajo; seguridad y salud; prevención de riesgos laborales; responsabilidad; recargo de prestaciones

Keywords

Work accident; safety and health; prevention of occupational hazards; responsibility; benefit surcharges

1. LA FUNCIÓN JURÍDICA DEL RECARGO DE PRESTACIONES

La protección de la vida, salud e integridad física del trabajador debe hacerse, no sólo desde una óptica reparadora que atienda a las consecuencias del accidente o enfermedad, sino también desde una óptica preventiva que busque que el daño no se produzca. A este efecto, el elenco de responsabilidades del empresario por los daños que sufra el trabajador como consecuencia de su actividad debe servir, sobre todo, para incentivar el cumplimiento de las normas preventivas.

Ello permite, además, diferenciar dos vertientes sobre las que luego volveré: una, la protección de la víctima o sus familiares una vez producido el accidente, es, pues, una

vertiente individual; otra, que me parece esencial, la protección del colectivo de trabajadores expuestos al riesgo, es, pues, una vertiente colectiva y preventiva.

Para situar el recargo debe tenerse en cuenta que la legislación de Seguridad Social no sólo establece unas prestaciones que atienden a la situación contingencial derivada del daño profesional, sino que contempla otras previsiones destinadas a conseguir el grado más elevado posible de cumplimiento de las normas sobre seguridad y salud laboral; de estas previsiones, la más importante es la que establece el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en la redacción del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en lo sucesivo TRLGSS) que prevé un recargo de entre un 30% y un 50% en las prestaciones económicas de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se haya producido por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal del trabajo, habida cuenta de sus características, y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

El elevado número de situaciones en que se discute la aplicación de este recargo y los problemas que en torno a él se plantean aconsejan unas reflexiones centradas en los problemas aplicativos que los situé desde la perspectiva de la función que cumple este recargo lo que permite dar una solución coherente y sistemática a esos problemas.

1.1. El recurrente debate sobre la naturaleza del recargo

Se ha discutido ampliamente si este recargo es de naturaleza punitiva o indemnizatoria¹.

Cada una de las posturas podría tener consecuencias en cuanto a la forma de interpretar su aplicación y a la compatibilidad con otras responsabilidades. Por ejemplo, si se le atribuye carácter sancionador, ¿cabe otra sanción adicional: penal o administrativa? Si se le atribuye naturaleza indemnizatoria, ¿qué indemniza?; si indemniza los daños sufridos por el trabajador, ¿cabe otra indemnización en concepto de responsabilidad civil?

¹ Para ver un amplio resumen del debate doctrinal al respecto, consúltese entre otros y por todos, MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas” en VV.AA. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA G. (dirs.) Tomo I, Murcia, Laborum, 2017; ROMERO RODENAS M. J. *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*, Bomarzo, Albacete, 2010; PURCALLA BONILLA, M. A. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Granada, Comares, 2000; HURTADO GONZÁLEZ, L. “La naturaleza resarcitoria del recargo de prestaciones por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales”, en VV.AA. “La ley de Prevención de Riesgos Laborales” ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), Sevilla, *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 1997, pp. 631 y ss. y MOLINA NAVARRETE, C. “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva modernidad de una institución jurídica clásica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 79/1996, pp. 787 y ss., y la doctrina citada en todos ellos.

Los órganos judiciales, en general, se pronunciaban por el carácter sancionador². En ese sentido son claras la STC 158/1985, de 26 de noviembre y la STS (Social) 8-4-93, RJ 1714.

Además, el recargo ya era conocido anteriormente y el Reglamento de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22-6-56, expresamente lo calificaba de sanción para el empresario.

También parecen conducir a esa conclusión su tasación independiente de los daños reales y la necesidad de que se reconozca por una autoridad pública y mediante el correspondiente procedimiento administrativo, que puede ser instado por el Inspector de Trabajo (art. 22.9 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y art. 27 del Reglamento aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo –que sigue en vigor hasta que se produzca un nuevo desarrollo reglamentario en la materia–), así como la imposibilidad de aseguramiento.

Si todo lo anterior parecía incidir en la vertiente punitiva, se plantea una duda que suscita la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) que, en el art. 42.3 parece incluir al recargo entre las indemnizaciones, al señalar que las responsabilidades administrativas “serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social”, pero entiendo que no debe atribuirse a esa afirmación más importancia que la de una mera imprecisión que no puede alterar, por sí sola, unas conclusiones ampliamente asentadas acerca del carácter de este recargo ni prevalecer sobre el régimen específico legalmente previsto para el mismo, cuestión sobre la que volveré.

En todo caso, el carácter predominantemente punitivo que se reconocía no excluía que el recargo tuviese una naturaleza compleja, mixta, similar con los “daños punitivos” del derecho anglosajón³, participando de muchos elementos propios de las indemnizaciones.

Se entendía que se vendría así a indemnizar unos daños, pero con carácter sancionador y esa sanción serviría también para jugar un papel disuasorio e incentivador del cumplimiento de las normas de prevención, papel que parece esencial y que es el que debe retenerse, en mi opinión.

Más modernamente la jurisprudencia ha venido reconociendo que el recargo tiene una naturaleza compleja, pudiendo distinguirse hasta tres componentes diferentes.

Así se razonará por el Tribunal Supremo que: *“pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria] y*

² Por ejemplo, SSTSJ (Galicia) 30-1-98, 20-2-98, 31-3-98, AS 283, 120 y 1037 y 11-10-96, AS 3605; (Valencia) 1-10-96, AS 2995; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (Cataluña) 16-4-98 y 21-5-98, AS 2369 y 2082 y 4-7-96, AS 2908; (Andalucía/Málaga) 13-3-98, AS 978; (Asturias) 15-5-98, AS 1446; (País Vasco) 17-3-98 y 15-4-98, AS 1302 y 2026, etc.

³ Naturaleza compleja que ya se razonó por MONEREO PÉREZ, J. L. en “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, Madrid, Civitas, 1992 y más recientemente en la obra anteriormente citada.

articularse su gestión –reconocimiento, caracteres y garantías– en forma prestacional”. Se razona sobre los datos normativos que inclinan en la actualidad a hacer prevalente el aspecto prestacional y a este efecto señala “la Sala ha entendido más adecuado mantener la naturaleza plural del recargo –resarcitoria y preventivo/punitiva– sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario a los efectos aquí tratados, en tanto que la Sala se decanta ... por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos –la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo– ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva”⁴.

Incluso, como se verá, en la jurisprudencia más reciente se hace prevalecer la faceta prestacional, especialmente cuando se analizan aspectos relativos a los efectos económicos hacia la persona destinataria de la prestación (prescripción, retroacción de los efectos, sucesión en la deuda, etc.).

De todas formas, el problema de su naturaleza no tiene tantas consecuencias prácticas, pues la ley y la jurisprudencia abordan ampliamente los problemas aplicativos del recargo, por lo que incluso el Tribunal Constitucional ha considerado en algún caso ocioso entrar en el debate acerca de su naturaleza⁵.

Desde luego, no parece que en el estado actual, pueda ampararse una interpretación y aplicación en los términos estrictos establecidos en la ley y de carácter restrictivo amparada en una naturaleza punitiva que, como se ha visto, es más compleja.

Lo que sí puede sostenerse es que la aplicación e interpretación del recargo y su régimen jurídico, se haga atendiendo a su finalidad esencial y ahí los aspectos preventivos deben ser los determinantes, como razonaré seguidamente.

1.2. La función del recargo

Si entendemos que en la materia el elemento esencial que hace mantener el recargo en la actualidad es la incentivación de la prevención, ello permite concluir que no es la regulación la que debe adaptarse a la supuesta naturaleza que se atribuya al recargo, sino, al contrario, esa naturaleza debe adaptarse a la regulación y si hace falta habrá que convenir que la naturaleza responde a una categoría mixta, compleja, novedosa si se quiere, creada por el ordenamiento positivo, algo que obviamente este puede hacer.

Desde esa perspectiva no será la naturaleza la que nos permita solventar los problemas interpretativos y aplicativos, pues al ser compleja permitiría sostener interpretaciones contradictorias.

⁴ Al respecto SSTS 20-4-2017, Rec. 1826/2015; 8-6-2016, Rec. 1103/2015, etc. Normalmente se cita la jurisprudencia y doctrina judicial que ha dado origen a una línea interpretativa, o que es ejemplo de los problemas expuestos, o que se produjo en los momentos próximos o inmediatamente posteriores a los cambios legislativos en materia preventiva, actualizándola en los casos en los que se han producido evoluciones normativas o jurisprudenciales.

⁵ Véase STC 81/1995, de 5 de junio (BOE 8 de julio) en la que se analizaba cuestión tan polémica como la extensión de responsabilidad en los supuestos de contrata.

La solución a esas cuestiones, por otra parte, no es un problema grave pues el régimen jurídico-positivo es bastante completo y los problemas en su mayor parte pueden solucionarse atendiendo al mismo, lo que ha evitado, además, que las propuestas de reforma o desaparición del recargo encontrasen fundamento en problemas aplicativos generalizados o de excepcional intensidad⁶.

Pese a lo que acabo de exponer, es cierto que hay problemas que deben ser abordados de forma coherente y ello obliga a reflexionar que, como dije, la solución no puede venir de la posición en torno a la naturaleza del recargo, sino de la función esencial que este cumple y de la técnica que utiliza para garantizar esa función.

Me parece difícil discutir que la función esencial del recargo es, como avancé, la de garantizar e incentivar la prevención colectiva; es decir, incentivar al empresario, que es el deudor de seguridad por excelencia en las relaciones laborales, a cumplir su deuda de seguridad con la mayor atención posible; se potencia así la vertiente colectiva, la de protección del colectivo sujeto a riesgo, mediante una prevención eficaz; desde esa perspectiva no importa tanto el accidentado, la víctima, como la evitación del accidente, la protección frente al riesgo.

Para conseguir esa finalidad la técnica que se utiliza es actuar sobre la relación entre los costes de la prevención y los costes de la no prevención, elevando estos mediante un recargo de prestaciones –que es innegablemente caro–, lo que disminuye y abarata –relativamente y por comparación con los primeros– los costes de la prevención, que ciertamente existes y pueden desincentivar el recurso a medios caros aunque posibles.

Para influir sobre esos costes se ha buscado un método original, establecer una indemnización adicional –y por ello compatible– a favor de personas concretas, las que han padecido las consecuencias del accidente y que, por ello, tendrán interés en reclamar ese incremento prestacional, lo que facilita que el mismo se produzca y se exija, dándole así la mayor eficacia desde la intencionalidad de que el empresario advierta claramente que el coste de la no prevención puede resultar muy caro.

La función es, pues, colectiva, la protección de todos los trabajadores; la técnica incide en la vertiente individual, garantizar el percibo de unas cantidades a los dañados mediante un recargo de sus prestaciones de seguridad social.

Tener en cuenta esa función colectiva y su garantía mediante una técnica inividualizada, permite dar coherencia al recargo y los problemas que plantea su aplicación cotidiana, lo que en buena parte ha sido percibido por la solución judicial a los mismos; a la hora de valorar cuándo se debe aplicar el recargo, los sujetos responsables, la valoración de

⁶ Como paradigma de estas propuestas véase VV.AA. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, DURÁN LÓPEZ, F. (ed.), Madrid, Ministerio de Presidencia-BOE, 2001; en otras opiniones, con similar conclusión sobre la posibilidad de supresión entendiendo que las actuales reglas sobre el proceso laboral permitirían una adecuada protección del trabajador mediante la indemnización de daños, con reparación íntegra de los mismos, por todos Valdeolivas García, Y. “La responsabilidad por daños en la Seguridad Social”, en AEDTSS *La responsabilidad por daños en las relaciones de trabajo*, Madrid, Cinca, 2013, especialmente pp. 302 y 303.

la imprudencia del trabajador, etc., lo esencial es atender a la función del recargo y contemplar esos problemas desde la vertiente colectiva, lo que nos lleva a buscar la solución que más garantice el cumplimiento de las obligaciones preventivas y más proteja al colectivo en riesgo; cuando abordemos problemas concretos de la técnica aplicada, es decir la vertiente individual, la compensación adicional a la víctima, es lógico que apliquemos soluciones coherentes con la técnica aplicada y nos situemos en lo que utiliza el legislador, la dinámica propia de las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que problemas como la base sobre la que debe girar el recargo, su capitalización, su fecha de efectos, el plazo de prescripción, etc., deben ser resueltos mediante la aplicación de las soluciones apropiadas a estas prestaciones.

Si se actúa así, es fácil solucionar cualquier problema aplicativo o entender la lógica del legislador e incluso de muchas actuaciones judiciales que son coherentes con cuanto acabo de exponer.

El mantenimiento o supresión del recargo no vendrá, pues, de los problemas aplicativos que plantea, que realmente o no existen o tienen solución adecuada, sino, en su caso, de que se entienda que sigue siendo necesaria la función jurídica y social que cumple y, por desgracia, las estadísticas de siniestralidad laboral parecen conducir a entender que en la actualidad sigue siendo necesario.

2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECARGO DE PRESTACIONES

Los elementos configuradores que me parecen esenciales son los que a continuación se analizarán.

2.1. Presupuestos para su imposición: incumplimiento y prueba del mismo

Es claro que el recargo lo es sobre prestaciones de la Seguridad Social y éstas nacen de una responsabilidad empresarial objetivada, pero el recargo responde a la existencia de culpa empresarial y por ello hay que tomar cuenta las siguientes circunstancias:

1ª) Para su reconocimiento ha de existir un previo incumplimiento de las obligaciones preventivas del empresario que siempre se habrá debido a dolo o negligencia; por tanto, si no puede imputarse a la empresa dolo o negligencia, no debe reconocerse el recargo⁷.

De hecho, además, no debe identificarse incumplimiento empresarial de obligaciones preventivas, que es lo que motiva el recargo, con infracción administrativa, que es lo que motiva la sanción administrativa y responde a una exigencia de tipicidad; el concepto de incumplimiento normalmente lleva aparejada una infracción pero, en sí, es más amplio y es el operativo a efectos de este recargo⁸.

⁷ Por todas, STS 25-4-18, Rec. 711/2016, y en la doctrina judicial, por ejemplo, SSTSJ (Valencia) 12-7-94, AS 3233 y 16-4-96, AS 1976; (Cataluña) 16-4-98, AS 2369 y 17-1-95, AS 328; (La Rioja) 25-5-95 y 5-12-95, AS 1798 y 4606; (Extremadura) 15-11-95, AS 4247 y 10-7-95, AS 2711; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (País Vasco) 17-6-97, AS 1883; (Andalucía/Sevilla) 18-12-97, AS 5000, etc.

⁸ STS 25-4-18, Rec. 711/2016.

2ª) Debe entenderse superado el debate acerca de si la infracción debe ser de alguna norma expresa o concreta o puede considerarse suficiente el incumplimiento de obligaciones generales del empresario; la actual doctrina judicial, con pleno acierto, pues es lo más coherente con la función preventiva que, como he dicho, parece la esencial del recargo, considera que basta la inobservancia de medidas generales a las que todo empresario está obligado pues ha de garantizar la máxima eficacia y la más perfecta organización de la debida prevención de riesgos, lo que se ajusta a la regulación de la vigente LPRL, conduciendo a un deber casi incondicionado y prácticamente ilimitado, que en mi opinión puede resumirse señalando que el empresario debe hacer todo lo que sea posible en atención a los riesgos previsibles, por lo que, para no incurrir en responsabilidad, el empresario deberá acreditar que el resultado lesivo se ha debido a fuerza mayor, caso fortuito, negligencia exclusiva y no previsible del trabajador o culpa exclusiva de terceros no evitable por él⁹, criterios que, como se analizará, se asumen en la actualidad en el art. 96.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de octubre (LRJS).

3ª) Aunque es una responsabilidad tasada, no tiene una cuantificación absolutamente rígida, sino que se cuantifica entre un máximo (50%) y un mínimo (30%) en atención a la gravedad del incumplimiento, pero sin que ello suponga un automatismo o relación de proporcionalidad directa con la calificación de la infracción administrativa y el grado de la sanción impuesta, como se verá.

4ª) No basta la existencia de daños e infracción, sino que hay que probar el nexo causal entre ellos, es decir que la infracción ha ocasionado o agravado el accidente o que, de no haber concurrido, el accidente no se hubiese producido o se hubiesen minorado sus consecuencias¹⁰. En este sentido, el caso paradigmático que demuestra que el nexo causal no radica tanto en que la infracción haya desencadenado el accidente o la enfermedad, como en el hecho de que la falta de medidas preventivas pueda haber ocasionado un incremento de los daños o influido en los mismos, se da en las sentencias que han contemplado supuestos de atraco lo que, al estar el trabajador en el puesto de trabajo conduce ya a un presupuesto de causalidad, constituyendo el atraco un riesgo profesional¹¹, sobre el que lógicamente el trabajador debería haber recibido formación e información lo que puede explicar la existencia de responsabilidad empresarial ante un hecho que, ciertamente es inevitable, pero no imprevisible¹².

⁹ Al respecto, por todas, STS 30-6-10, Rec. 4123/2008. En parecidos términos, por ejemplo, SSTS 24-1-12, Rec. 813/2011; 9-6-14, Rec 871/2012, etc. Ya con anterioridad se entendía así en otras sentencias, por ejemplo STS 26-3-99, Rec. 1727/1998.

En la doctrina, dando cuenta de la evolución jurisprudencial, por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. pp. 611 y 612.

En algunas opiniones se resalta que esa interpretación se ajusta a la necesidad de un enjuiciamiento riguroso de las vulneraciones de normas preventivas, en atención a la importancia de estas últimas; al respecto, por todos, RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social encaso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en VV.AA. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Pérez Alonso, M.A. (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, especialmente pp. 146 y 147.

¹⁰ Al respecto, refiriéndose a ese nexo causal y/o a la relación que debe haber entre la infracción y el accidente, la doctrina judicial es muy amplia; véanse, entre otras muchas, SSTSJ (Valencia) 12-7-94, AS 3233; 27-1-95, AS 358 y 1-10-96, AS 2995; (País Vasco) 17-3-98, AS 1302; 4-7-95, AS 3137; 13-2-96, AS 269 y 14-5-96, AS 3121; (Cataluña) 6-2-96, AS 406; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (Galicia) 11-10-96, AS 3605; (Castilla y León/Burgos) 26-1-98, y 6-4-98, AS 37 y 1366; etc.

¹¹ Al respecto, por ejemplo, SSTS 12-6-13, Rec.793/2012.

¹² STS 25-6-08, Rec. 70/2007.

Ese nexos puede quedar destruido por las conductas del trabajador que puedan ser calificadas de imprudencia temeraria que excluye el concepto de accidente de trabajo y, por tanto, el recargo. Incluso, si el accidente se debió exclusivamente a imprudencia del trabajador, sin que concurriese infracción empresarial, hasta ahora se entendía que no procedía reconocer el recargo¹³, y lo mismo cuando los daños se debían a imprudencia exclusiva –o concurrente con la del propio afectado– de otro trabajador¹⁴. No obstante lo anterior, ahora hay que tener en cuenta, en ambos casos, la obligación empresarial de prever los descuidos o imprudencias no temerarias del trabajador –de cualquier trabajador no solo del accidentado– (art. 15.4 LPRL), por lo que habrá que extremar el rigor a la hora de exonerar de responsabilidad al empresario en estos supuestos, de conformidad igualmente con lo que se deriva del actual art. 96.2 de la LRJS¹⁵.

5ª) No puede presumirse la existencia de infracción. Por tanto, si no constan las circunstancias en que sobrevino el accidente, no podrá establecerse el recargo, sin que tampoco pueda presumirse la causa del accidente, salvo que, pese a ignorarse con absoluta certeza como ocurrió, resulte claro que se omitieron medidas preventivas que hubiesen evitado o minorado los daños¹⁶.

6ª) En principio, la carga de la prueba debería recaer sobre quien reclame el recargo por entenderse que deriva, claramente, de la culpa empresarial¹⁷, pero esto en la actualidad

¹³ Al respecto, SSTS (Social) 6-5-98, RJ 4096, 21-4-88, RJ 3010 y 20-3-85, RJ 1356. Pero claro es, como se matiza, la imprudencia temeraria no es equiparable a la mera confianza profesional que conduce a un simple descuido ni exonera de responsabilidad al empresario cuando, aun concurriendo ese descuido o imprudencia simple del trabajador, exista también una infracción preventiva atribuible al empresario como resuelven modernamente, por ejemplo, SSTS 4-5-2015, Rec. 1281/2014 y 9-6-14, Rec. 871/2012, entre otras y en la doctrina judicial, SSTSJ (Cataluña) 21-10-16, JUR 32999, Rec. 4398/2016; (Andalucía/Sevilla) 14-12-17, AS 2018/80, Rec. 3820/2016; (Galicia) 19-6-15, AS 1182, Rec. 4741/2014 –importante pues analiza la posibilidad de una medida de prevención no obligatoria pero que hubiera sido recomendable y la consideración de que los excesos de velocidad normales no son imprudencia temeraria–.

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, SSTSJ (Galicia) 20-2-98, AS 120; (Valencia) 25-3-96, AS 564; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (País Vasco) 19-11-96, AS 3766. Por el contrario, más acertadamente, no entiende que exonere de responsabilidad la concurrencia de imprudencia de otro trabajador, STSJ (Madrid) 23-2-95, AS 833. En mi opinión, nuevamente el debate debe reconducirse a la obligación empresarial de prevención sobre los descuidos o imprudencias no temerarias de cualquier trabajador.

¹⁵ Lo que ha permitido a cierta doctrina volver a afirmar que prácticamente solo la imprudencia temeraria del trabajador exonera de responsabilidad en estos casos al empresario, tal como razonan LUQUE PARRA, M. y GINÉS FABRELLAS, A. “Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 2/2014, p. 11.

¹⁶ En la doctrina se hace referencia a esta conclusión en relación con riesgos como los producidos por el amianto; en muchos casos es imposible establecer directamente un principio de causalidad, pero sí que, al menos, se omitieron medidas que podían haber impedido que los daños se produjesen en todo o en parte. Al respecto RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, op. cit. pp. 149 y 150, con cita y coincidiendo con jurisprudencia como SSTS 16-1-12, Rec. 4142/210 y 18-5-11, Rec. 2621/2010. También puede aludirse aquí a riesgos como los derivados del acoso y en general a todos los riesgos psicosociales en los que lo fundamental, como razona STSJ (Cataluña) 10-7-12, Rec. 5037/2011, confirmada por STS 4-3-14, Rec. 788/2013, es si se adoptaron las medidas preventivas necesarias, faltando en el caso concreto la evaluación de riesgos psicosociales. Sobre la posibilidad del recargo en situaciones de acoso, con cita de otras opiniones doctrinales y doctrina judicial a la que remito, puede verse específicamente MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 610.

¹⁷ MOLINER TAMBORERO, G. “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 19/1996, p. 397, defendió el carácter objetivo de esta responsabilidad, si bien, como matiza más adelante, en el sentido en

(...)

debe ser muy matizado; ya antes los criterios tradicionales sobre la carga de la prueba podían revisarse, especialmente aplicando las reglas sobre “facilidad de la prueba” que deben conducir a que esta recaiga sobre el empresario, que será quien deberá probar el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sin que, desde luego, deba exigirse al trabajador la prueba de que su conducta tuvo toda la diligencia necesaria, pudiendo además admitirse que, salvo prueba en contra, el trabajador no es el causante de los daños que ha sufrido. Abunda en esta idea la obligación que pesa en la actualidad sobre el empresario de investigar y aclarar las consecuencias de cualquier daño laboral sufrido por los trabajadores (art. 16.3 LPRL). Es más, hacer recaer la prueba del cumplimiento sobre el empresario es lo lógico si atendemos a su situación de deudor de seguridad, que cabe extender a cualquier otro sujeto obligado a adoptar medidas preventivas hacia el trabajador. Únase a ello que el empresario dirige el proceso productivo y se entenderá que es natural que, si ha cumplido razonablemente sus obligaciones, le resultará fácil probarlo, mientras que al trabajador le puede resultar harto difícil probar el incumplimiento cuando ni dirige el proceso productivo ni controla las obligaciones preventivas.

Además en los casos en los que hubiese existido, como es lo normal, actuación de la Inspección de Trabajo, los hechos constatados por el Inspector gozan de presunción de veracidad, como se especifica con toda claridad, reproduciendo normas precedentes, en el art. 23 de la Ley 23/2015, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ya citada.

Por todas esas razones, en la actualidad, la revisión de los criterios tradicionales en materia de prueba viene impuesta por el artículo 96.2 LRJS que opta por una auténtica inversión de la carga de la prueba, exigiendo en todos los procesos por responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, y por tanto también en los relativos al recargo de prestaciones, que los deudores de seguridad –empresario y otros sujetos obligados– y quienes hayan concurrido en la producción del resultado lesivo, prueben que adoptaron todas las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como los factores que puedan excluir o minorar su responsabilidad.

Además, se establece que la imprudencia no temeraria del trabajador o la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que el mismo inspira no serán causa de exoneración de las responsabilidades de los anteriores, cuestión esta última en la que me remito a lo ya expuesto.

En relación con la forma en que el deudor de seguridad debe demostrar que agotó su deuda preventiva han de tenerse en cuenta tres principios:

que lo interpreta alguna corriente doctrinal que habla de responsabilidad objetiva por no ser necesario probar la culpabilidad del infractor. La orientación jurisprudencial no parece ser esa y en realidad no se prescinde de la culpabilidad del infractor –véanse las sentencias que se citan al respecto en este apartado y otras muchas en idéntico sentido–. Claro que otros criterios interpretativos que mencionaré, conducen a que esta responsabilidad resulte bastante objetivada, si bien encuentra, y no prescinde de ese elemento, un referente final en la existencia de culpa en el empresario incumplidor. Por eso otras opiniones doctrinales señalan que cabe hablar de una responsabilidad cuasi objetiva pero no puramente objetiva; al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 613

1) El primero es el de la posibilidad, correspondiendo al empresario demostrar que adoptó todas las medidas posibles frente a los riesgos existentes.

2) El segundo es el de la aplicación del mejor medio técnico, de la obtención de la máxima seguridad técnicamente posible, sin que quepa argumentar en contrario razones de coste económico o de razonabilidad financiera, que no se admiten, como regla general, en nuestro ordenamiento.

3) El tercero es el de la previsión de las imprudencias normales y profesionales del trabajador que, en la medida que existen y se conocen, deben ser objeto de previsión por lo que las medidas preventivas deben intentar impedir las o minimizar los riesgos que puedan derivarse de ellas al máximo posible.

Claro, para aplicar estos principios hay que tener en cuenta otros que derivan de la propia LPRL.

El primero es el de la secuenciación preventiva, ya que el empresario no es libre de elegir cualquiera de las medidas posibles frente a un riesgo, sino que las ha de ir aplicando atendiendo al orden que se desprende del art. 15 LPRL; conforme al mismo las medidas deben secuenciarse como ahora expongo, de tal forma que no es posible pasar al siguiente grupo si pueden adoptarse medidas del anterior. El orden es: evitar lo peligroso (art. 15.1.a) LPRL); combatir el riesgo en origen si no es posible evitar lo peligroso (art. 15.1. c) LPRL); proteger a los trabajadores del riesgo si no es posible evitarlo ni combatirlo en origen, adoptando medidas de protección colectiva que se anteponen a las de protección individual (art. 15.1.h) LPRL); adoptar medidas de protección individual solo si las colectivas no son posible ni tampoco cabe evitar el peligro o combatir el riesgo en origen.

Incluso, cuando se acude a medidas de protección individual, facilitando al trabajador un equipo de protección individual (EPI), hay que tener en cuenta que el empresario ha de tomar en consideración las previsiones del art. 17 LPRL y de su desarrollo reglamentario operado a través del RD 773/1997, de 30 de mayo. Por ello el empresario debe acudir a los EPI solamente cuando no se puedan utilizar medidas colectivas o de otro tipo; es decir, su uso debe ser residual. Si se tienen que utilizar, el empresario ha de escoger un buen equipo, mantenerlo en buen uso, ordenar que se utilice y formar para ello y vigilar razonablemente que se utilice.

Así el empresario o, en su caso, el deudor de seguridad deberán demostrar que evitaron todos los riesgos evitables, evaluaron los restantes, adoptarán las medidas preventivas posibles, formaron e informaron al trabajador de ellas, vigilaron la actuación de este frente a sus posibles descuidos e imprudencias y, en definitiva, tuvieron una conducta proactiva en materia preventiva, integrando la misma en el propio proceso productivo; es un nivel de exigencia riguroso, pero lógico en atención a los bienes jurídicamente protegidos: la vida, salud e integridad de las personas, de los trabajadores.

7ª) Por otro lado, la concurrencia de culpas, o mejor dicho, de conductas, esto es, el descuido o mera imprudencia del trabajador no excluye la existencia de responsabilidad del empresario si también ha habido infracción por su parte, que puede consistir en la mera culpa

*in vigilando*¹⁸, aunque puede influir en la cuantificación a la hora de aplicar el porcentaje concreto de recargo sobre las prestaciones. En todo caso la vigilancia empresarial es exigible en términos razonables, los que se desprenden de la obligación legal de efectuar la previsión de los descuidos del trabajador, del nivel de vigilancia habitual de un empresario prudente, sin que se imponga una vigilancia constante y cuasipolicial que podría incluso atentar a la propia dignidad del trabajador¹⁹.

Por supuesto, si no se detecta infracción de obligaciones empresariales y la razón del accidente es exclusivamente la imprudencia del trabajador, no parece que quepa imponer el recargo de prestaciones²⁰

8ª) En atención a todo lo anterior se puede señalar que, aunque se sostenga el principio de responsabilidad por culpa, ello no excluye admitir una gran amplitud en cuanto a los supuestos en que procede reconocer el recargo de prestaciones, a la vista del art. 164.1 TRLGSS que se refiere al incumplimiento de las medidas, tanto generales como particulares, en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Por eso, además de los defectos en la seguridad de equipos de protección y trabajo, en máquinas, productos e instalaciones, que constituyen el bloque de supuestos más característicos, pueden dar lugar al recargo, por ejemplo: 1) La omisión de reconocimientos médicos obligatorios –teniendo en cuenta lo establecido en el art. 22 LPRL– y siempre y cuando dicha omisión haya influido en los daños sufridos por el trabajador²¹; 2) la simple ausencia de órdenes concretas o de instrucciones sobre uso de los medios de protección y en general cualquier defecto de formación o información al trabajador²²; 3) la realización de trabajos por personas que los tengan

¹⁸ En este sentido, STS (Social) 6-5-98, RJ 4096, que razona además que el no ejercicio por el trabajador de su derecho a paralizar la actividad ante el riesgo existente ni implica culpa por su parte ni exonera de responsabilidad al empresario. Sobre la culpa empresarial en estos supuestos, entre otras muchas, por ejemplo STSJ (Cataluña) 6-5-13, AS 1888, Rec. 573/2013; como ejemplos de supuestos concretos: no utilización del casco que la empresa facilitaba, véase STSJ (Castilla y León/Valladolid) 30-5-95, AS 2058 y STSJ (País Vasco) 1-12-94, AS 4984; en el de no uso de las gafas de protección véase, razonando la culpa *in vigilando* del empresario, por ejemplo, SSTSJ (Cataluña) 23-3-98, AS 2468 y 14-11-94, AS 4372 y (Galicia) 11-2-98, AS 431; en el de no uso de cinturones véase, entre otras, SSTSJ (Asturias) 20-3-98, AS 849 y (País Vasco) 10-1-95, AS 108. También reconociendo el recargo en atención a la culpa *in vigilando* en diferentes supuestos, entre otras muchas, SSTSJ (Cataluña) 23-1-98 y 15-4-98, AS 558 y 2368; (Castilla y León/Burgos) 10-7-96, AS 3222; (Castilla y León/Valladolid) 11-10-94, AS 3788 y (País Vasco) 13-5-97, AS 1650. En definitiva, como señalan SSTSJ (País Vasco) 27-2-98, AS 886; 8-9-95 y 29-12-95, AS 3451 y 4769 y 13-2-96, 7 y 14-5-96, AS 269, 3109 y 3121 y (Asturias) 17-4-98, AS 897, entre otras, lo importante no es valorar si el trabajador accidentado, o incluso otra empresa, han contribuido a la producción del resultado dañoso, sino si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, hubiese evitado o minorado el accidente. Es decir, como resume STSJ (Madrid) 26-10-94, AS 4137, si concurre imprudencia del trabajador pero también hubo infracción empresarial y ambas influyeron en los daños, debe reconocerse el recargo, aunque, en su caso, moderando el porcentaje a fijar, como razonaré.

¹⁹ Como señala GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo” en VV.AA. *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 252 y 253. Sobre la imposibilidad de una vigilancia constante véase SSTSJ (Galicia) 20-2-98, AS 120 y (Castilla y León/Burgos) 26-1-98, AS 294.

²⁰ Al respecto STS 25-4-18, Rec. 711/2016, valorando que la falta de incumplimiento empresarial se razonó en sentencia firme del orden social al resolver sobre las sanciones administrativas impuestas. También STS 14-2-18, Rec. 205/2016, valorando la vinculación a los hechos probados de una sentencia del orden contencioso.

²¹ Señalando que si la omisión de reconocimientos no influyó en la enfermedad o accidente no debe reconocerse el recargo, pueden verse, entre otras muchas, SSTSJ (Valencia) 27-1-95, AS 358 y (Cataluña) 10-5-95, AS 1957.

²² Por ejemplo, véase: valorando defectos en formación, SSTSJ (País Vasco) 31-3-92, AS 1310; (Galicia) 8-6-96, AS 2391; aludiendo a defectos de información o falta de instrucciones concretas, entre otras, SSTSJ

prohibidos²³; 4) la falta de adecuación entre el trabajador y el trabajo²⁴; 5) la mera falta de vigilancia sobre el cumplimiento de las órdenes en materia de prevención de riesgos laborales o sobre el uso de los medios de protección existentes²⁵; 6) la no comprobación del funcionamiento o instalación de los equipos de protección de las máquinas, pese a que las mismas contasen con los certificados de homologación²⁶; 7) La no adopción de medidas ante situaciones organizativas, funcionales, directivas y ambientales que pueden dar lugar a supuestos de acoso o a patologías psíquicas del trabajador, entendiendo que, como expuse, la falta de evaluación y prevención de los riesgos psicosociales puede dar lugar a la imposición del recargo²⁷.

2.2. Sujetos responsables

La determinación de los sujetos responsables del abono del recargo plantea notables problemas a los que me refiero a continuación.

2.2.1. Empresario

El sujeto responsable típico es el empresario del trabajador que es, en principio el deudor de seguridad y por tanto quien tiene obligaciones preventivas hacia el trabajador, sin que corresponda ninguna responsabilidad a la entidad gestora, ni exista obligación de pago adelantado y ni siquiera cabe responsabilidad subsidiaria del INSS en supuestos de insolvencia empresarial²⁸.

Esta conclusión es lógica si atendemos a la función del recargo a la que me referí; si se pretende que el recargo garantice el cumplimiento de las obligaciones preventivas en

(Extremadura) 11-2-98, AS 919; Aragón 15-4-98, AS 1575; (Andalucía/Málaga) 13-3-98, AS 978; (Galicia) 13-2-98, AS 434; (Rioja) 27-9-94, AS 3316; (Cataluña) 26-11-94, AS 4406 y 21-7-97, AS 3571; (Madrid) 8-4-96, AS 2013; (Castilla y León /Burgos) 17-11-97, AS 4193, etc. Sobre órdenes inseguras e incorrectas, expresamente STSJ (Galicia) 30-1-98, AS 283. En este sentido la mera falta de advertencia o señalización de que una máquina estaba averiada es suficiente para dar lugar al reconocimiento del recargo, como razona STSJ (País Vasco) 27-2-98, AS 886.

²³ Así por ejemplo, analizando un supuesto de trabajo de menores infringiendo prohibición, véase STSJ (Madrid) 10-11-95, AS 4311.

²⁴ Por ejemplo, en supuesto en que no se impide el uso de maquinaria peligrosa por personas con deficiencias psico-físicas, como en el caso contemplado en STSJ (Castilla-La Mancha) 17-1-92, AS 1486, o cuando se encargan trabajos de riesgo a personas con falta de cualificación, como en el caso que contempla STSJ (País Vasco) 13-2-96, AS 269, o simplemente cuando se encargan trabajos a personas que no parecen las adecuadas y que no los realizaban habitualmente como en el supuesto que resuelve STSJ (La Rioja) 27-9-94, AS 3316.

²⁵ Al respecto, véanse las sentencias ya citadas al aludir previamente a la culpa in vigilando del empresario y, entre otras, por ejemplo, SSTSJ (Cataluña) 26-11-94 y 30-12-94, AS 4406 y 4860 y 13-6-95, AS 2384; (País Vasco) 1-12-94, AS 4984 y 1-7-97, AS 2318; (Castilla y León/Valladolid) 30-5-95, AS 2058; (Galicia) 8-6-96, AS 2391; (Castilla y León/Burgos) 10-7-96, AS 3222; (Asturias) 29-5-98, AS 1600. etc.

²⁶ Como en el supuesto resuelto en STSJ (Cataluña) 30-9-94, AS 3537. En general, sobre la insuficiencia de los certificados de homologación a efectos de exonerar la responsabilidad del empresario, véase STSJ (Cataluña) 9-5-96, AS 1638. No obstante, si la máquina estaba certificada y su funcionamiento se probó o revisó, no parece que pueda imputarse infracción alguna al empresario, pues la máquina podía considerarse segura, pese a que posteriormente se revelase algún defecto oculto, como razona STSJ (País Vasco) 17-3-98, AS 1302.

²⁷ Al respecto STSJ (Cataluña) 22-10-13, AS 3104, Rec. 7237/2012.

²⁸ Al respecto, por ejemplo, SSTS (Social) 8-3-93, AS 1714; 16-11-93, AS 9069; 31-1-94, AS 398; 12-2-94, AS 1030; 20-5-94, AS 4288, etc. y SSTSJ (Madrid) 24-6-94, AS 2742; (Cataluña) 8-7-94, 29-10-94 y 30-12-94, AS 3032, 3897 y 4859 y 27-6-95 y 13-7-95, AS 2426 y 3092; (Castilla y León/Burgos) 20-12-95, AS 4693; (Galicia) 10-6-96, AS 1771, etc.

términos colectivos, no es lógico que acabe respondiendo del recargo quien no pudo asumir esas obligaciones ni ostenta la posición de deudor de seguridad.

Ahora bien, realmente y precisamente por lo que acabo de exponer, conforme al art. 164.2 TRLGSS el sujeto responsable es el “empresario infractor” y ello permite analizar si en ciertos supuestos se puede considerar como tal a un sujeto distinto del propio empresario del trabajador, lo que será lógico cuando sea empresario – requisito normativamente exigido – y tenga obligaciones preventivas hacia el trabajador dañado, pues solo si las tiene puede incumplirlas y ser, por lo tanto, infractor, el otro requisito exigido normativamente. Es más, aunque no sea lo normal puede haber situaciones en las que el empresario directo del trabajador no sea responsable del recargo debiendo recaer el mismo sobre un tercero.

Entre los supuestos en los que cabe atribuir responsabilidad a otros empresarios hay algunos que parecen claros: en este sentido una primera posibilidad nos remite a todos aquellos casos en los que la propia legislación laboral considera a varios empresarios responsables solidarios frente al trabajador y, en consecuencia, con obligaciones solidarias hacia él, por entender que la condición de empresario cabe atribuirlo a más de un sujeto; estos supuestos se dan en las siguientes situaciones: grupo de empresas patológico, conforme a la construcción jurisprudencial al respecto existente; y cesión prohibida de trabajadores, conforme al art. 43.2 ET²⁹.

Más problemas se plantean en los supuestos de sucesión de empresas, a los que me referiré específicamente y ello pese a las reglas contenidas en el art. 44 ET y el art. 168.2 TRLGSS³⁰.

Pero además de este, hay también otros supuestos problemáticos a los que también me refiero a continuación.

2.2.2. Situaciones de descentralización

En las situaciones de descentralización, como veremos, la legislación preventiva atribuye obligaciones en la materia a sujetos distintos del empresario del trabajador; si el recargo, como dije, tiene la función esencial de garantizar colectivamente el cumplimiento de esas obligaciones, es lógico que se extienda la responsabilidad del recargo hacia esos otros sujetos responsables, lo que ocurre es que las situaciones son distintas como analizaré; en mi opinión pueden diferenciarse las siguientes:

1^a) Situaciones de contrata y/o subcontrata de propia actividad.

En general, en estos casos, sin perjuicio de que siempre podría haber una responsabilidad subsidiaria conforme al art. 168.1 TRLGSS, puede sostenerse que del recargo de prestaciones son responsables el empresario principal, el contratista y, en su caso, el subcontratista, en base a la responsabilidad que se establece en los arts. 42.1 y 2 ET y 24.3 y 42.2 LPRL.

²⁹ Un examen de los sujetos responsables en estos supuestos en relación con un recargo de prestaciones, en STSJ (Navarra) 22-12-97, AS 4853.

³⁰ A título de ejemplo, sobre responsabilidad en la materia en supuestos de transmisión de empresas, véase STSJ (Cataluña) 9-5-96, AS 1639.

Esta extensión de responsabilidad no resulta contraria a los principios constitucionales como el propio Tribunal Constitucional tuvo ocasión de señalar³¹, pero se admite cuando se trata de contratas de la propia actividad del empresario principal y de hechos acaecidos en sus locales.

En estos supuestos, la jurisprudencia³² establece el principio de solidaridad en la responsabilidad pues, si todos esos sujetos están obligados, por lo menos, a vigilar las condiciones de trabajo para que sean seguras y saludables, en caso contrario, todos ellos, salvo supuesto excepcional, incumplen sus obligaciones y son empresarios infractores, doctrina que ha sido seguida ya en general por los órganos jurisdiccionales³³, si bien la solidaridad no puede prescindir de la existencia de algún elemento que permita atribuir culpa o negligencia a los empresarios infractores, aunque será excepcional el caso en que existiendo incumplimiento pueda alguno de los empresarios exonerarse de culpabilidad³⁴.

Ahora bien el principio de solidaridad en la responsabilidad del recargo es indiscutible en las contratas de propia actividad y que se desarrollen en el centro de trabajo del empresario principal. En ese caso se considera que este está obligado a vigilar las condiciones en que se presta el trabajo, además de garantizar la seguridad de sus instalaciones y coordinar la prevención (24.1, 2 y 3 LPRL); los fallos al respecto le son pues atribuibles, y no es excesivo hacerlo porque, al ser de propia actividad y en sus instalaciones, debe conocer perfectamente las tareas ejecutadas por la contrata y puede velar por la seguridad y salud de los trabajadores de esta, que a su vez es la obligada a cumplir las instrucciones de coordinación y garantizar la seguridad de sus propios trabajadores, situación que cabe extender, en su caso, a toda la cadena de contratas. Lo anterior explica la solidaridad pues cada empresario es infractor: por no coordinarse, por no vigilar, por no dar los medios de seguridad, etc. y como el recargo es único, todos los incumplidores que tengan la condición de empresario, aunque no lo sean del trabajador accidentado, responderán solidariamente del recargo.

³¹ Al respecto STC 81/1995, de 5 de junio, BOE 8 de julio.

³² Por todas STS 18-4-92, RJ 4849, unificando doctrina al respecto, y las que se citan en nota posterior.

³³ Por ejemplo, entre otras: STS 20-3-12, Rec. 1470/2011; SSTJS (País Vasco) 7-6-16, AS 1449, Rec. 1083/2016; 2-12-14, JUR 2012/21548, Rec. 1939/2014 y una larga serie de sentencias que viene de hace ya mucho tiempo y en las que entre otras, y sólo a título de ejemplo, pueden citarse las siguientes SSTSJ: (Aragón) 21-7-93, AS 3280; (Asturias) 9-1-98 y 29-5-98, AS 134 y 1600 y 22-7-94, AS 2802, 29-9-95, AS 3218 y 24-1-97, AS 759; (Extremadura) 26-10-94, AS 3817 y 2-10-95, AS 4052; (Castilla-La Mancha) 18-5-95, AS 129; (Castilla-León/Valladolid) 28-2-95, AS 642; (País Vasco) 14-2-95, AS 519, 10-5-96, AS 3117 y 24-6-97 y 22-7-97, AS 1890 y 2153; (Andalucía/Granada) 19-9-95, AS 3370; (Navarra) 10-5-96, AS 1488; (Andalucía/Sevilla) 9-6-97, AS 4836; (Galicia) 14-7-97, AS 2550; (Cataluña) 29-7-97, AS 3144 y (Murcia) 18-11-97, AS 4494, etc.

³⁴ Por eso las soluciones judiciales exoneran de responsabilidad a alguno de los empresarios implicados en la relación de contrata cuando consideran que el mismo no tuvo culpa alguna en la infracción. En este sentido, por ejemplo, SSTSJ (Cataluña) 4-6-94, AS 2542 y (País Vasco) 14-2-95, AS 519 y 24-9-96, AS 3597.

En definitiva el presupuesto para admitir la responsabilidad del empresario principal - o de cualquier otro - es que se le pueda considerar "empresario infractor", como razona, entre otras, STSJ (País Vasco) 4-7-95, AS 3134, lo que ocurrirá, fundamentalmente, según STSJ (País Vasco) 16-1-96, AS 200, cuando tenga alguna intervención en la falta de medidas preventivas; en parecidos términos, STSJ (Aragón) 11-2-98, AS 702. Por ello, cuando no sea posible atribuirle ese carácter de "empresario infractor", no le alcanza responsabilidad, como establece STSJ (Castilla-La Mancha) 10-6-94, AS 276. Similar solución en SSTSJ (Cataluña) 14-6-97, AS 2691 y (Andalucía/Sevilla) 30-4-97, AS 2781.

Los problemas en este supuesto se plantean a la hora de delimitar lo que significan los conceptos de “propia actividad” y “centro de trabajo”.

En cuanto al concepto de propia actividad cabe remitirse a la construcción que en general se ha establecido al respecto, que es plenamente asumible³⁵ y que conduce a una identificación bastante casuística, aunque puede resolverse en muchos casos en atención a la doctrina unificada que al respecto existe³⁶ y huyendo de las dos posiciones maximalistas a que alude alguna doctrina³⁷, esto es, la que identifica “propia actividad” con “misma actividad” y la que identifica “propia actividad” con “todas las actividades que una empresa realiza o puede realizar por sí”, si bien, desde luego, si se atiende a la finalidad protectora de la norma, la delimitación de lo que signifique “propia actividad” debería acercarse más a la interpretación amplia que a la restrictiva.

En segundo lugar, la mención al “centro de trabajo” no debe tomarse en sentido literal, sino en un sentido finalista, entendiendo por tal, no el concepto del art. 1.5 ET, sino un concepto más material, asimilable al lugar de trabajo, porque sólo de este modo se consigue un nivel eficaz de protección en sectores en los que es muy habitual el trabajo bajo la forma de contrata: tendido de líneas eléctricas y telefónicas, montajes, construcción, contratas ferroviarias, etc.³⁸.

³⁵ Al respecto, expresamente, véase GOERLICH PESET, J. M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral* n.º. 8/1997, pp. 142 y 143.

³⁶ Partiendo de la STS 18-1-95, RJ 514. La citada sentencia se refiere a “las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa”. La doctrina unificada se completa en STS (Social) 15-7-96, RJ 5990, que, en relación con las contratas de servicios, entiende que se consideran de la propia actividad aquellos servicios que tienen por objeto “la consecución de fines enmarcados en el área de la competencia” de la empresa principal.

En los pronunciamientos judiciales se entiendan excluidas, conforme a lo indicado, actividades como las siguientes: - custodia y vigilancia (STS 18-1-95, RJ 514); construcción y reparación (STSJ (Cataluña) 21-4-95, AS 1596, sobre pavimentación de centros de trabajo, salvo que se presten a otras empresas dedicadas a la construcción; mantenimiento industrial (STSJ (Andalucía/Sevilla) 6-2-95, AS 741, aunque el simple mantenimiento de la propia maquinaria, sí que se ha considerado propia actividad en STSJ (Asturias) 29-9-95, AS 3218, como también el mantenimiento de las instalaciones - labores de pintura necesarias - en STSJ (País Vasco) 24-6-97, AS 1890); actividades comerciales en relación con otras productivas (venta de materiales y construcción) (STSJ (Murcia) 23-11-95, AS 4401). A ellos cabe añadir otros que no resultan conflictivos como los de restauración (cafeterías, comedores, etc.), transporte, etc.

³⁷ Véase GOERLICH PESET, J. M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, op. cit. p. 143. Por contra, por ejemplo, y ya desde los inicios de la LPRL y buscando un mayor nivel de protección del trabajador GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996, p. 269, defendieron un concepto amplio para entender lo que significa “propia actividad”.

³⁸ Por todos, véase Moliner Tamborero, G. “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, op. cit. p. 407 y GOERLICH PESET, J.M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, op. cit. p. 128. Esa es la interpretación que casa también con las normas comunitarias e internacionales y que parece consolidada doctrinalmente, pudiendo verse más recientemente, entre otros, en MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas” op. cit. p.614 y RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, op. cit. p. 156. También jurisprudencialmente parece doctrina consolidada, por ejemplo, en SSTS 22-11-02, Rec. 3904/2001; 26-5-05, Rec. 3726/2004; 10-12-07, Rec. 576/2007, etc., en todas las que se mantiene un concepto extensivo del centro de trabajo aunque técnicamente el espacio donde ocurrió el accidente no pudiera calificarse como tal a otros efectos.

Debe recordarse que la responsabilidad solidaria es eludible en materia de seguridad social, conforme al procedimiento establecido en el art. 42.1 ET, pero ello ni excluiría la responsabilidad subsidiaria en el pago de las prestaciones a que hubiese sido condenado el contratista al amparo del art. 168.1 TRLGSS, ni debe evitar la solidaridad en este marco concreto de las obligaciones relativas a la seguridad y salud laboral.

2ª) Restantes situaciones de contrata.

El problema no parece estar, pues, en las contratas citadas, en las que el principio general de solidaridad en la responsabilidad parece claro³⁹; el problema lo plantean las restantes situaciones de contrata y subcontrata, y especialmente aquellas en que, conforme al art. 24.4 LPRL, el empresario principal ha de asumir en relación con los trabajadores del contratista –que no trabajan en sus locales, pero utilizan maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles suministrados por el empresario principal– las obligaciones correspondientes a los fabricantes, importadores y suministradores (art. 41 LPRL).

En ellas es difícil sostener el criterio general de solidaridad, y sólo parece que, si el empresario principal incumpliese esas obligaciones a que se ha hecho mención, cabría entenderle como responsable directo o solidario de cuantas obligaciones se impusiesen, incluso del recargo, en la medida que puede entenderse que éste se impone al “empresario infractor” (164.2 TRLGSS), que en estas situaciones no necesariamente ha de ser el empresario del trabajador⁴⁰, sino que puede ser el propietario de las instalaciones, máquinas, etc. que carezcan de la seguridad adecuada (164.1 TRLGSS). En todos estos casos lo normal es que, como el empresario principal incumpliría sus obligaciones, pero también el contratista que debe garantizar, por supuesto, la seguridad y salud de sus trabajadores, ambos responderían solidariamente.

En los restantes supuestos de contrata también puede alcanzar responsabilidad al empresario principal respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista y en general en otros empresarios de la cadena, pero la solución no es tan clara cuando existen una empresa contratista –o varias, o contratistas y subcontratistas– que trabaja en el mismo centro con la empresa principal aunque no sea en la propia actividad de esta.

En efecto, como se ha puesto de relieve⁴¹, en este caso deben jugar los apartados 1 y 2 del art. 24 LPRL, conforme a los que, cuando varias empresas trabajen en un mismo local, deberán coordinar sus actividades preventivas y, además, el empresario propietario del local debe adoptar las medidas precisas para que los restantes empresarios reciban información sobre los riesgos existentes en el local y las medidas de prevención y protección existentes, así como sobre las medidas de emergencia, para que las trasladen a sus trabajadores.

³⁹ En cuanto a la cadena de responsabilidad que implica que el contratista responde, junto al empresario principal, de los incumplimientos del subcontratista, cuenta también con precedentes jurisprudenciales en materia de prestaciones de la Seguridad Social, como STS (Social) 17-5-96, RJ 4472 y parece ya indiscutible.

⁴⁰ Esta idea de que el empresario infractor no necesariamente ha de ser el empresario del trabajador puede verse también ya desde los inicios de la LPRL, por ejemplo, entre otros, en GONZÁLEZ LABRADA, M. *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Barcelona, CEDECS, 1996, p. 570. y la doctrina jurisprudencial ya citada en materia de contratas y específicamente, por ejemplo, STS 16-12-97, RJ 9320.

⁴¹ Véase expresamente y por todos GOERLICH PESET, J. M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, op. cit. pp. 139 y ss.

En definitiva, en estos casos las empresas deben coordinarse y el empresario propietario del local debe suministrar unas informaciones y, si no lo hace, los restantes empresarios deben recabárselas y trasladarlas a sus trabajadores.

Si alguna de estas obligaciones se incumple, todos los empresarios que lo hayan hecho, es decir, los que no se coordinen, el que no transmita la información, los que debiendo recibirla no la reciban y no la reclamen y, por último, los que no la trasladen a sus trabajadores, incurrir en infracciones laborales tipificadas e incumplan sus obligaciones preventivas.

Pues bien, si en estos casos el incumplimiento de las normas de prevención se extiende a otro empresario distinto del que lo sea del trabajador, tanto el empresario del trabajador como ese otro u otros empresarios incumplidores deberán responder solidariamente de cuanto procede en la materia que se analiza, ya que a todos ellos puede extenderse la noción de “empresario infractor” que es el concepto al que se remite el art. 164.2 TRLGSS, como ya antes se señaló.

Lo esencial, pues, es que el accidente se produzca en un medio que cualquier empresario al que se pretenda atribuir responsabilidad pudo y debió controlar y, al no hacerlo, omitió obligaciones preventivas⁴².

3ª) Trabajo en empresas de trabajo temporal (ETT).

Salvo supuestos excepcionales, como la responsable de la seguridad y salud del trabajador en el desarrollo de su actividad es la empresa usuaria (art. 28.5 LPRL y 16.2 Ley 14/1994), el propio art. 16.2 Ley 14/1994, hace a esta responsable del pago del posible recargo de prestaciones.

Esta solución reafirma lo que se dijo en el supuesto de contratas, en el sentido de que el concepto de “empresario infractor” no necesariamente ha de identificarse con el de “empresario del trabajador” cuando la prestación de servicios presente la complejidad en cuanto a la figura empresarial que se da en estas situaciones.

Ahora bien, la afirmación legal hay que matizarla pues la responsabilidad por la seguridad y salud de los trabajadores de las ETT está repartida entre la empresa usuaria y la de trabajo temporal; en efecto, el art. 28.5 LPRL atribuye a la ETT ciertas obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud de sus trabajadores, por ello, cada empresa debe responder por la infracción de las obligaciones que la ley le atribuye. En este sentido no es descartable que en algún supuesto el concepto de “empresario infractor” deba ser atribuido a la ETT, en cuyo caso, pese a la afirmación legal, ella debe ser la responsable del recargo de prestaciones.

Por otro lado, aunque ciertamente el empresario cliente es el que recibe la prestación de trabajo del empleado de la ETT y lo hace en su proceso productivo y en su centro y, por

⁴² Se produjo, en consecuencia, en un proceso productivo parcial o totalmente bajo su control –o que debió ejercerlo–. Así lo entiende la jurisprudencia, por ejemplo en SSTS 5-5-99, Rec. 3656/1997; 11-5-05, Rec. 2291/2004; 10-12-07, Rec. 576/2007, etc.

ello, es quien directamente debe controlar las condiciones de realización de ese trabajo y garantizar las medidas de seguridad y salud laboral en los términos indicados, no creo que ello lleve necesariamente a la exoneración de la ETT en todos los supuestos; es más, no creo que debe exonerarse de responsabilidad cuando pudo conocer las condiciones de inseguridad y no hizo nada; ningún empresario puede desentenderse de las condiciones en las que presta su actividad su empleado, aunque lo haga para otro. Por ello, en los actuales términos y a la vista de las obligaciones preventivas generales y de las reglas del art. 96.2 LRJS, el agotamiento de diligencia por la ETT exige que la ETT pruebe que no pudo conocer la inseguridad del trabajo pese a mantener un cierto control sobre la forma de desarrollo de la actividad, pero, en caso contrario, si se desentendió de esto, omitiendo así sus obligaciones generales como empleador, debería ser responsable solidaria con el empresario cliente del recargo que pudiera imponerse.

4ª) Empresas que trabajan en el mismo centro y las denominadas multiservicios.

Aquí, si existe una relación de contrata, cabe remitirse a cuanto se expuso y esa es la situación normal en la que deberían encontrarse las empresas multiservicios que, en caso contrario, incurrirían en cesión ilegal de trabajadores, en cuyo caso también hago remisión a lo expuesto y a la responsabilidad solidaria que les alcanzaría.

Si no hay situación de contrata o cesión, sino varias empresas que comparten espacio de trabajo, la posible extensión de responsabilidad a empresarios distintos del que lo sea del trabajador sólo podrá aparecer considerando que, aunque entre estas empresas no exista ninguna relación de contrata, la obligación de coordinación establecida en el art. 24 LPRL subsiste y, en consecuencia, puede aplicarse la solución de entender que existe responsabilidad solidaria entre todos los empresarios que hayan incumplido esta obligación de coordinación, tal como se expuso al abordar la situación de contrata.

Propiamente no sería una situación de descentralización productiva, pero las soluciones en cuanto a sujetos responsables pueden ser, como se ha visto, idénticas o muy próximas a las expuestas en los casos de propia descentralización.

5ª) Fabricantes, importadores y suministradores.

Es claro que todos estos sujetos, conforme al art. 41 LPRL tienen unas obligaciones muy concretas: garantizar la seguridad de máquinas, productos, equipos, etc., además de obligaciones en materia de etiquetado y envasado e información. En consecuencia, en principio, pueden ser responsables por el incumplimiento de esas obligaciones, pero por falta de tipificación, al menos clara, no parece que esa responsabilidad llegue a constituir, en general, una infracción en el ámbito laboral y en consecuencia se hace difícil considerarlos empresarios infractores en los términos del art. 164 TRLGSS y, por ello, considerarlos responsables en cuanto al recargo de prestaciones. Además, el concepto de empresario infractor, que debe estar en la base de la imputación de la responsabilidad sobre el recargo, parece hacer referencia solamente a quien sea titular de los medios de producción –locales, instalaciones, herramientas, máquinas, etc.– lo que en los supuestos de descentralización productiva, e incluso en los supuestos de uso compartido de un mismo lugar de trabajo, permite, como se ha visto, extender la responsabilidad a sujetos distintos del empresario laboral del trabajador pero no permite extender dicha condición a quien no es titular de

aquellos elementos o instalaciones, aunque haya sido su fabricante, constructor o distribuidor. No quiere decir ello que este sujeto esté exento de responsabilidad, sino que la que le alcanzará lo será en otros ámbitos, incluso mediante acciones de repetición que pueda dirigir contra él el empresario del trabajador dañado sobre el que recaerá, en su caso, la responsabilidad del recargo de prestaciones. Solución que me parece coherente con la finalidad jurídica –potenciar la prevención– del recargo que, por tanto, debe recaer esencialmente sobre quienes directamente dirigen o pueden influir en el proceso productivo a efectos de garantizar condiciones de trabajo seguras y saludables –empresarios en los términos analizados–.

2.2.3. Sucesión de empresas

La doctrina y jurisprudencia⁴³ entendía tradicionalmente que el recargo de prestaciones no podía transmitirse al empresario sucesor del que había incumplido las normas preventivas, único empresario que podía ser considerado infractor y que, por tanto, en atención a la dimensión preventiva y punitiva del recargo de prestaciones podía ser responsable del mismo.

Es cierto que tanto la legislación laboral (art. 44 ET), como la específica de seguridad social (actualmente el artículo 168 TRLGSS), podían llevar a entender lo contrario, pero sistemáticamente se entendía que esas reglas generales quedaban excluidas en atención al concepto de empresario infractor que excluía la posibilidad de ampliar a otros sujetos esa responsabilidad, argumento que nunca me resultó convincente, especialmente porque las reglas específicas debían considerarse las relativas a la transmisión de empresa y porque esa solución olvidaba que, en ciertos supuestos de sucesión empresarial, la personalidad del empresario infractor –no solo su patrimonio activo y pasivo– era objeto también de sucesión, no desapareciendo la antigua personalidad –la del empresario infractor– que pasaba a ser ostentada por la entidad sucesora.

Incluso en esos casos, la tesis de que el empresario infractor era exclusivamente el anterior no era correcta, porque la continuidad de la personalidad, siquiera integrada en una nueva entidad, permitía atribuir a ésta la condición de empresario infractor.

Lo cierto es que, no en atención a esos argumentos, sino en atención a criterios mercantiles derivados de normas europeas (Directiva 78/855/CEE, interpretada por la STJUE 5-3-15, C-343/13, relativa a la transmisión de una infracción administrativa a una sociedad absorbente de otra que era la infractora), la jurisprudencia alteró sus conclusiones tradicionales, entendiendo que eran aplicables las específicas previsiones de seguridad social que hacían al empresario sucesor responsable de las prestaciones causadas, término amplio que comprendía, para esta jurisprudencia, no solo las prestaciones sino también los recargos sobre las mismas y no solo las ya reconocidas sino también las ya generadas y en vía de reconocimiento. Entiende el tribunal que la regulación general del recargo no contempla

⁴³ En la doctrina, por todos, MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 619 y RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, op. cit. p. 157; en la jurisprudencia, por ejemplo, SSTS 28-10-14, Rec. 2874/2013 y 18-7-11, Rec. 2502/2010.

reglas sobre su transmisión lo que genera una laguna legal a completar con las reglas específicas⁴⁴.

La doctrina, establecida en un supuesto de fusión por absorción, parecía general pues las sentencias citadas la extendían a múltiples supuestos de sucesión empresarial, lo que motivó alguna perplejidad doctrinal entendiéndose que esa solución general conducía a complicar aún más, el debate en torno a la naturaleza del recargo de prestaciones y al régimen jurídico concreto que lo regula⁴⁵.

Lo cierto es que posteriormente la jurisprudencia aclararía que la solución sobre la transmisión del recargo no alcanza a todos los supuestos de posible sucesión empresarial conforme a las normas laborales⁴⁶, apuntando que: *“Muy diversamente, en la decisión ahora recurrida aunque el supuesto es relativo a sucesión de empresa y no consta exactamente el título del correspondiente negocio de transmisión, lo cierto es que constando en los hechos declarados probados que «... SA» se encuentra en situación concursal, es obvio que tal dato obsta la posibilidad de que nos hallemos no sólo ante es específico supuesto contemplado en nuestra sentencia referencial –fusión por absorción–, sino también en cualquiera de los casos de sucesión empresarial a la que atribuimos –con doctrina general– la transmisión de responsabilidad imputable al recargo de prestaciones. Recordemos que en la indicada la STS 23/03/15 [rcud 2057/14] afirmamos que «3.- Proyección general de nuestro cambio de doctrina.- No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance –general– a la rectificación de criterio que ahora hacemos. 3.- Es más, en el sentido que acabamos de referir incluso cabría añadir que ni tan siquiera concurre –entre las decisiones comparadas– contradicción plena entre las doctrinas mantenidas por ambas sentencias, siendo así que la nuestra referencial no mantuvo que en todo supuesto de sucesión de empresa hubiese de apreciarse la transmisión de responsabilidades por infracciones atribuidas a la empresa primitiva, sino que limitamos tal consecuencia a determinados negocios jurídicos, claramente inexistentes en los presentes autos. Así, concretamente indicamos en aquella [FJ Quinto. 3]: «Proyección general de nuestro cambio de doctrina.- No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance –general– a la rectificación de criterio que ahora hacemos. En este sentido, por ejemplo y entre otros, hemos de indicar que: a).- Igualmente alcanza a los supuestos de fusión por constitución, habida cuenta de la plena equiparación de efectos que establecen tanto la normativa española [art. 23 LME] como la*

⁴⁴ STS 23-3-15, Rec. 2057/2014, seguida por otras como SSTS 25-2-16, Rec. 846/2014; 20-4-2017, Rec. 1826/2015; 25-4-17, Rec. 3190/2015.

⁴⁵ Al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 621.

⁴⁶ Específicamente STS 25-4-17, Rec. 3190/2015.

*comunitaria [art. 23 Directiva 78/855]. b).- También a los de escisión, habida cuenta de que por disposición legal tiene idéntico régimen jurídico –en cuanto a los efectos sobre el activo y pasivo– que la fusión [art. 73 LME]. c).- Con mayor razón ha de sostenerse la solución en todos los fenómenos de «transformación» [arts. 3 a 21 LME], pues a pesar de que en ellos la sociedad adopta un tipo social diverso, en todo caso conserva su propia personalidad jurídica, de forma que ni tan siquiera es sostenible que se haya producido subrogación de la empresa, sino que con tal transformación únicamente se alcanza una novación formal de la sociedad que deviene irrelevante a los efectos de que tratamos. d).- También en el caso de «cesión global de activo y pasivo» [arts. 81 a 91 LME], fenómeno por virtud del cual se transmite en bloque –por sucesión universal– todo el patrimonio de una sociedad inscrita a cambio de una contraprestación, pues mutatis mutandis son aplicables las mismas consideraciones que efectuamos en el caso de la fusión; y con mayor motivo ha de mantenerse el criterio cuando la cesión se realiza a favor de los propios socios, por cuanto que los mismos no resultarían ajenos a los incumplimientos empresariales determinantes de las patologías a que el **recargo de prestaciones** atiende.»*

Puede verse que la solución se extiende esencialmente a supuestos de sucesión de empresas que conllevan transmisión de la personalidad empresarial: fusión, absorción, escisión, transformación de sociedades. También se alude a supuestos de cesión global de activo y pasivo, aunque con el matiz de señalar que ello es especialmente aplicable –aunque no parece que únicamente– a aquellos casos en los que la cesión se efectúa a favor de los propios socios que, por tanto, no son ajenos al incumplimiento producido.

Esa afirmación y la pervivencia de personalidad, siquiera transformada, que se da en general en los otros supuestos, permiten mantener la noción de empresario infractor en la sociedad sucesora.

Por otro lado, el supuesto se aplica esencialmente en los fenómenos societarios aunque podría extenderse a supuestos similares relativos a personas físicas, pero no parece generalizable a todos los supuestos de sucesión de empresas, como, por ejemplo y posiblemente, supuestos de transmisión parcial en los que no desaparezca la actividad y personalidad de quien fue considerado empresario infractor.

Desde esta perspectiva no parece que la solución rompa con una aplicación lógica y coherente con la función preventiva del recargo de prestaciones y, desde luego, si en la dimensión colectiva puede sostenerse, también en la dimensión individual –prestaciones– en relación con el beneficiario, pues podía ser relativamente ilógico que existiese transmisión de la responsabilidad sobre una prestación pero no sobre el recargo aplicado a la misma.

2.3. Cuantía del recargo

La cuantía del recargo plantea esencialmente dos problemas: la determinación de la misma y la influencia que sobre esa determinación pueda tener la concurrencia de conductas imprudentes por el propio accidentado. Adicionalmente, y por la posible influencia que podría tener en dicha cuantificación, debe analizarse también la compatibilidad entre el recargo y otras posibles responsabilidades que puedan recaer sobre el empresario infractor aunque, como se verá y ya anticipo, esta cuantía es inmune a lo que ocurra en esas otras responsabilidades.

2.3.1. Determinación de la cuantía

En principio la cuantía se fija por el órgano administrativo y, de existir demanda judicial –que en el caso de cuestionarse la cuantía puede ser interpuesta por el beneficiario o por el empresario responsable–, por el Juzgado de lo Social.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, ha admitido la posibilidad de reconsiderar, mediante la interposición del correspondiente recurso de suplicación, la cuantía en que se haya fijado el recargo⁴⁷, pudiendo discutirse normalmente el porcentaje del recargo, pero también la base sobre la que gira el mismo. Es más, entre las cuestiones revisables en suplicación, está determinar si concurrió negligencia del trabajador, pues en tal caso existiría un factor que permite modificar la cuantía del recargo reconocida en la instancia, cuestión que ya avancé y sobre la que volveré específicamente.

Por otro lado, a la hora de valorar la cuantía es importante determinar cómo se establece el porcentaje del recargo pues este, como se dijo, puede oscilar desde el 30% hasta el 50%. Ya avancé que no existe un automatismo con la gravedad que a efectos administrativos haya merecido la calificación de la infracción (leve, grave o muy grave), como también la posible influencia de la concurrencia de culpa por parte del trabajador y la conclusión de que fundamentalmente corresponde al órgano de instancia la determinación del correspondiente porcentaje.

Ahora bien, al determinar ese porcentaje, ese órgano de instancia ha de tener en cuenta los elementos concurrentes y la mención legal a la gravedad de la falta, que debe entenderse remitida, no a la calificación administrativa, sino a los propios condicionantes que para ella establece el art. 164 TRLGSS, pudiendo valorarse elementos como la magnitud del incumplimiento empresarial, la peligrosidad de las actividades que se realizaban, el número de trabajadores expuestos, etc.⁴⁸

Esta interpretación parece lógica si atendemos, como ya dije, a la función jurídica del recargo, que no es otra que incentivar la prevención, lo que, más allá del resarcimiento del afectado, tiene una dimensión colectiva, la protección del conjunto de los trabajadores, introduciendo un importante factor de disuasión del incumplimiento preventivo por el coste que el mismo puede tener; en ese sentido, es lógico que entren en la valoración del porcentaje de recargo esos elementos colectivos (actividad, número de expuestos, etc.).

El recargo recae sobre la prestación reconocida, sea esta del tipo que sea (incapacidad, viudedad, favor de familiares, etc.), del grado de incapacidad que sea (gran invalidez, absoluta, total, parcial, etc.), y ya sea permanente o temporal, pues el recargo recae sobre la prestación económica de la Seguridad Social (164.1 TRLGSS).

⁴⁷ Al respecto, STS 19-1-96, RJ 112. Siguiendo ya la doctrina unificada, por ejemplo en la doctrina judicial pueden verse, SSTSJ (País Vasco) 14-5-96, AS 3121; (Castilla y León/Valladolid) 13-1-98, AS 836 y (Asturias) 20-3-98, AS 849. También, STSJ (Cataluña) 4-7-96, AS 2908, que procede a fijar directamente el porcentaje de recargo al resolver el recurso interpuesto contra sentencia que había confirmado resolución del INSS en que se denegaba éste. Lógicamente la reconsideración en el recurso de la cuantía del recargo, exige la articulación de un motivo que aporte y razone las bases jurídicas sobre las que se postula dicha pretensión, como recuerda, por ejemplo, STSJ (Asturias) 17-4-98, AS 897.

⁴⁸ Al respecto SSTS 14-3-17, Rec. 1038/2015; 26-4-16, Rec. 149/2015; 4-3-14, Rec. 788/2013

Ha resultado igualmente debatida la cuestión acerca de si el recargo debía imponerse a una pensión de viudedad causada por una persona que percibía el recargo antes de fallecer como consecuencia de una pensión de incapacidad (en el caso gran invalidez). En este sentido, aplicando la presunción de que el fallecimiento se debe a la misma causa que motivó la pensión precedente, y sin perjuicio de probar lo contrario, el recargo debe aplicarse igualmente a la pensión de viudedad –y por las mismas razones a cualquier otra derivada del fallecimiento–, lo que además obligará a constituir un capital coste renta nuevo distinto del constituido en su día a efectos de la pensión de incapacidad⁴⁹.

También era polémica la cuestión de si el recargo debía aplicarse en las mejoras complementarias que las empresas pudieran tener establecidas, pero el Tribunal Supremo unificó doctrina en sentido contrario, considerando que el recargo sólo procede sobre las prestaciones que abona la Seguridad Social pública, en aras a una interpretación estricta de lo legalmente establecido al tratarse de una norma punitiva⁵⁰, lo que casa mal con la función de incrementar los costes de la no prevención, pero puede entenderse para no introducir un factor disuasorio en el establecimiento de estas mejoras complementarias. En todo caso, el pacto o convenio que establezca una mejora puede disponer que la misma se incremente en el mismo porcentaje que un posible recargo pero técnicamente eso influiría sobre la cuantía exigible como mejora, no sobre el recargo en sentido propio.

2.3.2. Influencia de la concurrencia de culpas

Como se dijo, la concurrencia de culpa del trabajador no exonera de responsabilidad al empleador. Normalmente solo la imprudencia exclusiva de la víctima que además no fuese previsible exonerará al empleador y ello, en general, es predicable de imprudencias temerarias porque en las demás, sin excluir supuestos límites e imprevisibles, la obligación de vigilancia del empleador así como la prever los descuidos o imprudencias profesionales al adoptar medidas preventivas. Generará, en su caso, una concurrencia de conductas culpables, la de víctima y la del empleador siquiera por omisión del deber de vigilar.

En ese caso, y por lo tanto, no será imposible reconocer el recargo pero se permite modular su cuantía, conduciéndola normalmente a la escala inferior aunque no, desde luego, por debajo del mínimo legal del 30%⁵¹.

Eso sí, la aplicación de este supuesto requerirá ponderar adecuadamente las conductas concurrentes para determinar el grado en su caso de compensación relativa entre ellas y, por tanto, el porcentaje adecuado del recargo.

⁴⁹ Al respecto STS 9-6-15, Rec. 36/2014 y STSJ (Andalucía/Sevilla) 14-12-17, AS 2018/80, Rec. 3820/2016.

⁵⁰ Al respecto SSTS (Social) 20-3-97, RJ 2591 y 11-7-97, RJ 6258 y SSTSJ (Galicia) 21-3-96, AS 601; (Navarra) 26-3-96, AS 1177; (Castilla y León/Valladolid) 28-5-96, AS 1535. Muestra de sentencias anteriores que aplicaban el recargo sobre las mejoras voluntarias puede encontrarse en STSJ (Extremadura) 23-1-95, AS 16.

⁵¹ Por ejemplo SSTS 20-1-2010, Rec. 1239/0922-7-10, Rec. 3516/2009; en la doctrina judicial, por ejemplo, SSTSJ (Galicia) 19-6-15, AS 1182, Rec. 4741/2014; (Cataluña) 6-5-13, AS 1888, Rec. 573/2013. En la doctrina, por todos y como ejemplo del estudio sobre criterios de cuantificación e influencia de la imprudencia del trabajador, puede verse MARTÍNEZ MARTÍ, M. “Estudio jurisprudencial de la modulación del recargo de prestaciones de la seguridad social por imprudencia profesional del trabajador”, *Iuslabor* n° 2/2016, pp. 1-12.

Por otro lado, en coherencia con las reglas sobre prueba del artículo 96.2 LRJS, cuando un deudor de seguridad pretenda alegar la imprudencia del trabajador, esta no se supondrá y deberá en su caso ser objeto de prueba por quien la alegue.

2.3.3. Compatibilidad con otras responsabilidades empresariales

Este recargo es compatible con cualquier responsabilidad, tal como establecen en general el art. 164.3 TRLGSS, el art. 42.3 LPRL en relación con la responsabilidad administrativa y, como norma de desarrollo, el art. 27 del Reglamento anteriormente citado, aprobado por RD 928/1998.

Esa regulación no resulta inconstitucional y es admisible pues, aunque el recargo tenga en parte naturaleza sancionatoria, dentro de esa naturaleza compleja a la que me referí, sus efectos se producen en el plano privado, diferenciándose claramente de las sanciones de carácter público⁵².

Esa naturaleza, parcialmente distinta de las sanciones públicas, se convierte en algunos pronunciamientos judiciales en la base esencial para defender la compatibilidad entre aquellas y el recargo⁵³ y, por supuesto, conduce a que, a la vista de la independencia entre estos, haya de entenderse que las incidencias que afecten a la sanción administrativa no deben repercutir necesariamente en el reconocimiento del recargo sobre prestaciones.

Si no se duda de la constitucionalidad de las penas accesorias públicas, no parece que deba objetarse este recargo que sería, desde la perspectiva punitiva presente en su naturaleza, una especie de pena accesoria de efectos, como se ha dicho, en el orden privado.

Mayores problemas se plantean en cuanto a la compatibilidad con las sanciones penales porque la Orden de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, dispone en su art. 16.2 que el procedimiento administrativo dirigido al reconocimiento del recargo quedará paralizado, de existir en curso un procedimiento penal por los hechos que podrían motivar el reconocimiento del recargo, hasta que este finalice con sentencia o resolución firme. Esta disposición podría conducir a un retraso considerable en el reconocimiento del recargo, desincentivar el recurso a la vía penal y se compagina mal, no con el carácter compatible del recargo –que no cuestiona directamente–, pero sí con el carácter independiente de cualquier otra responsabilidad que le atribuye el art. 164 TRLGSS que, por otro lado, conduce a que las calificaciones jurídicas y valoraciones del orden penal no vinculen al orden social en esta materia en los términos que se analizarán. Por todo ello, y por la falta de amparo legal para esa disposición, la jurisprudencia ha acabado concluyendo en la inaplicabilidad de dicha paralización, solución que parece acertada⁵⁴.

⁵² Lo que de todas maneras no deja de ser polémico doctrinalmente. Al respecto, por ejemplo, NAVAS PAREJO ALONSO, M. “La aplicación del principio «non bis in idem» en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Temas Laborales* nº 124/2014, especialmente pp. 90 a 94.

⁵³ Véase ese razonamiento, por ejemplo, en SSTSJ (Castilla-La Mancha) 15-9-95, AS 3589; (Madrid) 5-10-95, AS 3891 y (Asturias) 15-5-98 y 29-5-98, AS 1446 y 1600.

⁵⁴ Por ejemplo SSTS 18-10-07, Rec. 2812/2006 y 17-7-13, Rec. 1023/2012.

El recargo tampoco excluye la responsabilidad civil ordinaria porque no cubre todos los daños producidos, sino que recae exclusivamente sobre las prestaciones de la Seguridad Social, que atienden únicamente a la situación de necesidad derivada de una contingencia producida y reconocida legalmente. No se impide, pues, que puedan existir otras reparaciones que recaigan sobre otros daños. De este modo, el recargo no indemniza ni la totalidad de los daños, ni daños diferentes de los que se reparan por las prestaciones de la Seguridad Social.

Por supuesto, la compatibilidad conlleva el efecto de que a la hora de fijar la cuantía del recargo no pueda deducirse, ni tomarse en consideración para minorarla, las cantidades satisfechas al trabajador por daños y perjuicios en atención a otra responsabilidad, específicamente la indemnización de daños reclamable igualmente ante el orden social⁵⁵.

2.4. Prohibición de aseguramiento

Conforme al art. 164.2 TRLGSS esta responsabilidad no es asegurable, siendo nulo cualquier pacto al respecto, lo que se justifica, además, en la naturaleza punitiva del mismo y a efectos de garantizar su efecto disuasorio e incentivador del cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales.

La conclusión anterior se podría cuestionar en atención al art. 5.5 LPRL que establece que se podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo. Pero, en contrario de la posibilidad de aseguramiento, cabe argumentar la prohibición expresa del art. 164.2 TRLGSS que sería norma especial no derogada por la LPRL, la realidad de que permitir el aseguramiento privaría del efecto disuasorio e incentivador del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral, y la aplicación de la disposición adicional primera de la LPRL, que mantiene en vigor expresamente las previsiones de la normativa de Seguridad Social en cuanto al régimen jurídico establecido en esa materia en relación con los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Para resolver la cuestión habría que atender a la finalidad de la norma y asumir la interpretación que mejor la garantice. En este sentido, si tenemos en cuenta que la finalidad principal del recargo no es la de indemnizar los daños, ni siquiera la de sancionar al empresario infractor, sino la de fomentar el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales y disuadir el incumplimiento de las normas establecidas en la materia, parece que como mejor se cumple esta finalidad es impidiendo el aseguramiento del recargo, lo que resulta, además, coherente con su naturaleza compleja y, desde luego, se ajusta a la literalidad de la norma.

Es más, el aseguramiento impediría la técnica utilizada para ese fin, que no es otra que la de incrementar considerablemente los costes de los defectos preventivos, fomentando así la inversión en prevención y haciendo más llevadero el coste de la misma. Si el recargo fuese asegurable, el coste sería el mismo para el empresario cumplidor que para el

⁵⁵ Al respecto SSTS, 2-10-00, Rec. 2393/1999; 14-2-01, Rec. 130/2000 y 21-2-02, Rec. 2239/2001, entre otras y concretando la doctrina 23-6-14, Rec. 1257/2013

incumplidor pues, normalmente, todos asegurarían esa responsabilidad con independencia de su mayor o menor respeto hacia las obligaciones preventivas.

Por otro lado, la prohibición de aseguramiento es absoluta y no puede eludirse mediante mecanismos aseguratorios que, sin hacer mención del recargo, cubran, por ejemplo, cualquier responsabilidad patrimonial del empresario por accidente. Esa operación sería nula y no exigible en cuanto al recargo, además de poder constituir una infracción de sus obligaciones en el plano aseguratorio por la entidad que asegurase esa responsabilidad.

Claro es que la prohibición tiene un elemento débil, pues rige para entidades sujetas al ordenamiento español, pero no para seguros que se concierten con entidades extranjeras y en contratos aparentemente no sujetos a este ordenamiento. Ahora bien, esas operaciones no serán exigibles en territorio español; aquí serían actos nulos por contrarios a una norma prohibitiva.

Parece, pues, coherente la solución de entender que no cabe aseguramiento alguno del recargo bajo ninguna fórmula y que cualquier operación que pretenda esa cobertura es nula y no exigible en el territorio español.

3. RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO E IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL RECARGO. PRESCRIPCIÓN

Aunque el recargo se concreta en una cuantía que recibe el trabajador accidentado o sus causahabientes, su determinación conlleva un previo expediente administrativo que concluye con una resolución administrativa, susceptible de recurso jurisdiccional ante el orden social.

La aplicación del recargo requiere un previo reconocimiento administrativo y su cuantía no es totalmente tasada, sino que oscila entre un 30% y un 50% de las prestaciones económicas procedentes, correspondiendo al empresario capitalizarlo y a la entidad gestora abonarlo una vez producida esa capitalización.

El reconocimiento se efectúa por las Direcciones Provinciales del INSS (art. 16 de la O.M. de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social), en expediente administrativo en materia de seguridad social que puede ser iniciado a solicitud de persona interesada o de la Inspección de Trabajo tal como ya se analizó.

Por supuesto el reconocimiento sólo podrá hacerse si la responsabilidad empresarial en esta materia no ha prescrito, debiendo regir al respecto los plazos de prescripción establecidos con carácter general para las prestaciones de la Seguridad Social (art. 53.1 TRLGSS), cuestión sobre la que volveré.

Las resoluciones recaídas en ese expediente son recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional social, pero la ejecución de la resolución administrativa se lleva a efecto, en su caso, en vía administrativa por la Tesorería de la Seguridad Social⁵⁶.

La necesidad del reconocimiento previo impide que el interesado reclame directamente del empresario infractor la aplicación del recargo pero, desde luego, no le impide impugnar en sede judicial, ante los órganos del orden social, la resolución administrativa que deniegue el recargo.

Por otro lado, cualquier persona declarada como responsable del recargo, incluso en condición de responsable solidario, está legitimado para impugnar el reconocimiento del recargo⁵⁷.

Como el presupuesto de hecho del recargo es que haya existido un incumplimiento de obligaciones, es posible que esa infracción empresarial haya merecido la correspondiente sanción en vía administrativa laboral. En épocas precedentes, de haberse impuesto la sanción y el recargo, existía la posibilidad de sentencias contradictorias, pues del recurso contra el recargo se encargaba la jurisdicción social y del recurso contra la sanción la jurisdicción contencioso-administrativa. La LPRL intentó aportar una solución al establecer en su art. 42.5 que: *“la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de las prestaciones de la Seguridad Social”*. Pero la solución no resultaba plenamente satisfactoria y desde luego la existencia de sentencias aparentemente contradictorias no era una mera posibilidad teórica⁵⁸, aunque ciertamente la

⁵⁶ Al respecto, por ejemplo, el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 3-11-98, AL 350/1999 y SSTSJ (Asturias) 31-1-97, AS 216 y (País Vasco) 4-11-97, AS 4647.

⁵⁷ Por ejemplo, entre otras, STSJ País Vasco 2-12-14, JUR 2015/21548, Rec. 1939/2014.

⁵⁸ De hecho, la jurisprudencia, por todas STS 25-4-18, Rec. 711/2016, razona señalando que: *“En ese contexto, y excluida la eficacia prejudicial de la cosa juzgada de la sentencia emitida por un órgano de otro orden jurisdiccional, el ordenamiento jurídico arbitró una medida tendente a evitar pronunciamientos contradictorios en lo que respecta a la fijación de los hechos, con una finalidad de coherencia y seguridad jurídica (ATC 74/2004 y 76/2004, de 9 de marzo), conforme a la cual el órgano de la jurisdicción social debe asumir como ciertos los hechos declarados tales por el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que como señala la TC 16/08 y es doctrina reiterada de esta Sala (TS 13-3-12, rec. 3779/10; 10-7-12, rec. 2980/11; 14-9-16, Rec. 846/15), no supone que el juez social no goce de libertad para valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso sobre recargo de prestaciones y que a la vista de su resultado no pueda separarse motivadamente de los hechos fijados en sede contencioso-administrativa, exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen la divergencia. En todo caso, la vinculación a los hechos probados de la sentencia del orden contencioso-administrativo, con el alcance señalado, no afecta a su enjuiciamiento y calificación en el plano jurídico, que los órganos de la jurisdicción social pueden realizar de manera independiente, y con resultado dispar, como consecuencia de aplicar normativas diferentes.”*

En la doctrina judicial, por ejemplo, STSJ (Castilla y León/Burgos) 10-7-96, AS 3222, contempla un supuesto en el que el empresario fue absuelto en el orden penal, en el civil, e incluso en el contencioso-administrativo se anuló la sanción que había impuesto la autoridad laboral, pero se acaba reconociendo la concurrencia del recargo de prestaciones por considerar que de los hechos probados se aprecia que concurrió culpa empresarial, siquiera “in vigilando”; Otro ejemplo parecido (absolución en el orden penal y revocación de la sanción en el contencioso-administrativo, pero condena en el social al abono del recargo) puede encontrarse en STSJ (Andalucía/Málaga) 13-3-98, AS 978.

vinculación a los hechos probados debía respetarse y, si no se discrepaba fundadamente de los mismos, había que estar a resultados congruentes con esa vinculación⁵⁹.

La situación podía haber mejorado ya hace tiempo, pues la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, daba, en su disposición adicional quinta, una nueva redacción al art. 3 de la LPL –vigente en aquél momento–, en la que se preveía, en su nuevo apartado 2 a), la atribución de competencia al orden social para conocer de las impugnaciones presentadas por los particulares contra las actas de la Inspección de Trabajo, pero la entrada en vigor de dicha disposición quedó diferida por la disposición adicional vigésima cuarta de Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ha sido la LRJS la que definitivamente ha atribuido la competencia en toda la materia relativa al accidente de trabajo al orden jurisdiccional social, con la única excepción de lo correspondiente al orden penal. El orden jurisdiccional social se convierte así en el orden natural para resolver todas las cuestiones derivadas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional ya que, no solo entiende de las reclamaciones indemnizatorias incluso de cualquier empleado público o trabajador autónomo económicamente dependiente (art. 2 d) y e) LJSS), sino de todas las relativas a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 2 o) LJSS), incluido el recargo de prestaciones existente en esta materia, y de las reclamaciones y recursos contra actuaciones sancionadoras derivadas de las actas de la Inspección de Trabajo en la materia (art. 2 n) LJSS).

Esta regla competencial, que unifica la competencia en el orden social, evita el peregrinaje jurisdiccional y permite un tratamiento más uniforme e integrado de todas las cuestiones relativas al accidente de trabajo y la enfermedad profesional, especialmente si se cumplen las reglas sobre acumulación y reparto establecidas en la LJS, en las que no me puedo detener y que pretenden que todos los litigios sobre un mismo accidente se solventen en el mismo juzgado o tribunal social (arts. 25.4, 28.2 y 30 LRJS).

Solo dos cuestiones quedan fuera de la competencia del orden social; una, la excepción a la competencia que se contiene en el art. 3 b) LJS, que excluye las acciones que en esta materia se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con él las obligaciones preventivas y entre cualquiera de ellos y las entidades que han asumido la obligación de organizar los servicios de prevención. Se trata esencialmente de litigios entre empleadores en los que se discute la responsabilidad que cada uno de ellos haya tenido en los daños ocasionados y, por tanto, la parte de indemnización que deba asumir en las relaciones entre ellos.

La segunda excepción hace referencia al orden penal; en efecto, cuando el accidente o la enfermedad profesional hayan generado actuaciones penales, el órgano que resuelva las mismas es competente igualmente para establecer la responsabilidad indemnizatoria por los daños derivados de la conducta penalmente relevante, aunque no en cuanto al recargo de prestaciones, remitiéndome a lo que diré.

⁵⁹ Como razona claramente STS 14-2-18, Rec. 205/2016.

Vigente la unificación competencial, la vinculación del propio orden jurisdiccional social a lo resuelto por él mismo en un proceso distinto al del recargo parece superior pues entraría en juego plenamente el efecto de cosa juzgada, razonando la jurisprudencia⁶⁰ que *“la posible eficacia vinculante de lo resuelto en el referido litigio, en el que debe ser emplazado el trabajador accidentado (art. 151.4 LRJS), como efectivamente lo fue en el presente procedimiento, en el seguido en materia de recargo de prestaciones dimana del art. 222.4 LEC , a lo que no es óbice la diversidad de objetos de uno y otro proceso, pues el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la completa identidad que es propia del efecto negativo, bastando con que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actué en el posterior como elemento condicionante o prejudicial.”*

No obstante lo anterior, no todos los problemas en esta dirección estarían resueltos, pues, de momento, no se establece vinculación alguna con lo resuelto en el orden penal y la jurisdicción penal puede haber intervenido, como avancé, en la punición de la conducta del empresario, lo que motiva la paralización del procedimiento administrativo dirigido a sancionar esa misma conducta que está en la base del reconocimiento del propio recargo. Esta regla sobre paralización, debe conducir a que el reconocimiento del recargo se vincule en cuanto a los hechos, en su caso, a lo resuelto en la posible sentencia penal, lo que también disminuiría la posibilidad de sentencias contradictorias.

Una cuestión adicional es la determinación de los efectos del reconocimiento, sobre todo a efectos económicos, esto es, desde cuándo debe abonarse el recargo una vez reconocido, ya sea en sede administrativa o, en su caso, en sede judicial.

De nuevo en esta cuestión renace el problema de determinar las reglas aplicables en atención a la compleja naturaleza del recargo, y de nuevo, una vez más, los órganos judiciales se han decantado por la importancia de la vertiente prestacional, lo que en cuanto a efectos económicos puede tener pleno sentido, pues los mismos se expresan mediante una mejora prestacional.

En este sentido, la jurisprudencia ha unificado doctrina⁶¹, entendiéndose que tanto el plazo de prescripción, como el de retroacción de efectos, deben regirse por las reglas existentes en materia de prestaciones de la Seguridad Social, por lo que la posibilidad de prescripción estaría sujeta al plazo de 5 años⁶² y los efectos se retrotraen a los 3 meses anteriores a la solicitud de reconocimiento del recargo, sin que pueda demorarse ese efecto a la fecha del reconocimiento, pero sin que tampoco pueda equipararse a la solicitud del recargo la de la prestación normal, porque el recargo tiene una dinámica propia en relación con ella, pudiendo existir la misma sin recargo, o de la otras responsabilidades reclamadas por el trabajador que son compatibles pero independientes, por lo que su reclamación no conlleva necesariamente la del recargo.

⁶⁰ La ya citada STS 25-4-18, Rec. 711/2016, que marca claramente la diferencia entre la situación precedente a esta atribución competencial y la actual.

⁶¹ Al respecto, STS 20-9-2016, RJ 4891

⁶² Además de la citada, véanse SSTS 9-2-2006, Rec. 4100/2044; 19-7-2013, Rec. 2730/212; 12-11-2013, Rec. 3117/2012; 18-12-2015, Rec. 2720/2014, etc.

A su vez, el expediente administrativo de reconocimiento del recargo, lógicamente interrumpe la prescripción, aunque en principio y salvo causa justificativa de lo contrario, solo durante el plazo que tiene la administración para resolver pues, a partir de dicho momento, el expediente puede entenderse resuelto en sentido negativo.

Por otro lado, el procedimiento administrativo para reconocimiento del recargo se rige por las reglas generales ya mencionadas y por las aplicables con carácter general a todos los procedimientos administrativos, reglas cuya aplicación podrá ser alegada y resuelta por el órgano del orden jurisdiccional social que entienda en la materia que lo hará, normalmente, a través del proceso en materia de Seguridad Social (arts. 140 y ss. LRJS)

4. CONCLUSIONES: ¿CABE REPLANTEAR EL RECARGO DE PRESTACIONES?

Como se ha visto, el recargo de prestaciones tiene una función evidente: incentivar el cumplimiento de las normas preventivas; desde esa perspectiva y visto el grado de incumplimiento de las mismas, que sigue siendo elevado; la tasa de siniestralidad laboral, que sigue muy alta, y nuestra estructura empresarial con una gran extensión de la pequeña empresa e incluso de la micro empresa, a la que los costes de la prevención le resultan molestos en no pocos casos, no parece que haya llegado el momento para un replanteamiento general del recargo y menos para su supresión.

Se ha podido ver que los problemas aplicativos tampoco son graves, y que puede darse una cierta coherencia al régimen jurídico del recargo de prestaciones desde su función socio-jurídica y diferenciando entre esa función, de dimensión colectiva, incentivando el cumplimiento de las obligaciones destinadas a garantizar la vida, salud e integridad de los trabajadores, y la técnica utilizada, basada en la incidencia en los costes de la no prevención mediante una compensación de naturaleza compensatoria-prestacional, con beneficiarios individualizados que, por tanto, están directamente interesados en su aplicación lo que garantiza la exigencia de esta responsabilidad.

En estos términos, y aunque puedan repensarse aspectos particulares del régimen jurídico, entiendo que el recargo puede mantenerse y su regulación no necesita de grandes transformaciones pues, además, cuenta con una aplicación ya con larga tradición en muchas cuestiones y que cabe entender como plenamente consolidada.

La costumbre matrimonial gitana y el derecho a pensión contributiva de viudedad. Una reinterpretación del tema, a la luz de la historia y la interdisciplinariedad jurídicas

Gypsy marriage practices and the right to the widow's contributory pension. A reinterpretation of the subject, in the light of legal history and its interdisciplinary nature

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
FACULTAD DE DERECHO-UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

El giro jurisprudencial habido en España en 2018, a propósito del derecho a pensión contributiva de viudedad de los contrayentes gitanos, obliga a reflexionar sobre el tema también desde fuera del ámbito del Derecho de la Seguridad Social. En este trabajo, se analiza la eficacia jurídica de la costumbre matrimonial gitana no sólo desde un punto de vista histórico, sino también desde las perspectivas penal, civil, fiscal y, por supuesto, de seguridad social. Se concluye en él sobre la necesidad de amparar la eficacia jurídica de dicha costumbre multiseccular, que es una costumbre «*praeter legem*», aplicando el tenor del apartado 3 del artículo 1 del Código Civil.

Abstract

The jurisprudential shift that took place in Spain in 2018, with regard to the right to a widow's contributory pension, forces us to reflect on the issue, also from outside the scope of Social Security Law. In this work, the legal efficacy of gypsy marriage practices is analysed not only from a historical point of view, but also from penal, civil, fiscal and, of course, social security perspectives. It concludes by focusing on the need to protect the legal efficacy of this age-old practice, which is a "*praeter legem*" (not regulated by law) custom, according to paragraph 3 of Article 1 of the Civil Code.

Palabras clave

Pensión de viudedad; Matrimonio gitano; Costumbre; Eficacia jurídica; Historia del Derecho; Derecho Penal; Derecho Civil; Derecho Fiscal; Derecho de la Seguridad Social

Keywords

Widow's pension; Gypsy marriage; Custom; Legal efficacy; History of Law; Criminal Law; Civil Law; Tax Law; Right to Social Security

1. PLANTEAMIENTO

Los protagonistas estelares del tema de que trata este trabajo son, en realidad, tres votos particulares. En primer lugar, el formulado por el Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ frente a la opinión mayoritaria vertida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 abril¹, cuya siembra de argumentos jurídicos fructificó en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a que me referiré inmediatamente, cabiendo concluir que de algún modo la pronosticaba e, incluso, la prefiguraba (literalmente, según dicho voto particular, «no hubiera sido necesario que doña María Luisa [esto es, la viuda

¹ *Boletín Oficial del Estado* de 23 mayo 2007.

gitana demandante de amparo] se vea obligada a recurrir a instancias supranacionales para obtener la protección que reclama»². En segundo lugar, en las antípodas de este impecable escrito jurídico, la opinión disidente formulada por el Juez holandés MYJER frente a la opinión mayoritaria de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009 (caso *Muñoz Díaz c. España*)³, un escrito que destila, en mi opinión, lo que los colegas norteamericanos acostumbrados a combatir el supremacismo discriminatorio por razón de raza (la latina, en su concreto caso, frente a la clásica blanca-anglosajona-protestante) denominarían «odio seco [*dry hate*]»⁴ –en él, por ejemplo, se afirma que «recuso la idea de que el Estado tendría la obligación positiva de adaptar sus Leyes sobre el matrimonio a la voluntad de individuos o grupos con un estilo de vida particular, incluso en el caso de que estos individuos o grupos, como ocurre con los gitanos en España, constituyan una parte importante de la población»⁵; o que «al parecer, actualmente, hay muchos gitanos españoles que se casan dos veces», lo que «difiere muy poco de lo que ocurre en otros países, incluido el mío (Países Bajos), en los que un matrimonio legal se celebra ante una autoridad pública, y si las partes así lo desean, después tiene lugar una celebración religiosa»⁶; o en fin, que «no sabemos nada de la obediencia religiosa de la [viuda gitana] demandante, si es que la tenía»⁷–, pero cuya nueva siembra de argumentos jurídicos acaba de ser aprovechada por la Sentencia de la Sala de lo Social (constituida en Sala General) del Tribunal Supremo de 25 enero 2018, fallada en casación para la unificación de doctrina⁸. Y en tercer lugar, el voto particular formulado por las Magistradas ARASTEY SAHÚN y SEGOVIANO ASTABURUAGA frente a la opinión mayoritaria de sus cinco colegas en esta última Sentencia del Pleno de la Sala, respecto del que creo que resulta razonable pronosticar que su nueva batería de argumentos jurídicos acabará resultando igualmente fértil, aunque discrepe –por las razones que expondré luego– de su afirmación relativa a que «el supuesto ahora enjuiciado no presenta las características que fueron tenidas en cuenta en su día por la citada STEDH del caso *Muñoz Díaz*»⁹. Lógicamente, las dos primeras resoluciones citadas (también, sus votos particulares) han dado lugar a una espléndida literatura jurídica laboralista –estimulante siempre–, que me alivia de la carga de tener que volver a abordarlas ahora detenidamente, con el mismo o parecido detalle con el que parecen tratadas en ella.

Esa doctrina laboralista –si se tienen en cuenta los análisis centrados en toda la historia reciente del tema (esto es, los análisis que comprendan tanto la Sentencia 69/2007 del Tribunal Constitucional como la del Tribunal de Estrasburgo de 2009)– está representada, en realidad, por tres autores¹⁰. Los tres concluyen que el matrimonio gitano es

² Cfr. apartado 2, párrafo segundo.

³ La cito, por mayor comodidad, vía *Aranzadi Westlaw*, referencia TEDH 2009/140.

⁴ Por todos, véase CAMPBELL, K., «A dry hate: White supremacy and anti-immigrant rhetoric in the humanitarian crisis on the U.S.-Mexico border», *West Virginia Law Review*, núm. 117 (2015), págs. 1081 y ss.

⁵ Cfr. párrafo décimo primero.

⁶ Cfr. párrafo décimo octavo.

⁷ Cfr. párrafo décimo noveno.

⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2018/515.

⁹ Cfr. Fundamento de Derecho primero, apartado 2, párrafo cuarto.

¹⁰ Véase también, aunque centrado –por razón de su fecha– en la Sentencia 69/2007 del Tribunal Constitucional, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad», *Aranzadi Social*, núm. 2 (2007), concluyendo todo lo siguiente: «si la inscripción del matrimonio en el registro civil no es un requisito consustancial al mismo, en la medida en que éste adquiere plena eficacia desde su celebración; si se ha concedido la prestación de viudedad en supuesto de celebración de matrimonio por formas religiosas no reconocidas legalmente por el ordenamiento jurídico español que, con posterioridad, se admitieron como

(...)

una unión de hecho, pero no una forma matrimonial legítima o matrimonio de Derecho, de manera que los contrayentes por tal rito deben cumplir las exigencias que viene imponiendo desde 2007 a todas las parejas de hecho el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (y que impone hoy el artículo 221 de la Ley vigente de 2015), supuesto que pretendan lucrar la pensión viudedad. En este sentido, RODRÍGUEZ CARDO concluye que «las cautelas con las que el Tribunal [de Estrasburgo] se pronuncia probablemente habiliten al Estado español para mantener que el matrimonio conforme al rito gitano no es un vínculo apto para lucrar la pensión de viudedad»¹¹, y propugna que «sólo es necesario romper la creencia “de buena fe” de los contrayentes, informando expresamente en los documentos expedidos con otra finalidad (libro de familia, condición de familia numerosa, cartilla sanitaria, etc.) que tales documentos no prejuzgan la condición de cónyuge y no garantizan el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad»¹², cabiendo incluso «precisar de forma explícita en los propios documentos que el matrimonio por el rito gitano no es un matrimonio con efectos civiles en el ordenamiento español»¹³. Por su parte, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO comienza su análisis indicando que «el caso Muñoz Díaz ha tenido una inusitada repercusión mediática creando expectativas sobre una posible equiparación de efectos entre uniones gitanas y matrimonios celebrados conforme a la legislación española, conclusión esta última que no parece fundada tras analizar la sentencia»¹⁴, afirmando luego –después de efectuar dicho análisis– que «difícilmente el caso Muñoz Díaz podrá ser extrapolado a futuras demandas, puesto que el TEDH no ha reconocido que la unión por el rito gitano haya de producir efectos civiles»¹⁵. En fin, en la misma línea, DESDENTADO DAROCA critica la apelación a la «buena fe» de la viuda gitana realizada por el Tribunal de Estrasburgo [«cuando contrajo matrimonio, en noviembre de 1971», afirmó dicho Tribunal, «en ese momento, existía el convencimiento por parte de la mujer de haber contraído un matrimonio válido conforme a las leyes españolas. Pero este convencimiento no responde a la buena fe, sino, en todo caso, a un error de derecho (artículo 6.1.2º del Código Civil), que no reúne el requisito de ser excusable, ni tendría eficacia en orden al reconocimiento del matrimonio. El artículo 6.1 del Código Civil es claro al respecto: “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»]¹⁶, recordando luego dicha autora

válidas y con plena eficacia jurídica para todos los efectos; si la prestación ha sido concedida de forma generosa en supuestos matrimoniales controvertidos (cambio de sexo de uno de los cónyuges, poligamia, etc.); y, si, en fin, el propio TC no niega que un conviviente supérstite pueda tener algún tipo de protección desde el sistema público, por qué no va a ser posible entender, como lo hace el voto particular, que el matrimonio en este caso ha existido realmente, y debe generar, en consecuencia, todas las ramificaciones de tal circunstancia, incluida, en fin, la prestación de viudedad. El encadenamiento de los argumentos del voto particular conduce a la solución afirmativa que debería haber seguido el tribunal en su resolución mayoritaria para conceder un amparo que, en justicia, merecía el superviviente de hecho» (pág. 75).

¹¹ Véase RODRÍGUEZ CARDO, I., «El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad (Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009)», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2010), pág. 259.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*. Del propio autor, en la misma línea, véase igualmente «Forma matrimonial y pensión de viudedad: En particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16 (2008), págs. 13 y ss.

¹⁴ Véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, núm. 18 (2010), pág. 554.

¹⁵ *Ibidem*, pág.

¹⁶ Véase DESDENTADO DAROCA, E., «La pensión de viudedad y el matrimonio celebrado por el rito gitano. Reflexiones a propósito de la STEDH de 8 de diciembre de 2009», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 (2010), pág. 162.

que el propio Tribunal de Estrasburgo rechazó admitir que «el que no se reconozcan al matrimonio gitano efectos civiles cuando existen otras formas matrimoniales de carácter religioso expresamente reconocidas no supone un trato discriminatorio»¹⁷, y concluyendo – tras calificar la Sentencia de Estrasburgo como «sentencia que sería mejor olvidar»¹⁸– lo siguiente: «La sentencia muestra los peligros de determinados razonamientos judiciales que abandonan el imperio de la ley para seguir algunas sendas más inseguras. El Juez Myjer tiene razón: esta sentencia no contribuye a afianzar el prestigio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»¹⁹.

Yo mismo me ocupé del tema –hace ahora catorce años–, cuando no resultaba previsible que el mismo derivaría por donde ha acabado derivando en la actualidad²⁰. Sostenía entonces, respecto del matrimonio gitano –criticando doctrina judicial de suplicación, que negaba a las viudas gitanas el derecho a lucrar pensión de viudedad–, lo siguiente: 1) en el caso de la costumbre matrimonial gitana, no se trataba «de una costumbre cualquiera, sino de una verdadera costumbre multiseccular, cuya existencia aparece ya probada por lo menos en 1499, de acuerdo con lo dispuesto en la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805»²¹; 2) «a falta de ley especial aplicable –como la existente para católicos, protestantes evangélicos, musulmanes y judíos, que aquí ni hay ni puede llegar a haber, al no existir “religión” gitana–», no podía «sorprenderse la buena fe sustentada en una costumbre de siglos»²²; y 3) que resultaba aplicable «lo dispuesto en el artículo 1.3 CC, según el cual “la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y que resulte probada”»²³. En lo que sigue, pretendo desarrollar esta antigua y embrionaria tesis mía, con la finalidad de desmontar la creencia –generalizada, en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social– de que la costumbre matrimonial gitana no sólo no produce efectos jurídicos civiles, sino incluso que no produce efectos jurídicos de ningún tipo (en el propio voto particular de las Magistradas ARASTEY y SEGOVIANO, a juzgar con simpatía, se afirma que «ninguna duda cabe que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, *con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito*») ²⁴. Con dicho objetivo, profundizaré en el examen de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, para poner de relieve que una Real Cédula de 1726 dispensó un trato de favor precisamente a las viudas gitanas, lo que desde luego implicaba reconocer concreta eficacia jurídica a la costumbre matrimonial de dicha etnia (cfr. *infra*, II). Y despejada esta sorpresa histórica, expondré a continuación que el vacío de regulación existente en España sobre el matrimonio gitano –vacío tan propicio a ser llenado por una costumbre «*praeter legem*»– viene obligando a nuestros tribunales ordinarios a reconocer al matrimonio gitano concretos efectos jurídicos, tanto penales (cfr. *infra*, III) como civiles (cfr. *infra*, IV). Criticaré asimismo la supuesta falta de efectos jurídicos propios que se asigna por otros tribunales

¹⁷ *Ibidem*, pág. 165.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 168.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en BORRAJO DACRUZ, E. (Director), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 3 y ss.

²¹ *Ibidem*, pág. 20.

²² *Ibidem*, págs. 20-21.

²³ *Ibidem*, pág. 21.

²⁴ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 4, párrafo primero.

ordinarios al matrimonio gitano, pero en el ámbito fiscal (cfr. *infra*, V), y por supuesto, en el ámbito de la pensión de viudedad (cfr. *infra*, VI), concluyendo con unos pronósticos, así como con unas reflexiones sobre la distinción entre integración social y asimilación cultural (cfr. *infra*, VII). Y todo ello, porque tengo la convicción de que el tenor del artículo 1, apartado 3, del Código Civil, acerca de que la costumbre es verdadera fuente del Derecho y en todos los ámbitos jurídicos –incluso en este siglo XXI, tan legiferante, en que nos encontramos–, no puede ser mirado como si se tratase de mera letra muerta.

2. LA EFICACIA JURÍDICA DEL MATRIMONIO GITANO EN LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA DE 1805

En el citado voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA, se afirma literalmente lo siguiente: «Los gitanos españoles constituyen un grupo étnico formado por más de medio millón de personas, que se asentaron en España hace 500 años. El legislador español se refería ya a la familia gitana como un mero hecho en la Pragmática de Medina del Campo del año 1499 (Ley 1 del Título XVI, Libro XII de la Novísima Recopilación), bastantes siglos antes de que apareciese en nuestro ordenamiento jurídico “la forma de acceso civil al vínculo matrimonial” “de escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial”, a que les remite el fundamento jurídico 4 de la Sentencia de la mayoría»²⁵. Y en efecto, dicha concreta ley recopilada²⁶ contenía una referencia implícita al matrimonio gitano, en un contexto asimilacionista –que hoy resulta, todo hay que decirlo, espeluznante y repelente–, al afirmar que «Mandamos á los egipcianos que andan vagando por nuestros reynos y señoríos *con sus mugeres y hijos*, que del día que esta ley fuere notificada y pregonada en esta nuestra Corte, y en las villas, lugares y ciudades que son cabezas de partidos fasta sesenta días siguientes, cada uno dellos vivan por oficios conocidos ..., y no anden mas juntos vagando por nuestros reynos, como lo facen ...»²⁷. Como pone de relieve dicho voto particular, esta concreta ley se inserta en un Título (rotulado «De los gitanos, su vagancia y otros exesos»), cuya vigencia –añado yo– se confirmó luego expresamente, en el segundo tercio del siglo XIX²⁸. Este Título comprendía diez leyes más, con nuevas referencias implícitas al matrimonio gitano (por ejemplo, en la ley VII, recogiendo una pragmática de Carlos II de 12 junio 1695, se afirma que «Los gitanos que permanecieren tolerados en estos reynos ... no puedan tener otro exercicio ni modo de vivir mas que el de la labranza y cultura de los campos, en que también podrán ayudarlos *sus mugeres é hijos* de edad competente, sin que á unos ni otros se les permita otro oficio ni exercicio ...»)»²⁹. Y de entre este conjunto de leyes recopiladas, la más interesante a mis concretos efectos es, sin duda, la ley IX del Título en cuestión.

Dicha norma reproduce una Real Cédula de Felipe V, fechada en Madrid el 1 octubre 1726, y principalmente orientada a combatir el nomadismo gitano. Su excepcional interés radica, de un lado, en el hecho de que mencione expresamente el matrimonio gitano, a

²⁵ Cfr. apartado 3, párrafo segundo.

²⁶ Cito la Novísima Recopilación a través *Los Códigos españoles concordados y anotados*, en doce volúmenes, Imprenta de La Publicidad (Madrid, 1850).

²⁷ Cfr. medio-inciso primero.

²⁸ En la nota (a) del rótulo del Título se indica todo lo siguiente: «Las disposiciones que en este título se contienen sobre los jitanos, fueron recordadas y mandadas observar por la R.C. de 1º de marzo de 1837, cap. 15 de la instrucción de corregidores; R.C. de 22 de agosto de 1814, y R.O. de 11 de enero de 1827».

²⁹ Cfr. apartado 4.

propósito de las gitanas solteras, recordando que «... por auto del Consejo de 8 de junio de 1700 se mandó salir de la Corte las *gitanas no casadas con gitanos* avencindados en ella ...»³⁰; y de otro lado, por causa de mencionar –de nuevo expresamente– las viudas gitanas, asignando un concreto efecto jurídico al matrimonio contraído por ellas (literalmente, «... no permitáis salir a los gitanos de los lugares de su distrito, sino es con urgente causa, y precediendo licencia por tiempo limitado, que se les ha de dar por escrito, y poniéndoles señas, de suerte que al que se encontrare en el campo y poblado, que no sea el de su vecindad, sin esta circunstancia, mandamos, se le impongan por el mismo hecho, y sin justificación de otro delito, las penas de gitano vagamundo: y que no se den licencias para dos gitanos, ni para muger alguna ni muchacho, porque estos no han de poder salir de sus vecindades, *excepto siendo viuda*, que se le podrá dar licencia con las mismas circunstancias ...»)³¹. No consta en la norma el porqué de tal excepción con las viudas gitanas, aunque no pueda descartarse –en un contexto de piedad formal extrema, como el de aquella época– el conocimiento por el redactor del precepto de los textos de la Sagrada Escritura, acerca de la protección de que eran acreedores frente a todos, especialmente las viudas y los huérfanos (por ejemplo, «Maldito quien fuerza el derecho del forastero, el huérfano o la viuda –Y todo el pueblo dirá: Amén»³²; «No vejarás a viuda y a huérfano. Si le vejas y clama a mí, no dejaré de oír su clamor, se encenderá mi ira y os mataré a espada; vuestras mujeres quedarán viudas y vuestros hijos huérfanos»³³, etc.).

El Título de leyes recopiladas a que vengo refiriéndome concluye con la ley XI, en la que se reproduce una pragmática-sanción de Carlos III de 19 septiembre 1783, cuyo sentido es igualmente el de la asimilación de los gitanos de la época («... mando, que ellos y cualquiera de ellos no usen de la lengua, trage y método de vida vagante, de que hayan usado hasta de presente, baxo las penas abaxo contenidas»)³⁴. Presenta, sin embargo, el interés adicional de reconocer expresamente que todos los intentos asimilacionistas de los antepasados de dicho Rey ilustrado resultaron un fracaso, pues «Como la experiencia de dos siglos y mas ha hecho ver el descuido que ha habido en la observancia de otras leyes y pragmáticas iguales a ésta en los puntos de que trata, encargo mucho al Consejo la vigilancia, para que no suceda lo mismo ...»³⁵, habiendo descrito incluso CERVANTES –que pone en boca de uno de sus personajes la sentencia de que «los gitanos no nos casamos sino con gitanas»– el ambiente de general inobservancia de estas leyes³⁶. En la línea típicamente ilustrada de exaltación de todo trabajo útil³⁷, lo que proponía dicha ley XI era la apertura a

³⁰ Cfr. nota (4) de la ley.

³¹ Cfr. inciso segundo.

³² Dt 27, 19.

³³ Ex 20, 21-23.

³⁴ Cfr. apartado 2.

³⁵ Cfr. apartado 43.

³⁶ Véase DE CERVANTES, M. «La gitanilla», en el volumen *Novelas ejemplares*, t. I, 3ª ed., Losada (Buenos Aires, 1971), *passim* (la cita entrecomillada en pág. 65).

³⁷ Téngase en cuenta que a la tradicional «indignidad y vileza» del trabajo manual «puso fin formalmente la Real Cédula de Carlos III de 18 marzo 1783, sobre “habilitación para obtener empleos de República los que exercen artes y oficios, con declaración de ser éstos honestos y honrados”», habiéndose promulgado esta norma «en un contexto de pensamiento ilustrado, caracterizado por su confianza absoluta precisamente en el trabajo manual (las “artes”, se decía entonces) como factor decisivo para alcanzar “la Felicidad de la Nación” y, además, por su proclamación del “derecho que tiene el hombre a trabajar” –también novedad del siglo XVIII– como un “derecho absoluto, que abraza todas las ocupaciones útiles, y que tiene tanta extensión como el de vivir o conservarse”». Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M.,

(...)

los gitanos de cualquier ocupación honesta (literalmente, «Concedo el término de noventa días, contados desde la publicación de esta ley en cada cabeza de partido, para que todos los vagamundos, de esta y cualquiera clase que sean, se retiren á los pueblos de los dominios que eligieren, excepto por ahora la Corte y Sitios Reales, y abandonando el traje, lengua y modales de los llamados gitanos, se apliquen á oficio, ejercicio ú ocupación honesta, sin distinción de la labranza ó artes»), conminándoles si no lo hiciesen con la imposición de penas horribles ya fijadas por sus antepasados, aunque exceptuando de ellas –con nueva mención implícita del matrimonio gitano– «... á los niños y jóvenes de ambos sexos que no excedieren de diez y seis años»³⁸, de manera que «Estos, aunque sean *hijos de familia*, serán apartados de la de sus padres que fueren vagos y sin oficio, y se les destinará a aprender alguno, ó se les colocará en hospicios o casas de enseñanza»³⁹.

3. LA EFICACIA JURÍDICA PENAL ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO

El Derecho Penal ha sido pionero en España a la hora de equiparar matrimonios y uniones de hecho⁴⁰, habiéndose producido la misma –hace ahora siete lustros– con la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que procedió a reformular la circunstancia mixta de parentesco (tras la enmienda de su artículo 11, para indicar que «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado *cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad*, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afin en los mismos grados del ofensor») y el por aquel entonces denominado encubrimiento entre parientes (tras la enmienda de su artículo 18, para ordenar que «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que lo sean de su *cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad*, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número uno del artículo anterior»), con la escueta justificación de que «se acoge en ambos preceptos la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores a las emanadas del parentesco»⁴¹, y de que «no hay motivo para limitar los efectos jurídicos penales de las relaciones afectivas»⁴². Aunque la norma no pensaba en absoluto en el matrimonio gitano, es evidente que la equiparación en cuestión diluía la concreta especie de dicho matrimonio dentro del género más amplio de las uniones permanentes de hecho, entorpeciendo de este modo poder captar si el matrimonio gitano –en cuanto tal, y no como mera unión de hecho– era o no susceptible de producir efectos jurídicos específicos, siempre en el concreto ámbito jurídico-penal. Ahora bien, como comprobaremos dentro de un momento, cierta concreta peculiaridad caracterizante del matrimonio gitano ha obligado a los tribunales penales a tener que reconocer no sólo que se trata de una concreta especie de matrimonio –inasimilable a las meras uniones permanentes

Derecho del Trabajo, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 12, con cita de obras del Conde de Campomanes y de M.G. JOVELLANOS.

³⁸ Cfr. apartado 16.

³⁹ Apartado 17.

⁴⁰ Interesante por su perspectiva práctica, véase MUÑOZ MARÍN, A., «La análoga relación de afectividad al matrimonio a efectos procesales penales», *CEFLegal. Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 184 (2016), págs. 135 y ss.

⁴¹ Cfr. exposición de motivos, párrafo noveno.

⁴² *Ibidem*.

de hecho–, sino también que se trata de un matrimonio susceptible de producir efectos jurídico-penales propios, autónomos y muy específicos.

Esa característica se refiere al hecho de que los gitanos contraen matrimonio, con sujeción a sus peculiares ritos consuetudinarios, a edades insólitamente tempranas en los tiempos actuales. La jurisprudencia registrando este hecho –en todos los órdenes jurisdiccionales– resulta abrumadora y constante. Se afirma en ella, por ejemplo, que «no sólo su hijo José Angel y la aquí denunciante Ana María comenzaron una vida de pareja con su consentimiento [esto es, el de sus padres] siendo menores de edad, sino que ambos acusados también lo hicieron así, tal como se refleja en los informes psico-sociales unidos al Rollo de Sala, donde se expone que han vivido como pareja desde los 12 –así consta en el informe referente a la acusada– o desde los 13 y 15 años –como consta en el informe relativo al acusado–», resultando que «tales uniones no se efectuaron en legal forma, sino con arreglo al rito gitano»⁴³; o que el gitano del caso residía «en una casa próxima a la de sus abuelos maternos, con una menor de su misma edad [“15 años”] con la que se casó por el rito gitano»⁴⁴; o que «en el caso de la etnia gitana, como son dicha madre e hija, esto se agrava, pues dada su costumbre de casarse muy jóvenes y por su rito, las hijas se emancipan de facto mucho antes de que lo pudieran hacer legalmente y pasan a depender de sus parejas»⁴⁵; o en fin, que cierta menor «en febrero de 2014 (es decir contando sólo con 14 años de edad) se casó por el rito gitano»⁴⁶. El hecho puede escandalizar ahora, cuando prácticamente ya se ha olvidado que las leyes canónicas –promulgadas para aplicarse en todo el planeta, lo que les obligaba a presuponer que la precocidad sexual no tiene por qué ser idéntica en todas las razas– concebían tradicionalmente el impedimento de edad como dispensable, incluso por debajo de la de catorce años⁴⁷. Ahora bien, lo que me interesa poner de relieve aquí es la necesidad de tener que conjugar, de un lado, el dato de que contraer matrimonio –también por el rito gitano– implica naturalmente poder yacer, tras celebrarlo; y de otro lado, el hecho de que si se yace por debajo de cierta de edad, tendrá que plantearse frontalmente la posible existencia en dicho caso de un delito de abusos sexuales. Siempre respecto de los contrayentes gitanos, es un tema del que recurrentemente vienen conociendo nuestros tribunales penales. Y de entre los casos resueltos por ellos, creo que sobresale una muy reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 diciembre 2017⁴⁸, en la que ya se tiene en cuenta la modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por virtud de la cual se elevó la edad para el consentimiento sexual a 16 años.

⁴³ Al respecto, véase Sentencia 131/2006, de 12 abril, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2006/188959), Fundamento Jurídico octavo.

⁴⁴ Cfr. Auto 142/2007, de 5 junio, de la Audiencia Provincial de Madrid (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2007/312567), Razonamiento Jurídico tercero.

⁴⁵ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 diciembre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJCA 2015/153), Fundamento de Derecho segundo.

⁴⁶ Cfr. Sentencia 428/2015, de 14 julio, de la Audiencia Provincial de Málaga (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2016/108978), Fundamento de Derecho segundo.

⁴⁷ Recordando (sobre la base de que el Código de Derecho Canónico de 1917 fijaba en 16 años, para el varón, y en 14 años, para la mujer, la edad para contraer matrimonio válido) que se «reserva a la Santa Sede la dispensa del impedimento de edad cuando la falta de ella excede de un año» (si no excediese de un año, «pueden dispensar los Obispos»), véase MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L., ALONSO MORÁN, S. Y CABREROS DE ANTA, M., *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria. Texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios*, Biblioteca de Autores Cristianos (Madrid, 1974), pág. 409.

⁴⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2018/50486.

En dicho caso, se consideraron probados los siguientes hechos: 1) «el 5 de mayo de 2014, en Rumanía, se llevó a cabo el matrimonio entre Juan Antonio y Dolores por el rito gitano»⁴⁹, aunque luego se trasladaron a España, habiendo explicando la segunda al tribunal que «conoció a Juan Antonio por Facebook»⁵⁰; 2) «siendo un hecho objetivo y cierto que, en el momento de celebrarse la boda, Dolores contaba con once años y Juan Antonio con diecisiete, también lo es que, de forma voluntaria, según su relato, la menor se fugó con Juan Antonio para forzar la boda, que es algo que forma parte del ritual gitano de la celebración de los matrimonios»⁵¹; y 3) «el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años ..., siendo el autor material de los hechos ... Juan Antonio, y cooperadores necesarios [los padres de ambos] ..., solicitando se les impusiera, a cada uno de ellos la pena [principal] de 11 años de prisión»⁵². Ahora bien, dado que «las fotos y vídeo obrante en las actuaciones respecto a dicha celebración muestran a una menor con un aspecto físico que aparenta una edad muy superior a la biológica ..., y revelan todo el ritual de un matrimonio que, a efectos administrativos y legales no es válido, pero que a efectos culturales, sociales, tradicionales de ambas familias, tiene total validez»⁵³, la Audiencia Provincial de Valladolid absolvió a los cinco imputados, después de poner de relieve que el rito matrimonial gitano «no es algo que se desconozca en este país, porque las personas pertenecientes a la etnia gitana española, igualmente, efectúan el mismo ritual, la fuga, el concierto entre los padres y la boda, y, en muchísimas ocasiones, siendo ambos novios menores de 16 años»⁵⁴. El argumento clave para absolverlos, fue el de que «lo que concurre en este caso es un error de prohibición invencible del artículo 14.3 del C[ódigo]P[enal]»⁵⁵, esto es, «un error sobre la ilicitud del hecho que constituye la infracción penal»⁵⁶ (y en consecuencia, una excepción al «principio “ignorancia iuris non excusat”»)⁵⁷, visto que «sólo puede exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el destinatario ideal de la norma»⁵⁸, y los acusados no lo estaban, pues «las consecuencias de haber contraído matrimonio, la posibilidad de tener hijos, por ejemplo, se derivan con absoluta naturalidad del mismo ..., porque viven de conformidad con sus tradiciones y su formación cultural a lo que alcanza es a entender que, una vez celebrada la boda ritual, los novios conviven como un matrimonio válido»⁵⁹. Por supuesto, no se trata de un caso penal aislado, pues otros varios también confirmaron con anterioridad a él la existencia de un error invencible en los contrayentes y en sus padres, y en relación no sólo con el delito de abusos sexuales⁶⁰. En mi opinión, a la vista de estos casos, parece claro que

⁴⁹ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo segundo.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. Antecedente de Hecho núm. 5.

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo tercero.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo quinto.

⁵⁵ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo cuarto.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo octavo.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, párrafo primero.

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, Sentencia 131/2006, de 12 abril, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2006/188959). En idéntico sentido que la Sentencia vallisoletana citada, véase Sentencia 356/2011, de 24 octubre, de la Audiencia Provincial de Castellón (*Aranzadi Westlaw*, referencia ARP 2011/1248), poniendo de relieve que «aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de

(...)

no queda más remedio que concluir sobre la necesidad de asignar alguna concreta eficacia jurídico-penal a la multisecular costumbre matrimonial gitana.

4. LA EFICACIA JURÍDICA CIVIL ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO

A diferencia de lo que sucede con el Código Penal, nuestro Código Civil contempla fragmentariamente (y además, sólo en un puñado de preceptos, que se cuentan casi con los dedos de una mano) la realidad de las uniones de hecho⁶¹, lo que explica que su regulación sobre la familia y sobre las herencias siga permaneciendo asentada, como regla, en las nociones tradicionales legales de «matrimonio» y de «cónyuge»⁶². Por supuesto, el matrimonio gitano no sólo nace –incluso a muy temprana edad, como acaba de comprobarse–, sino que tiene también sus propias vicisitudes y su dinámica –como cualquier otro matrimonio–, habiéndose visto obligados los tribunales civiles a tener que encajar tales vicisitudes en preceptos civiles relativos sólo a las formas de matrimonio expresamente reconocidas por el Estado. Entre este tipo de preceptos del Código Civil, por ejemplo, se cuentan su artículo 144 (sobre el orden de prelación de los alimentistas, que obliga a llamar, en primer lugar, «al cónyuge») o su artículo 145 (sobre el reparto de la obligación de alimentos, cuyo párrafo tercero dispone que «se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél»). Pues bien, un encaje del matrimonio gitano en estos dos preceptos se vio obligada a tener que realizarlo, con toda naturalidad, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 22 julio 2015⁶³, relativa al siguiente supuesto de hecho: «D^a. Rebeca y D. Evaristo se casaron por el rito gitano en el año 2009, la relación duró año y medio y fruto de la misma nació ... un hijo, Marcos. Desde el término de la relación la actora se ha ocupado sola de su hijo, desentendiéndose el padre de él. La sentencia [de primera instancia, luego recurrida] otorga la guardia y custodia del menor a la madre, estableciendo una pensión de alimentos a cargo del padre de 150 euros, y los gastos extraordinarios por mitad»⁶⁴. En su recurso, el letrado del gitano recurrente alegaba –impugnando la cuantía de la pensión alimenticia– que «se trata de un joven en situación de desempleo total, sin percibir cantidad alguna fruto del trabajo, sin recibir ningún tipo de prestación pública y que vive a expensas, totalmente dependiente de su madre, y junto a él su nueva compañera y el hijo nacido de esta última unión»⁶⁵. Pero el alegato fue rechazado de plano por la Audiencia. Y lo hizo, razonando –con

este Tribunal, que, el procesado, dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, no solamente estaba incurso en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible» (Fundamento de Derecho tercero, párrafo séptimo). Apreciando, sin embargo, la existencia de error meramente «vencible», véase Sentencia 97/2007, de 8 marzo, de la Audiencia Provincial de Lérida (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2007/137532).

⁶¹ Véanse artículos 47, 48, 175, 176, 177, 178, 756 y 831. Al respecto, resultaron claves, en menor medida, la Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; y en mucha mayor medida y mucho más recientemente, la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁶² Al respecto, véase ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas (Madrid, 2007), págs. 25 y ss.

⁶³ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2015/215055.

⁶⁴ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo segundo.

mención expresa de los dos preceptos citados, sobre el «cónyuge», recuérdese— que «la juzgadora a quo realiza un minucioso análisis tanto de las circunstancias del caso concreto, como de la doctrina y criterios habituales en la jurisprudencia en casos similares, por supuesto partiendo de los criterios del artículo 156 del Código Civil»⁶⁶, y sin que hubiese desconocido —respecto del hijo acreedor— su «carácter preferente, como se desprende del artículo 145.3 CC»⁶⁷. En mi opinión, no se trata de un caso del todo concluyente acerca de la eficacia jurídica civil autónoma y propia de la costumbre matrimonial gitana, pues quizá la Audiencia de Salamanca hubiese tenido que fallar lo mismo (exigiendo el cumplimiento de los correspondientes deberes) si el demandado, en vez de un contrayente gitano, hubiese sido un mero conviviente de hecho. Presenta, sin embargo, el interés de desautorizar interpretaciones estrictas de la palabra «cónyuge» en otros contextos distintos (los relativos, por ejemplo, al otorgamiento de derechos) —el ordenamiento jurídico tiene que ser necesariamente una unidad—, como el de nuestra legislación de seguridad social, que se examinará más adelante.

La misma objeción —pero con una ventaja adicional, relativa a la prueba del matrimonio— puede hacerse al caso enjuiciado por una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 junio 2002⁶⁸. Lo discutido en ella fue la responsabilidad civil derivada de delito (en consecuencia, un tema jurídico-civil, aunque susceptible de poder discutirse y resolverse ante la jurisdicción penal), a propósito del siguiente supuesto de hecho: «Juan M. M. [víctima de un homicidio en la prisión en que estaba recluido, cometido por otro recluso] convivía por estar casado según el rito gitano con Joaquina R. B., con la que había tenido tres hijos, José, Aurelio y Juana, nacidos en los años 1992, 1997 y 1999, respectivamente, si bien la tercera estaba pendiente del reconocimiento por parte del padre, aun cuando todos convivían en el mismo domicilio»⁶⁹, impugnando la Abogacía del Estado (supuesta la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, dada la insolvencia del homicida) la prueba del matrimonio gitano en cuestión (literalmente, «la señora Abogado del Estado en la representación que ostenta hacía referencia a la impugnación de los pretendidos beneficiarios por su condición de perjudicados, denunciando que se hubiera producido una suficiente acreditación de tal concepto»)⁷⁰. El interés del caso radica en que el tribunal sentenciador consideró probado el matrimonio gitano, valiéndose a este efecto de toda una panoplia de pruebas distintas, incluida la declaración de la viuda y la testifical de familiares, que creo que vale la pena transcribir literalmente: «En el testimonio remitido por el Juzgado Instructor aparece la hoja de identificación del interno [esto es, la víctima de homicidio] en el Establecimiento Penitenciario de Picassent, que el 13 de mayo de 1999 refiere estar casado con Joaquina R. B.; esa misma identificación la realiza Antonio A. M. en su comparecencia ante el Juzgado el 4 de enero de 2000, refiriendo que su primo Juan M. M. estaba casado por el rito gitano con Joaquina R.; así consta, aunque sin identificar completamente, en la ficha elaborada por el Juzgado de Instrucción número 2 y en el documento del Instituto Nacional de Estadística para unir al Boletín Estadístico de defunción, obrantes a los folios 23 y 24; en el testimonio del certificado de defunción aparece igualmente el estado de casado del fallecido, lo que es reconocido por ella misma al declarar el 5 de junio de 2000 ante el

⁶⁶ *Ibidem*, párrafo cuarto.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia ARP 2002/627.

⁶⁹ Cfr. Hechos Probados, párrafo segundo.

⁷⁰ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3, letra a).

Juzgado de Instrucción (folio 196) y, finalmente, se descubre del certificado del padrón municipal de la ciudad de Alzira de aquellos que conviven en el mismo domicilio»⁷¹.

El Código Civil es una norma plagada de referencias expresas a la costumbre («costumbre del lugar»⁷², «costumbre de la tierra»⁷³, «costumbre del pueblo»⁷⁴, «costumbre del país»⁷⁵, «buenas costumbres»⁷⁶, «costumbre» a secas⁷⁷, etc.), pareciendo ser la jurisdicción civil, en consecuencia, el orden jurisdiccional más propicio para enjuiciar frontalmente el encaje de la costumbre matrimonial gitana entre las fuentes del Derecho Civil. El asunto, sin embargo, permanece todavía imprejuizado en dicha jurisdicción. A este efecto, no constituye en absoluto precedente de autoridad una Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 septiembre 2003⁷⁸, relativa a un recurso de casación foral, en el que el recurrente alegaba que «ha quedado probada una ley gitana, reconocida expresamente en instancia, que propugna el reparto equitativo de los hijos entre los padres en caso de separación, con una especial vinculación de los hijos en el padre y de las hijas con la madre»⁷⁹, infringiéndose –siempre según el recurrente– «por la sentencia de instancia la Ley 3 del Fuero Nuevo de Navarra, que establece la supremacía de la costumbre contra la Ley, pues tal práctica gitana ha de ser reconocida con el rango de una costumbre»⁸⁰. Se trata de una decisión con polémica, pues el Presidente de la Sala formuló voto particular frente a la decisión mayoritaria, que confirmó la Sentencia recurrida. Ahora bien, aun estando de acuerdo con la decisión de la mayoría y con el voto particular, allí donde sostienen que «la costumbre alegada ni siquiera tiene los caracteres de uniformidad y reiteración propios de un uso, pues lo que se acredita es una práctica circunstancial que no excluye, aun dentro de la propia sociedad gitana, la valoración de otros intereses»⁸¹, lo único relevante –a mis concretos efectos– es que este caso enjuiciaba la dinámica de un matrimonio plenamente reconocido por el Estado. Y ello, por constar probado que la demandante y luego recurrida no había contraído matrimonio con arreglo al rito gitano, sino que «contrajo matrimonio canónico con el demandado el día 15 julio 1994, del cual nacieron dos hijos»⁸², a pesar de lo cual «constituían un núcleo familiar de etnia gitana en el que la primera actuaba como cabeza de familia ya que el demandado padece un cuadro mixto de ansiedad-depresión por el que se encuentra en tratamiento»⁸³.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Artículo 485, párrafo segundo; artículo 570, párrafo primero; artículo 591, párrafo primero; y artículo 1520.

⁷³ Artículo 1555, apartado 2º; artículo 1574, artículo 1579 y artículo 1695, regla 2ª; y artículo 1750, párrafo primero.

⁷⁴ Artículo 902, facultad 1ª; artículo 1578 y artículo 1580.

⁷⁵ Artículo 1287.

⁷⁶ Artículo 792 y artículo 1116, párrafo primero; artículo 1271, párrafo tercero; y artículo 1328.

⁷⁷ Por antonomasia, en el artículo 1, apartado 3. Cfr., también, artículo 1091, párrafo primero; artículo 1453, artículo 1552 y artículo 1599.

⁷⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2003/8686.

⁷⁹ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo segundo. Por su parte, el voto particular considera «no estar suficientemente documentada» la «la alegada “costumbre contra Ley”, aquí llamada “costumbre gitana”, por la que, en casos de separación matrimonial los hijos varones quedan bajo la custodia del padre y las hembras con la madre» (cfr. Fundamento de Derecho primero).

⁸² Cfr. Antecedente de Hecho primero, párrafo primero.

⁸³ *Ibidem*.

5. LA INEFICACIA JURÍDICA TRIBUTARIA ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO

Aunque incidentalmente la jurisprudencia registra el hecho de que personas casadas por el rito gitano pagan su impuesto sobre la renta de las personas físicas⁸⁴, la Ley reguladora de este impuesto (esto es, en la actualidad, la Ley 35/2006, de 28 noviembre) representa en España el escalón más bajo, verdadero suelo, del reconocimiento del matrimonio en cuestión⁸⁵. Ello se debe a que para dicha norma ni siquiera existen las parejas de hecho, resultando clave –para ilustrarlo– su artículo 82 (rotulado «Tributación conjunta»), de acuerdo con el cual sólo cabe distinguir: 1) «unidades familiares» estándar, que son las formadas por «los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera ... [, sus] hijos menores [que convivan con ellos]»⁸⁶, suponiendo siempre que tales «cónyuges» lo son por haber contraído un matrimonio reconocido por el Estado; y 2) el resto de «unidades familiares» –usualmente calificadas como familias monoparentales–, que son las integradas «por el padre o la madre y todos los hijos [menores de edad, en principio] que convivan con uno u otro», pero «en los casos de separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial»⁸⁷. Lo venía sosteniendo la jurisprudencia constitucional, antes de la promulgación de la Ley 35/2006, explicando –respecto «de las familias monoparentales, esto es, las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio»– que nunca «podrían constituir a efectos tributarios unidad familiar con su pareja, sino únicamente con los hijos respecto de los que mantengan la patria potestad»⁸⁸. Sólo conozco dos resoluciones judiciales contencioso-administrativas, dictadas en materia tributaria, que mencionen el matrimonio por el rito gitano. Ambas confirman, como enseguida veremos, la completa ineficacia jurídica de dicho rito matrimonial, en el concreto ámbito fiscal.

La primera, para olvidar, en una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 noviembre 2011⁸⁹. Se refiere a la supérstite de cierta pareja de hecho, no gitana y no registrada en el correspondiente registro autónomo de dicho tipo de parejas, que demandaba la reducción de la base imponible del impuesto de donaciones y sucesiones, con amparo en la Ley de Cantabria 11/2002, de medidas fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado (literalmente, «se le niega la reducción en las liquidaciones por no tenerle como pareja de hecho inscrita con efectos tributarios») ⁹⁰. Pues

⁸⁴ Por ejemplo, en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 abril 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2014/211916), consta probado que cierto gitano fallecido «incluía en su declaración de la renta» a su viuda (cfr. Fundamento de Derecho primero).

⁸⁵ Sobre el tema, véase LÓPEZ FERNÁNDEZ J.J., «Fiscalidad de las parejas de hecho», *Gaceta Fiscal*, núm. 234 (2004), págs. 63-64; SÁNCHEZ MANZANO, J.D., «La fiscalidad de las parejas de hecho», en el vol. *Estudios jurídicos en memoria de Francisco Carpio Mateos*, Ilustre Colegio Notarial (Madrid, 2009), págs. 585 y ss.; y GALLEGO PERAGÓN, J.M., «Derecho Tributario y Derecho Civil. A propósito de las uniones estables more uxorio», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2012), págs. 1203 y ss.

⁸⁶ Cfr. apartado 1, modalidad 1ª.

⁸⁷ Respecto de todo ello, *ibidem*, modalidad 2ª.

⁸⁸ Dichas afirmaciones, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2001, de 15 febrero (*Boletín Oficial del Estado* de 16 marzo 2001), Fundamento Jurídico 6, párrafos cuarto y quinto.

⁸⁹ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2012/381249.

⁹⁰ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

bien, el argumento de cierre aducido por esta Sentencia (complementario de otros de legalidad pura y dura)⁹¹, a efectos de rechazar la pretensión en cuestión, fue –realizando un ejercicio de interdisciplinariedad jurídica– el de que la pareja de hecho «formada por la recurrente no reunía la legalidad que se requiere»⁹², dado que «al igual que en la Sentencia constitucional [núm. 69/2007] el matrimonio celebrado conforme al rito y costumbre gitano no se consideró que conformaba “matrimonio” merecedor de que el cónyuge superviviente tuviese el derecho de pensión de viudedad y que no vulneraba el principio de igualdad sin concurrir discriminación»⁹³, de manera que resultaba «semejante este supuesto [al enjuiciado en ella] por lo que procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo»⁹⁴, sin caer en la cuenta de que la Sentencia constitucional invocada había sido anulada –dos años antes de fallarse este caso contencioso-administrativo– por la del Tribunal de Estrasburgo de 2009, anteriormente citada.

La segunda, con algo más de envidia (revela un posible efecto reflejo, sobre las exenciones fiscales, del hecho de contraer matrimonio por el rito gitano), es una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 enero 2017⁹⁵. En ella, se discutía cierto «beneficio de exención por reinversión en vivienda habitual que se aplicó el contribuyente en su declaración [de IRPF], ... por falta de acreditación de que la vivienda pueda ser conceptuada como vivienda habitual del interesado»⁹⁶, alegando este último para justificarse, entre otros argumentos, el de «haber contraído matrimonio por el rito gitano en el año 2006 y pasar a convivir con su mujer desde dicha fecha, habiendo contraído finalmente con la misma matrimonio civil el 24.4.2009»⁹⁷. Pero este alegato fue rechazado por la Sala –que aceptó, en cambio, la falta de prueba del matrimonio gitano invocada por la Abogacía del Estado–, pues «lo único que consta probado es que el actor contrajo matrimonio civil en el año 2009, sin que podamos dar por acreditado que se casase por el rito gitano y pasase a convivir en el año 2006 con su posterior esposa»⁹⁸, dado que «el único elemento probatorio propuesto al efecto son testificales de familiares directos»⁹⁹ (prueba admitida sin mayor problema, como antes vio, a efectos jurídico-civiles, a pesar de los reparos que también ponía la Abogacía del Estado), «resultando claro para este tribunal que, si hubiera sido real la convivencia con otra persona en el año 2006 que alega el actor, éste podría haber aportado adecuadas probanzas al efecto (empadronamiento o, en su defecto, certificado municipal o policial de convivencia, testificales de vecinos ...)»¹⁰⁰.

⁹¹ Por ejemplo, el de que «la Sala, aun participando de esa sensibilidad social que le llevaría a asimilar los efectos jurídico-tributarios del matrimonio a las uniones de hecho estables o “more uxorio”, no puede obviar, ni tergiversar, el estricto sometimiento a la Ley a que está obligada, en tanto que la presión social no sea lo suficientemente intensa como para inducir al Poder Legislativo al cambio que en este caso sería necesario, en la norma fiscal» (cfr. Fundamento de Derecho séptimo).

⁹² Cfr. Fundamento de Derecho octavo.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2017/116926.

⁹⁶ Cfr. Fundamento de Derecho primero.

⁹⁷ Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

6. LA SUPUESTA INEFICACIA JURÍDICA ACTUAL DE SEGURIDAD SOCIAL DEL MATRIMONIO GITANO

Frente a las otras ramas del ordenamiento jurídico a que acabo de referirme, la singularidad del Derecho de la Seguridad Social radica en su contemplación frontal del matrimonio gitano no en el momento de su nacimiento (como el Derecho Penal) ni en los de sus vicisitudes o dinámica (como el Derecho Civil), sino precisamente en el momento de extinguirse por fallecimiento de uno de sus contrayentes, que es cuando el supérstite puede activar un eventual derecho suyo a pensión de viudedad (la cual, en mi opinión, no es sólo una mera prestación contributiva por muerte y supervivencia, sino la prestación española contributiva de seguridad social más importante, en el campo de la protección de la familia)¹⁰¹. A día de hoy, tanto los órganos de la Administración de la Seguridad Social como todos los tribunales laborales inferiores se encuentran vinculados por la citada Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 enero 2018, según la cual la costumbre matrimonial gitana –a la que repetidamente alude («celebraron matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos»¹⁰², «unión celebrada por el rito gitano»¹⁰³, «su consuetudinario rito»¹⁰⁴, etc.)– carece de toda eficacia jurídica de seguridad social, a los efectos de lucrar la pensión de viudedad, por estar obligados los gitanos –como el resto de españoles– a cumplir los requisitos exigidos hoy por el apartado 2 del artículo 221 de la vigente Ley General de la Seguridad Social de 2015 (equivalente del apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, en la redacción que le dio la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de seguridad social), sobre «Pensión de viudedad de parejas de hecho»¹⁰⁵. Mi confianza es la de que se trate de una vinculación sólo provisional (y más, teniendo en cuenta que puede tener efectos reflejos sobre otras prestaciones, como la pensión de orfandad de los huérfanos absolutos)¹⁰⁶, hasta que dicha Sentencia de Pleno acabe siendo desautorizada o revocada, bien por el Tribunal Constitucional, bien por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (supuesto que algún tribunal laboral inferior se anime a plantear cuestión prejudicial, como sugería el voto particular de las Magistradas ARASTEY SAHÚN y SEGOVIANO ASTABURUAGA)¹⁰⁷,

¹⁰¹ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs.

¹⁰² Cfr. Antecedente de Hecho cuarto, párrafo primero.

¹⁰³ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 2, párrafo primero.

¹⁰⁴ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 1, párrafo segundo.

¹⁰⁵ El tema de la viudedad en estos casos viene de antes. Al respecto, véase CAMAS RODA, F., «La pensión de viudedad ante la convivencia more uxorio de sus beneficiarios», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 104-núm. 3 (2005), págs. 773 y ss. Sobre el régimen vigente, véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho. Una aproximación jurisprudencial», *Actualidad Laboral*, núm. 5 (2013), págs. 325 y ss.

¹⁰⁶ Aunque el tema permanece aparentemente imprejuizado, lo prefigura una impecable Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 diciembre 2002 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2003/422), según la cual «conceder en el caso que nos ocupa el incremento debatido al huérfano [gitano] simple, puede suponer que el cónyuge sobreviviente de la unión de hecho [por el “rito gitano”], obtenga el reconocimiento de una pensión, a la que no tiene derecho, por vía indirecta, en virtud de las facultades inherentes a la patria potestad de representar y administrar los bienes de sus hijos» (cfr. Fundamento de Derecho cuarto). Lo ha visto CASTRO ARGÜELLES, M.A. «El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el “rito gitano”», *Aranzadi Westlaw*, referencia BIB 2000/207, pág. 3.

¹⁰⁷ Según dicho voto particular, «subsidiariamente, al entender que la norma aplicable no permite la diferenciación, la Sala pudo haber abierto la reflexión sobre el alcance de la aplicación de la Directiva 2000/43 y acordado la suspensión de las actuaciones para plantear cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 del Tratado de (...)

bien por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues su doctrina –según creo– contradice la sentada por este último Tribunal, en su ya repetidamente citada Sentencia de 8 diciembre 2009.

Tanto el Pleno de la Sala como el voto particular –no, en cambio, el Ministerio Fiscal– parten de la premisa de que el supuesto de hecho enjuiciado por el caso de Estrasburgo y el de autos eran supuestos de hecho distintos (según el Pleno, «no parece dudoso que el presente caso es muy diverso al examinado por el Tribunal Europeo, aunque medien coincidencia de colectivo afectado e identidad en la prestación solicitada»)¹⁰⁸. En mi opinión, lo que pasaron por alto ambos es el concreto momento de celebración del matrimonio gitano, tanto en uno como en otro caso. Según el caso de Estrasburgo, «el Tribunal observa, en este caso que, cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los usos y costumbres gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia católica»¹⁰⁹, por lo que «considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico, en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano»¹¹⁰. Pues bien, en la Sentencia de Pleno, consta probado que «el día 18.05.1974 doña Luz y don Nicanor celebraron matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos»¹¹¹. Por supuesto, casi ni haría falta recordar que en 1974 todavía seguían vigentes no sólo las Leyes Fundamentales de Franco, sino también el Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil de 1942, en el que se afirmaba, por ejemplo, que «se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando mucho de reconocer todos los documentos que tengan, confrontar sus señas particulares, observar sus trajes, averiguar su modo de vivir y cuanto conduzca a formar una idea exacta de sus movimientos y ocupaciones, indagando el punto a que se dirigen en sus viajes y el objeto de ellos» (artículo 4)¹¹². Prescindir de este contexto, a la hora de enjuiciar la buena fe de la luego viuda, me parece temerario e inhumano. No prescindió de él ni el Tribunal de Estrasburgo, como acaba de decirse, ni tampoco la Sentencia de suplicación casada luego por el pleno de la Sala¹¹³, en la que se constata que «la actora en ese momento no tenía siquiera 15 años, pues nació según el libro de familia en 1959, han tenido cinco hijos en común y no puede entenderse que de mala fe se fingieran como matrimonio gitano en su entorno familiar y social durante tanto tiempo para en su momento futuro cobrar una eventual pensión»¹¹⁴.

Funcionamiento de la Unión Europea en el sentido de determinar si la exigencia del precepto legal ocasiona una desventaja no justificada para los ciudadanos de etnia gitana que cumplen con los ritos matrimoniales propios de su cultura» (Fundamento de Derecho tercero, apartado 2).

¹⁰⁸ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3, párrafo primero. En cambio, según relata la mayoría de la Sala, «sostiene el Ministerio Fiscal que en el supuesto ahora enjuiciado “nos encontramos con un caso en todo análogo al que es objeto de la sentencia del TEDH”» (*ibidem*, apartado 1, párrafo primero).

¹⁰⁹ Cfr. marginal 57, inciso primero.

¹¹⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

¹¹¹ Cfr. Antecedente de Hecho primero.

¹¹² Véase Orden del Ministerio del Interior de 19 julio 1978 (*Boletín Oficial del Estado* de 28 julio 1978), por la que se suprimen de los artículos 4º, 5º y 6º del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil, las referencias o alusiones a la población gitana.

¹¹³ Es la Sentencia de la Sala de lo Social de Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 24 abril 2016, que he manejado a través de la base de datos del Poder Judicial (núm. de recurso 2843/2015).

¹¹⁴ Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

Obviando este contexto, el Pleno de la Sala niega la buena fe de la demandante, afirmando (al contrastar y comparar los documentos oficiales tenidos en cuenta por el Tribunal de Estrasburgo y los documentos oficiales de autos) que «lo aducido no es –ni podía serlo– buena fe en la creencia de eficaz vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, porque en la documentación oficial –Libro de Familia e inscripciones de nacimiento– se hace constar expresamente su cualidad de “solteros” e hijos “extramatrimoniales”»¹¹⁵. Frente a este argumento –ceñido estrictamente, con toda razón, a la resultancia fáctica de la Sentencia de suplicación, en la que nada constaba respecto de otros documentos oficiales¹¹⁶–, no queda más remedio que tener que recordar que la Sentencia de Estrasburgo hizo completa abstracción del contenido del Libro de Familia del caso que enjuiciaba (en el que no cabe más remedio que presumir, salvo prevaricación del funcionario que lo había rellenado, que ni constaba que la gitana entonces demandante estuviese «casada», ni tampoco que sus seis hijos tuviesen la condición de «matrimoniales»), centrándose pura y simplemente en el hecho de que el mismo le hubiese sido expedido por el Estado (literalmente, «el Registro Civil les había entregado un Libro de familia el 11 de agosto de 1983, en el que están inscritos la pareja y sus hijos»¹¹⁷; «el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia ..., no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad»¹¹⁸). Afinando un poco más en el contenido de las inscripciones registrales de los hijos «extramatrimoniales» de la gitana aquí vencedora en suplicación, resulta que en la de su hijo mayor consta que «D. Ovidio y D^a Raquel reconocen al inscrito como hijo natural *declarando formalmente y bajo su responsabilidad que al tiempo de la concepción del mismo tenían capacidad legal para contraer matrimonio con dispensa o sin ella*»¹¹⁹, pareciéndome inconcebible que semejante fraseología de formulario –de la que no consta incluso si fue redactada o no en pleno franquismo– pueda servir luego para negar o minusvalorar la buena fe de dicha viuda, habiéndose limitado la Sentencia de suplicación luego casada a poner de relieve –con toda acribia– simplemente que «el texto de la inscripción lo realiza el funcionario encargado del registro»¹²⁰, que «existía libro de familia, lo que evidencia una evidente intención frente a los organismos públicos de ser entendidos como [matrimonio]»¹²¹, y que «la pareja ha convivido en el municipio en el mismo domicilio y hasta el momento de la muerte y siendo considerados como matrimonio gitano al menos durante 15 años»¹²².

¹¹⁵ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3, inciso primero.

¹¹⁶ Por constar los hechos en los autos, la Sentencia de Estrasburgo también tuvo en cuenta que «el 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se requiere la condición de “cónyuge”, y que «asimismo, M.D. estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y tenía una cartilla de beneficiario en la que figuraban a su cargo la demandante, en tanto que esposa, y sus seis hijos», concluyendo con la afirmación de que «para el Tribunal se trata de un documento oficial puesto que está sellado por la agencia núm. 7 de Madrid del INSS» (cfr. marginal 52; también, marginal 69).

¹¹⁷ Cfr. marginal 52.

¹¹⁸ Cfr. marginal 69.

¹¹⁹ La Sentencia del Pleno transcribe con tota pulcritud esta afirmación, que consta en el Antecedente de Hecho segundo, apartado sexto, de la Sentencia de suplicación casada.

¹²⁰ Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

El Pleno de la Sala también ofrece un segundo argumento para marcar las distancias entre el supuesto de hecho que enjuiciaba y el enjuiciado por el caso de Estrasburgo, relativo a lo siguiente: «Es más, ni tan siquiera se reclama el derecho por el mismo título que en el supuesto del Tribunal Europeo, siendo así que en aquel caso se invocaba –no podía ser de otra manera, dado que el fallecimiento había sido anterior a la Ley 40/2007– la existencia de “matrimonio”, y en el proceso ahora enjuiciado el título que se invoca es el de “pareja de hecho”»¹²³. En realidad, se trata de dos argumentos distintos, entremezclados en uno sólo. El primero, referido a la aplicabilidad al supuesto enjuiciado de la Ley 40/2007, lo explicita autónomamente el voto particular, afirmando que «se daba además la circunstancia de que aquel supuesto [esto es, el de Estrasburgo] se regía por la legislación anterior a la Ley 40/2007 (el fallecimiento del causante se había producido en el año 2000), en la que, por vez primera en nuestro país, se reconoció el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho»¹²⁴. Pues bien, una vez leído con calma el caso de Estrasburgo, creo que hay que extraer las siguientes conclusiones: 1) dicho caso cita hasta por tres veces la Ley 40/2007, a pesar de haber ocurrido el fallecimiento del causante en el año 2000¹²⁵; 2) lo único que interesa al Tribunal de Estrasburgo de dicha Ley es su disposición adicional tercera (cuyo texto reproduce íntegramente)¹²⁶, relativa no a lo que el Pleno de la Sala denomina «parejas de Derecho», sino a lo que el propio Pleno califica como «parejas de hecho» (esto es, parejas no registradas en registros autonómicos o no formalizadas notarialmente)¹²⁷, constatando el Tribunal de Estrasburgo que «el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 diciembre 2007, relativa a ciertas medidas de Seguridad Social, se concedió a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho»¹²⁸; y 3) el Tribunal de Estrasburgo vuelve luego a traer a colación la citada disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, pero para introducir su tesis de que la gitana del caso podía lucrar la pensión de viudedad, sin necesidad de tener que contraer nuevo matrimonio subsiguiente al matrimonio gitano suyo¹²⁹ (literalmente, «el Tribunal no podría aceptar la tesis del Gobierno según la cual habría bastado que la demandante contrajera matrimonio civil para obtener la pensión que reclama»¹³⁰, pues «de hecho, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del Convenio sólo adquiere sentido si, en cada caso concreto, la situación personal del demandante en relación a los criterios enumerados en esta disposición es tomada en cuenta

¹²³ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3.

¹²⁴ Cfr. Fundamento de Derecho primero, apartado 2, párrafo segundo.

¹²⁵ Cfr. marginales 21, 30 y 66.

¹²⁶ Cfr. marginal 30.

¹²⁷ A este respecto, el *dictum* clave en la Sentencia del Pleno es el siguiente: «la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas “de hecho” con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho “registradas” cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho –pensión– únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”» [cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, letra B)].

¹²⁸ Cfr. marginal 21.

¹²⁹ Lo que afirma el Tribunal de Estrasburgo, a este respecto, es lo siguiente: «Ciertamente el artículo 174 de la LGSS, vigente en el momento de los hechos, sólo reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal cuando el matrimonio era nulo de buena fe. Sin embargo, esta disposición no permite al Estado demandado exonerarse de toda responsabilidad en relación al Convenio. El Tribunal observa, a este respecto, que la Ley 40/2007 introdujo en la LGSS la posibilidad de conceder una prestación de viudedad en caso de uniones de hecho (apartado 30 *supra*)» (marginal 66), que es el apartado o marginal donde aparece transcrita la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, inaplicable a las «parejas de Derecho».

¹³⁰ Cfr. marginal 70, inciso primero.

tal cual»¹³¹, de manera que «un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda basándose en que la interesada podría haber escapado a la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, contrayendo matrimonio civil– vaciaría de contenido el artículo 14»¹³²). Esto último es lo que el Pleno de la Sala impuso a la viuda gitana de autos (que era, al igual que la del caso de Estrasburgo, viuda de una mera «pareja de hecho», según la terminología empleada por el propio Pleno de la Sala), reprochándole (después de negar su buena fe) que podía haber escapado a la discriminación proscrita por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos constituyéndose, por ejemplo, en «pareja de Derecho».

El segundo argumento entremezclado del Pleno de la Sala se refiere al «título» (recuérdese, «ni tan siquiera se reclama el derecho por el mismo título»), que era –siempre según el Pleno– «matrimonio», en el caso de Estrasburgo, y «pareja de hecho», en el caso de autos. Aquí la clave radica en los artículos 72 y 80, apartado 1, letra c), de la Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social (o sus equivalentes, en nuestra séptima Ley de Procedimiento Laboral), que no emplean la palabra «título», pero que presuponen que lo verdaderamente esencial es el «*petitum*» y la «*causa petendi*», los cuales resultaban ser rigurosamente coincidentes en el caso de Estrasburgo y en el de autos (esto es, la reclamación de pensión de viudedad, en concepto de «*petitum*», y el haber contraído matrimonio con arreglo a la costumbre gitana, en concepto de «*causa petendi*»). Debe tratarse de un argumento manejado por el INSS en sus recursos de suplicación, pues aparece rechazado, por ejemplo, en una Sentencia de la Sala de lo Social de Burgos, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 diciembre 2017¹³³, en la que se afirma que «si bien la solicitud inicial de la pensión de viudedad lo fue alegando pareja de hecho con el causante, en la reclamación previa, que es lo que nos debe vincular con arreglo al artículo 72 de la LRJS, ya se indica que la relación con el fallecido, y en consecuencia la causa de pedir, es por haber estado la solicitante casada por la ley gitana»¹³⁴, concluyendo que «entendemos que el presente supuesto se debe resolver del mismo modo que lo hizo para un caso muy similar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de fecha 8 diciembre 2009 (asunto Muñoz Díaz v. España), que revocó la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007»¹³⁵.

6.1. LA FALTA DE CERTIDUMBRE JURÍDICA DEL MARCO REGULADOR DE LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO, GITANAS Y NO GITANAS

Con independencia de todo cuanto acaba de razonarse acerca de la buena fe de la viuda gitana (asentada en la certidumbre jurídica provocada en ella por su multisecular costumbre matrimonial), parece lógico que la exigencia de buena fe tenga que centrarse en el concreto momento de ejercicio de su derecho subjetivo de seguridad social (así lo impone, con carácter general, el apartado 1 del artículo 7 del Código Civil); y esto sentado, que dicha exigencia tenga que realizarse desde un posición de completa certidumbre jurídica acerca del

¹³¹ *Ibidem*, inciso segundo.

¹³² *Ibidem*, inciso tercero.

¹³³ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2018/103.

¹³⁴ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

¹³⁵ *Ibidem*.

marco normativo aplicable al derecho subjetivo en cuestión. Pues bien, en cuanto a lo primero, no consta en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social el concreto momento en que la viuda gitana ejerció su derecho a pensión de viudedad, cabiendo solamente concluir que se trata de un momento comprendido entre después del 27 abril 2014, en cuanto que fecha del hecho causante (literalmente, «solicitó pensión de viudedad por el fallecimiento de D. Nicanor, ... ocurrido el 27 de abril de 2014»)¹³⁶, y antes del 12 septiembre 2014, en cuanto que fecha de denegación de su solicitud en la vía administrativa previa (literalmente, con fecha «12.09.2014», el INSS «denegó la pensión de viudedad solicitada por la demandante, por el motivo de no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento, de acuerdo con el artículo 174.3 LGSS»)¹³⁷. Esto despejado, es claro que en dichos meses del año 2014 no existía en España ninguna certidumbre jurídica sobre el marco normativo regulador del derecho a pensión de viudedad derivado de uniones de hecho, derivándose de dicha falta de certidumbre la imposibilidad de quebrar la creencia de buena fe de la viuda de autos sobre la validez y eficacia jurídica de sus ritos matrimoniales gitanos. Las fuentes evidenciadoras de esta falta de certidumbre jurídica sí constan citadas, en cambio, en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social. Se trata de dos lotes de Sentencias, dictadas por el Tribunal Constitucional (literalmente, «SSTC 40/2014, de 11/marzo; 45/2014, de 7/Abril; y 60/2014, de 5/Mayo»)¹³⁸ y por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo (literalmente, «SSTS 20/07/10 –rcud 3715/09–; 03/05/11 –rcud 2897/10 –; ... SG 22/09/14 –rcud 2563/10–; SG 22/09/14 –rcud 1958/12–; SG 22/10/14 –rcud 1025/12–; ... 23/02/16 –rcud 3271/14–; 02/03/16 –rcud 3356/14–; 11/05/16 –rcud 2585/14–; 01/06/16 –rcud 207/15–; 08/11/16 –rcud 3469/14–; y 07/12/16 –rcud 3765/14»)¹³⁹, cuya aséptica cita en globo contribuye a crear una apariencia engañosa de cosmos, cuando lo único cierto es que en España sólo podía hablarse de caos, en el concreto momento en que la viuda gitana de autos ejerció su derecho subjetivo de seguridad social a pensión contributiva de viudedad (recuérdese, después de 27 abril 2014 y antes de 12 septiembre 2014).

Sobre la base de que el apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en la redacción que le dio la citada Ley 40/2007) constaba de cinco párrafos, ese caos comenzó al fallarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014, de 11 marzo (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* sólo diez días antes de haberse producido el hecho causante)¹⁴⁰, declarando inconstitucional el quinto párrafo del apartado 3 del precepto, aunque con discordia entre los Magistrados constitucionales. Tras este fallo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 45/2014, de 7 abril (Sala Segunda)¹⁴¹, y 60/2014, de 5 mayo (Sala Primera)¹⁴², se vieron obligadas a tener que confirmar la constitucionalidad del párrafo cuarto del apartado 3 del propio precepto, aunque acompañando a la segunda un voto particular, en el que se afirma que «la nulidad del artículo 174.3, párrafo quinto, LGSS acordada por la STC 40/2014 vino a modificar ese marco normativo, de tal modo que la actual limitación de los supuestos de acreditación de la existencia de pareja de

¹³⁶ Cfr. Antecedente de Hecho primero, apartado primero.

¹³⁷ Cfr. en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, Antecedente de Hecho primero, apartado primero.

¹³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, párrafo primero.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Más concretamente, el 10 abril 2014.

¹⁴¹ *Boletín Oficial del Estado* de 7 mayo 2014.

¹⁴² *Boletín Oficial del Estado* de 3 junio 2014.

hecho ... resulta desproporcionado»¹⁴³, con la consecuencia de que «esta desproporción, en suma, es la que, a nuestro juicio, hubiera debido llevar a declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado [esto es, del párrafo cuarto]»¹⁴⁴. Y tras ellas, la discordia se trasladó a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, habiendo teniendo que dictar hasta tres Sentencias de Pleno, todas de idéntica fecha (22 septiembre 2014)¹⁴⁵, a efectos de encajar y asimilar la citada mutilación del precepto, acompañando a dichas tres Sentencias un extensísimo voto particular, en el que se razona –entre otras muchas cosas– que la supresión del párrafo quinto al apartado 3 del precepto en cuestión no sólo dejaba tocado su párrafo cuarto, sino que también afectaba a la interpretación que debiera darse a sus párrafos primero, segundo y tercero, e incluso, a la del propio apartado 1 de la norma cuestionada¹⁴⁶. Ante semejante panorama, repele jurídicamente (y yo diría incluso, que hasta resulta inhumano) exigirle a la viuda gitana (en 2018) que tuviese que confiar a ciegas (en 2014), en el caótico marco regulador entonces existente del derecho a pensión de viudedad de las parejas de hecho no gitanas, so pena si no lo hubiese hecho, de tener que concluir sobre la falta de buena fe en el ejercicio de su derecho. Y ello, teniendo en cuenta que hasta el propio Pleno de la Sala de lo Social se ve obligado a afirmar en 2018 (vista la completa inacción del legislador, tras la citada declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto), con cita de jurisprudencia de la propia Sala, que «... la norma de cuya interpretación se trata [art. 174.3 LGSS] no ofrece la claridad que es siempre deseable en cualquier disposición legal, pero ese innegable defecto de técnica legislativa [*sic*] no puede justificar ... que se arrumbe el mandato de la Ley y se sustituya la expresa voluntad del legislador, construyendo una nueva norma cuyos mandatos se consideren –o incluso pudieran ser– más coherentes y/o adecuados a la realidad social y a la finalidad protectora de la Seguridad Social»¹⁴⁷.

Si a toda esta confusión se le añade el dato de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2013, de 14 febrero¹⁴⁸, declaró parcialmente inconstitucional (también, con discordia entre los Magistrados que la dictaron) la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (recuérdese, el único precepto de esta Ley tenido en cuenta por la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009), a nadie extrañará que tuviesen que acabarse produciendo verdaderos esperpentos procesales, como el que relata una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 mayo 2014¹⁴⁹. En ella, se registran hasta cinco intentos sucesivos de obtener pensión contributiva de viudedad por parte de una viuda gitana («entre la fecha de su unión por el rito gitano [“en fecha no determinada del año 1980”] y el fallecimiento del Sr. Sixto, ambos convivieron maritalmente, presentándose ante la comunidad gitana de la que formaban parte como marido y mujer, y como tales eran considerados por todos») ¹⁵⁰, a saber: 1) «la Sentencia nº 325/1998, de fecha 6 de mayo de 1998, dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Barcelona ..., denegó la prestación de viudedad de la actora, al no existir vínculo matrimonial»¹⁵¹, teniendo en cuenta que «la anterior resolución fue confirmada por la Sentencia nº 6818/1999, dictada por la Sala de lo

¹⁴³ Cfr. Fundamento Jurídico 4, párrafo primero.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁴⁵ La base de datos *Aranzadi Westlaw* sólo recoge dos de ellas (referencias RJ 2014/5755 y RJ 2014/6443).

¹⁴⁶ Cfr., en dicho voto particular, su Fundamento de Derecho cuarto.

¹⁴⁷ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 2, letra C).

¹⁴⁸ *Boletín Oficial del Estado* de 12 marzo 2013.

¹⁴⁹ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2014/1724.

¹⁵⁰ Cfr. Antecedente de Hecho segundo, apartado 4.

¹⁵¹ *Ibidem*, apartado 5, párrafo primero.

Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya»¹⁵²; 2) «la actora volvió a solicitar la pensión de viudedad el día 22 de noviembre de 2002 (folio nº 54), siendo denegada por resolución del INSS de fecha 26 de noviembre de 2002»¹⁵³; 3) «el día 27 de abril de 2004 presentó una tercera solicitud (folio nº 59), cuya denegación expresa no consta»¹⁵⁴; 4) «el día 29 de diciembre de 2008 presentó una nueva solicitud (folio nº 49), dictándose por el INSS resolución el día 14 de enero de 2009, en sentido negativo, por no aportarse certificado de empadronamiento acreditativo de la convivencia ininterrumpida durante seis años»¹⁵⁵; y 5) «el día 13 de octubre de 2011 la actora presentó una última solicitud»¹⁵⁶, nuevamente desestimada por el INSS, con base ahora en el hecho de «no acreditarse documentalmente, mediante certificado de empadronamiento, la convivencia ininterrumpida durante 6 años; y por no haber presentado la solicitud en el plazo de doce meses desde el 1 de enero de 2008»¹⁵⁷. Pues bien, lo curioso de este caso es que el Juzgado de lo Social de instancia acabó estimando la pretensión de la viuda gitana, con argumentos que reflejan la completa falta de seguridad jurídica sobre el tema existente por aquel entonces («17 de mayo de 2013») en España, con preceptos de constitucionalidad dudosa [literalmente, «alude el Magistrado a aquellas “circunstancias excepcionales que permiten ... considerar cumplido el requisito de la solicitud en plazo”; como lo son la ausencia de un inexistente “desinterés o abandono de sus legítimos derechos” (pues “hasta en cinco ocasiones, antes y después de la entrada en vigor de la Ley 40/2007”, reclamó la prestación que ahora se le deniega), la relativa al hecho de que la Entidad Gestora hubiera considerado –en respuesta a su solicitud de 29 de diciembre de 2008– “indispensable acreditar la convivencia mediante certificado de empadronamiento, premisa que se ha revelado como errónea ...” y la que se refiere al hecho de que la demandante estuviese unida “por el rito gitano” (a cuyo efecto cita la STEDH de 8 de diciembre de 2009, considerando “vulnerado el derecho a no sufrir discriminación por razón de origen social, previsto en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ...”); por lo que incluso –concluye– podría haberse postulado “la aplicación del régimen general de la pensión de viudedad, sin necesidad de acogerse a la excepcional previsión” de la Disposición Adicional analizada]»¹⁵⁸, aunque luego la Sala de suplicación acabase estimando el recurso del INSS, entre otras razones, porque no cabe dotar «de eficacia jurídica a unas circunstancias que el magistrado impropriadamente considera excepcionales frente a la propia excepcionalidad de una Ley cuyos presupuestos normativos reconocidamente se incumplen por parte de la actora»¹⁵⁹.

6.2. LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA PROVOCADA POR LOS MÚLTIPLES REGISTROS EXISTENTES DE PAREJAS DE HECHO, AUTONÓMICOS Y LOCALES

En la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, llama la atención un argumento por ella utilizado para extraer la conclusión de que la referencia realizada por la Ley General de la Seguridad Social a los registros autonómicos y locales de parejas de hecho había que

¹⁵² *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁵³ *Ibidem*, apartado 6, párrafo primero.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrafo tercero.

¹⁵⁶ *Ibidem*, apartado 7, párrafo primero.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁵⁸ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo cuarto.

¹⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho segundo *in fine*.

interpretarla en el sentido de que la inscripción en cuestión, al igual que la formalización notarial de la pareja, tenía carácter constitutivo o «*ad solemnitatem*». El argumento –extraído de jurisprudencia anterior de la propia Sala– es, literalmente, el siguiente: «también parece oportuno destacar “... que el carácter constitutivo de la inscripción en el correspondiente Registro también se mantiene con inequívoca claridad en muchas de la legislaciones autonómicas sobre las parejas estables: así, en Islas Baleares, el art. 1.2 de la Ley 18/2001, de 19/Diciembre; en Galicia, la DA Tercera de la Ley 2/2006, de 14/Junio; en País Vasco, el art. 3 de la Ley 2/2003, de 7/Mayo; en Comunidad Valenciana, el art. 3 de la Ley 5/2012, de 15/Octubre”»¹⁶⁰. Pues bien, con independencia de que la mención de sólo cuatro Leyes autonómicas se considere suficiente por la Sala para apuntalar el calificativo de que tales Leyes autonómicas son «muchas», lo que verdaderamente sorprende –sobre la base de constar probado en autos que «la pareja ha convivido en el municipio [jienense de Úbeda] en el mismo domicilio y hasta el momento de la muerte y siendo considerados como matrimonio gitano al menos durante 15 años»– es la completa falta de mención por el Pleno de la Sala de la legislación andaluza sobre parejas de hecho, precisamente por ser la única que resultaría aplicable al supuesto de hecho de autos.

Colmando esa laguna argumentativa, hay que poner de relieve que la primera norma andaluza reguladora del tema fue el Decreto autonómico 3/1996, de 9 enero, de creación del registro de uniones de hecho, en el que rotundamente se afirma que «la inscripción en el Registro declara [*sic*] los actos registrados pero no afecta a su validez ni a los efectos jurídicos que le sean propios, que se producen al margen del mismo»¹⁶¹. Tras él, se promulgó la Ley autonómica 5/2002, de 16 diciembre, de parejas de hecho de Andalucía, continuista en la línea de afirmar la eficacia meramente declarativa –no constitutiva– del registro autonómico de tales parejas (literalmente, «la inscripción registral producirá ante las Administraciones Públicas de Andalucía la presunción de convivencia de los miembros de la pareja de hecho, salvo prueba en contrario»)¹⁶², y en la que se contiene incluso algún precepto de tenor inconciliable con una interpretación rígida de la Ley General de la Seguridad Social (por ejemplo, «la declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho podrá efectuarse, asimismo, mediante el otorgamiento de escritura pública o por cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho»)¹⁶³. A su vez, esta Ley fue reglamentada por el Decreto autonómico 35/2005, de 15 febrero, sobre constitución y regulación del registro de parejas de hecho, en el que se contienen más normas inconciliables con la Ley General de la Seguridad Social, como la relativa a que procederá la inscripción de «baja» en el registro, incluso «de oficio»¹⁶⁴, por «traslado de la residencia habitual de ambos miembros de la pareja de hecho fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía»¹⁶⁵, abriéndose en este caso multitud de incógnitas (por ejemplo, la de qué ocurre si no hay registro autonómico donde poder volver a inscribirse¹⁶⁶, o, supuesto que lo hubiese, si ese nuevo registro autonómico tomará o no en cuenta los datos obrantes en aquel otro en el que previamente se tramitó la baja), que parecen no contar para el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pero

¹⁶⁰ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, letra E).

¹⁶¹ Artículo 5 (rotulado «Efectos»).

¹⁶² Artículo 6, apartado 2.

¹⁶³ Artículo 5, apartado 3.

¹⁶⁴ Cfr. artículo 20, apartado 1.

¹⁶⁵ Artículo 6, apartado 3, letra f).

¹⁶⁶ Según se afirma *passim* en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014, carecían de él las Comunidades Autónomas de La Rioja y Murcia, aunque a día de hoy sólo permanece sin tenerlo la segunda.

que no han pasado inadvertidos a cierta doctrina de suplicación mucho más atenta a la realidad normativa autonómica que tenemos en España¹⁶⁷. En fin, los problemas creados en Andalucía por la gestión municipal descentralizada del registro en cuestión han obligado a elaborar allí unas llamadas «Pautas de actuación, de la Dirección General de Infancia y Familias, de 11 de junio de 2012, para la tramitación de las solicitudes de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía»¹⁶⁸, en las que se alude con todo desparpajo a la necesidad de «dar coherencia y seguridad jurídica [sic] a las resoluciones de inscripción»¹⁶⁹, vista «la diversidad de situaciones en que se encuentran las personas interesadas en solicitar la inscripción en el Registro»¹⁷⁰. Como es lógico, esta gestión territorialmente troceada puede acabar repercutiendo negativa e injustamente sobre el derecho a pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas, gitanas y no gitanas¹⁷¹, acreditándolo así una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 abril 2014¹⁷², que paso a examinar a continuación.

En este caso, el supuesto de hecho enjuiciado fue el siguiente: 1) «la actora D^a Petra ... se inscribió como pareja de hecho en el Registro Municipal de Parejas del Ayuntamiento de Redondela el 28 de marzo de 2005 con D. Justino»¹⁷³, falleciendo este último «el día 18 de diciembre de 2010»¹⁷⁴; 2) «el día 28 de abril de 2008, D. Justino y D^a Petra presentan autorización expresa para que el Ayuntamiento de Redondela remita su expediente del Registro Municipal de Parejas de Hecho al Registro de Parejas de Hecho de Galicia»¹⁷⁵, con el resultado de que «la Xunta de Galicia remite al Ayuntamiento de Redondela escrito», poniendo de relieve el carácter insuficiente de la documentación remitida, por lo que la actora y su conviviente de hecho «nunca se inscribieron en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia»¹⁷⁶; y 3) solicitada pensión de viudedad, el INSS emitió resolución denegatoria «por no mantener convivencia ininterrumpida al menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento como pareja de hecho *registrada* con el fallecido»¹⁷⁷. Lo que había aquí era una completa falta de coordinación administrativa, pues «la Xunta lo que responde es, ante la remisión efectuada por el Ayuntamiento de Redondela ..., que no procede el acceso de tales parejas al Registro de Parejas de Hecho de Galicia porque la

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 3 mayo 2010 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2010/1787), a propósito de pensión de viudedad derivada de rito matrimonial gitano, afirmó literalmente lo siguiente: «Ahora bien, fuere cual fuere el valor, constitutivo o simplemente probatorio, de esa formalidad, que corre riesgo además de provocar *irritantes tratamientos desiguales en razón de la dispersión y semejanza de las regulaciones autonómicas* y prácticas a que la norma social se remite, la estricta aplicación del requisito no puede llevar a denegar la prestación en los supuestos en que el hecho causante acaece dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la reforma legal, cual es el caso de autos» (Fundamento de Derecho segundo, párrafo tercero).

¹⁶⁸ Pueden localizarse en el sitio en Internet del Gobierno autónomo andaluz, ubicado en www.juntadeandalucia.es.

¹⁶⁹ Cfr. preámbulo, párrafo tercero.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Sobre los registros en cuestión, críticamente, véase LORENZO DE MEMBIELA, J.B., «Registros de parejas de hecho locales o autonómicos y viudedad por convivencia more uxorio», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 1 (2009), págs. 26 y ss.

¹⁷² *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2014/205563.

¹⁷³ Cfr. Antecedente de Hecho segundo, apartado primero.

¹⁷⁴ *Ibidem*, apartado segundo.

¹⁷⁵ *Ibidem*, apartado quinto.

¹⁷⁶ *Ibidem*, apartado séptimo.

¹⁷⁷ *Ibidem*, apartado segundo.

Comunidad Autónoma está exigiendo, para la inscripción, una mayor justificación documental que la Administración Local y que será más fácil que sean las personas interesadas las que directamente lleven a cabo los trámites a instancia de parte»¹⁷⁸. Pero esta instancia no constaba, por lo que –según la Sala gallega– «aun admitiendo que el hecho de que la recurrente y el causante hubieran autorizado a Ayuntamiento de Redondela a remitir sus datos al Registro de Parejas de Hecho de Galicia pudiera interpretarse como una voluntad de inscribirse formalmente como tal pareja, tal simple voluntad no basta (como tampoco basta para el caso del matrimonio que no llega a realizarse, tras haberse tramitado el expediente previo por fallecimiento de uno de los contrayentes poco antes de la boda ...), puesto que la redacción del art. 27.7 del Decreto 248/2007 [autonómico gallego, sobre el registro de parejas de hecho] es clara: “En todo caso, la constitución de la pareja de hecho sólo se entenderá efectuada a partir de su inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia”, y aquí no existe tal inscripción»¹⁷⁹. Seguramente a la desesperada, la viuda de este caso –que no era gitana–, atrapada entre las idas y venidas de su expediente administrativo, también invocaba la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009. Frente al alegato, la Sala de suplicación gallega afirmó que «no se puede aplicar esta doctrina al caso de autos puesto que, en relación a la pareja de hecho formada por la recurrente y el causante, no se aprecia que pertenezcan a una minoría con una especificidad social y cultural ni se puede apreciar la buena fe que el TEDH apreció en el caso»¹⁸⁰.

6.3. LA DISCRIMINACIÓN «INTERSECCIONAL» RAZA-GÉNERO, EN EL CASO DE LAS VIUDAS GITANAS

En el voto particular formulado por las Magistradas ARASTEY SAHÚN y SEGOVIANO ASTABURUAGA, todo el énfasis se pone en la existencia de una posible discriminación racial o étnica en el caso de autos, resultando claves a este respecto sus tres afirmaciones siguientes, que vienen a resumirlo todo: 1) «mi planteamiento al Pleno de la Sala implicaba analizar si la interpretación que venimos expresando hasta ahora puede comportar un trato peyorativo a la aquí demandante, como integrante de un concreto grupo étnico»¹⁸¹; 2) «es evidente que no estamos ante un supuesto de discriminación directa, puesto que lo que se predica respecto de la oficialización de la pareja de hecho no exige requisitos que expliciten una traba para las personas de cultura gitana»¹⁸²; y 3) «ahora bien, sostuve que convenía preguntarse si, pese a esa neutralidad de la regla, ese colectivo puede verse particularmente afectado debido a las características de sus tradiciones, de suerte que se nos presente la ocasión de identificar situaciones de discriminación indirecta»¹⁸³. Evidentemente, en asuntos relativos a esta concreta causa discriminatoria no cabe bajar la guardia en Europa, especialmente tras el pacto de gobierno (literalmente, «contrato para el gobierno del cambio») recientemente habido en Italia, entre el populismo de extrema derecha y el populismo de extrema izquierda, puesto que en dicho pacto se afirma –en un epígrafe específicamente relativo a los «campamentos nómadas [*campi nomadi*]

– que hay que adoptar «acciones» ante la exasperación («*un grave problema sociale con manifestazioni*

¹⁷⁸ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Cfr. Fundamento de Derecho cuarto.

¹⁸¹ Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, párrafo primero.

¹⁸² *Ibidem*, párrafo segundo, inciso primero.

¹⁸³ *Ibidem*, inciso segundo.

esasperate)» provocada por el hecho de que «actualmente, aproximadamente 40 mil Rom[aníes] viven en los campamentos nómadas y el 60 por ciento son menores», aunque la intervención preconizada se hará –según se dice en el pacto– «en coherencia con el ordenamiento de la Unión Europea [*in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea*]»¹⁸⁴. Pero lo que a mí más me llama la atención es que tanto el Pleno de la Sala como el voto particular, e incluso, la propia Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009, no hayan reparado en el hecho de que el caso afectaba a una mujer.

He examinado con cuidado toda la doctrina de suplicación habida entre 2009 y 2017, a propósito de la reclamación de pensión de viudedad tras la disolución de un matrimonio gitano por muerte de uno de los cónyuges, y la conclusión que cabe extraer es clara: todas esas Sentencias de suplicación, que son varias decenas, se refieren sistemáticamente a reclamaciones planteadas precisamente por viudas, salvo en un único caso. Este caso fue resuelto por una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 3 mayo 2010¹⁸⁵, relativa al siguiente supuesto de hecho: 1) «el actor solicitó pensión de viudedad por fallecimiento de Apolonia ocurrido el 15.8.2008»¹⁸⁶; 2) «el actor convivió con la fallecida durante unos treinta años»¹⁸⁷, resultando que «su unión se produjo por el rito gitano y de ella nacieron ocho hijos»¹⁸⁸; y 3) «el INSS dictó resolución ..., por la que denegaba la pensión por “no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con la fallecida al menos dos años antes del fallecimiento”»¹⁸⁹. Aunque excepcional, se trata también de un caso feliz, pues la Sala de suplicación –aplicando la doctrina del Tribunal de Estrasburgo de 2009– confirmó el fallo de instancia, literalmente relativo a lo siguiente: «Que dedo estimar la demanda formulada por Cándido frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Debo declarar el derecho del actor a percibir la pensión de viudedad en la cuantía y efectos legalmente establecidos y condenar al demandado a estar y pasar por la sentencia»¹⁹⁰.

Siendo la regla general la afectación a mujeres (y además, en un porcentaje increíblemente alto), es evidente que en el caso enjuiciado por el Pleno de la Sala lo que podría haber es no sólo una discriminación indirecta racial o étnica, sino también y sobre todo una discriminación indirecta «interseccional» (o plural, o cumulativa o pluricausal, o como quiera llamársele), provocada por la «intersección» raza-género¹⁹¹. Se trata de un tema todavía en mantillas, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como en la del Tribunal de Estrasburgo¹⁹², pero que tendrá que acabar madurando algún día, y con toda seguridad, más pronto que tarde. En nuestra doctrina de suplicación, lo avanza ejemplarmente una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

¹⁸⁴ Cfr. pág. 45 del pacto en cuestión, que circula *partout* en Internet.

¹⁸⁵ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2010/1787.

¹⁸⁶ Cfr. Antecedente de Hecho primero, apartado primero

¹⁸⁷ *Ibidem*, apartado tercero.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*, apartado segundo.

¹⁹⁰ Cfr. Antecedente de Hecho segundo.

¹⁹¹ Nuestra visión del tema, desde el punto de vista de la mujer deportista, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 98 y ss.

¹⁹² Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, J.F., «Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Revista de Derecho Social*, núm. 81 (2018), págs. 129 y ss.

Galicia de 25 abril 2014¹⁹³, en la que se afirma (para estimar la pretensión de una viuda gitana, revocando la Sentencia de instancia), de un lado, que «la situación de la demandante, que es una mujer gitana, en relación con la exigencia de matrimonio a los efectos de acreditar pensión de viudedad se puede considerar –aún más claramente antes del reconocimiento de las uniones de hecho a los efectos de acreditar una pensión de viudedad– discriminatoria si consideramos el factor racial en intersección con el factor del sexo, pues, aunque analizando separadamente ambos factores –usando como comparador a una mujer paya o a un hombre gitano– no se apreciaría una discriminación racial o sexual, la situación de las mujeres gitanas, en relación con las oportunidades de trabajar y de contraer matrimonio o de contraerlo por el rito gitano u otro rito, es diferente a la situación tanto de la mujer paya como del hombre gitano»¹⁹⁴; y de otro lado, que «así las cosas, la intersección de los dos factores –racial y sexual– sitúa a la mujer gitana en situación socialmente diferente e incomparable con cualquier otra situación en la que se pudieran encontrar las mujeres payas o los hombres, sean payos o gitanos, y el mandato dirigido a los Poderes Públicos de remover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas –artículo 9.2 de la Constitución–, debiera evitar irrazonables limitaciones en el acceso de las mujeres gitanas a la pensión de viudedad, obligando –algo que también se deduce del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres– a aplicar las normas en el sentido más favorable a la igualdad efectiva»¹⁹⁵.

7. EPÍLOGO

Ignoro si la viuda del caso resuelto por el Pleno de la Sala ha interpuesto o no recurso de amparo frente a dicho polémico fallo, animándome yo a pronosticar –supuesto que lo hubiese hecho– que su recurso acabará prosperando, no sólo por encajar con holgura dentro de la doctrina del caso citado del Tribunal de Estrasburgo de 2009 acerca de la protección de la buena fe de la contrayente gitana, sino también por existir argumentos de mucho calibre constitucional, no considerados por dicha Sentencia de Estrasburgo (como el de la comentada discriminación indirecta «interseccional»), que directamente apuntan a una violación del artículo 14 de la Constitución, en el caso de autos. Cabe advertir, sin embargo, que la estimación del recurso de amparo no implicaría necesariamente el derecho de la viuda a cobrar la pensión cuestionada, pues se trata de una prestación contributiva de seguridad social (un extremo, por cierto, que llamó la atención en su día del Tribunal de Estrasburgo)¹⁹⁶, sujeta al cumplimiento de todas las exigencias jurídicas y económico-jurídicas marcadas hoy por el artículo 219 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre las cuales no constan datos en el caso de autos. Tales exigencias las discutió –como debía– el INSS, por ejemplo, en el caso resuelto por una Sentencia de la Sala de lo Social de Burgos,

¹⁹³ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2014/211916.

¹⁹⁴ Fundamento de Derecho quinto, párrafo segundo.

¹⁹⁵ *Ibidem*, párrafo sexto.

¹⁹⁶ En el marginal 69 de la Sentencia, recuérdese, se afirma que «a la luz de todo lo precedente y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente asunto, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y *percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años*, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad».

del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 diciembre 2017¹⁹⁷, en el que –sobre la base de que «la causa de fallecimiento [del causante gitano] fue enfermedad común»¹⁹⁸– se concluyó que el mismo se encontraba en situación asimilada a la de alta («toda vez que ... tenía reconocido el derecho a una invalidez no contributiva»¹⁹⁹, que había cotizado el mínimo («en la sentencia de instancia se afirma que tiene cotizados 457 días, si bien no consta que se haya computado la parte proporcional de dos pagas extraordinarias»)²⁰⁰ y dentro del período de tiempo legalmente exigido («los períodos cotizados lo fueron de noviembre de 1992 a marzo de 1994, por tanto dentro de los cinco años requeridos»)²⁰¹, lo que obligaba –como conclusión– a «estimar el recurso, revocando la sentencia recurrida, reconociendo a la [viuda gitana] recurrente pensión de viudedad con efectos económicos y base reguladora ... de ... 1 de mayo de 2017 y 41,46 euros mensuales»²⁰², matizando que «el porcentaje sobre la misma, y sin perjuicio de mínimos, será el que reglamentariamente corresponda teniendo en cuenta las circunstancias de la recurrente»²⁰³.

En la hipótesis de que el recurso de amparo no prosperase –y suponiendo, además, que el Tribunal Constitucional declinase plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, visto que sólo se ha animado a plantearla en una solitaria ocasión²⁰⁴–, quedaría expedita otra vez la posibilidad de recurrir al Tribunal de Estrasburgo. Con seguridad, el punto de partida en dicha sede tendría que ser de nuevo el momento en que el matrimonio gitano se contrajo, en pleno franquismo (un hecho totalmente preterido, recuérdese, por el Pleno de la Sala del Tribunal Supremo), para poner de relieve –como hizo la Sentencia de 2009, a efectos de calibrar la buena fe de la viuda gitana– que «el Tribunal observa, en este caso que, cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los usos y costumbres gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia católica»²⁰⁵. Y con seguridad, también, el Tribunal de Estrasburgo volvería a negarse a reconocer la costumbre como fuente reguladora del matrimonio gitano (en 2009, indicó que «la demandante señala que el matrimonio gitano existe desde hace más de 500 años en España; se trata de un consentimiento matrimonial ni civil ni religioso, pero firmemente anclado en la cultura de su comunidad, reconocido y beneficiario de efectos *erga omnes* en el seno de ésta, por efecto de la fuerza de la costumbre»)²⁰⁶, pues el Convenio Europeo de Derechos Humanos se remite a las leyes nacionales (literalmente, «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia *según las Leyes nacionales* que rijan el ejercicio de este derecho»)²⁰⁷, lo que deja un «margen de apreciación» a los Gobiernos nacionales²⁰⁸, que obligaba a dicho Tribunal a concluir que «el hecho de que las uniones gitanas no originen

¹⁹⁷ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2018/103.

¹⁹⁸ Cfr. Fundamento de Derecho primero.

¹⁹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho quinto.

²⁰⁰ Cfr. Fundamento de Derecho sexto.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Cfr. Fundamento de Derecho séptimo.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «El abogado laboralista ante la cuestión prejudicial europea», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 21 (2017), págs. 150 y ss.

²⁰⁵ Respecto de todo ello, véase *supra*, núm. 17.

²⁰⁶ Cfr. marginal 76.

²⁰⁷ Artículo 12.

²⁰⁸ Cfr. marginal 80.

efectos civiles *en el sentido deseado por la demandante* no constituye una discriminación [prohibida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos]»²⁰⁹.

Ahora bien, lo que el Tribunal de Estrasburgo no puede hacer, por prohibírsele el Convenio que administra, sí pueden hacerlo perfectamente, en cambio, los tribunales españoles (incluido el Tribunal Constitucional), administrando el ordenamiento jurídico español y sus mecanismos correctores de la existencia de lagunas en las fuentes de nuestro Derecho. Laguna hay aquí, pues si prospera el recurso de la viuda de autos, volveremos a tener otra viuda gitana, legitimada para que el INSS considere su derecho a pensión contributiva de viudedad, pero como viuda «al margen de la ley», dada la imposibilidad de encajar su caso en el tenor del artículo 216 de la vigente Ley General de Seguridad Social. Desde un punto de vista político, las Cortes de Aragón despertaron en 2000 el asunto de la existencia de tal laguna, con la aprobación de una «proposición de ley de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado conforme al rito gitano»²¹⁰, que suscitó reparos (también, entre otros, de moralidad y de orden público) en el ámbito académico civilista²¹¹, pero frente a los que se alza la contundente afirmación de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009, relativa a que el matrimonio gitano «nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas»²¹². Desde hace siglos –lo que excusa toda necesidad de prueba de la costumbre–, los contrayentes gitanos son «cónyuges», su unión conyugal verdadero «matrimonio», y la supérstite (como reconoció expresamente nuestra vieja legislación histórica, en 1726) auténtica «viuda»²¹³, resultando inadmisibles que todo ello pueda ser así a unos concretos efectos jurídicos de naturaleza penal o civil –bastando la prueba, y por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, del hecho de haber contraído²¹⁴–, pero no a otros efectos jurídicos distintos (por ejemplo, los de seguridad social o los fiscales), supuesto que el ordenamiento jurídico no puede ser una mera colección de compartimentos estancos, sino unidad radical (y más, en ausencia de norma expresa que lo excluya). Esta unidad es la que garantiza, en tanto el Estado siga renunciando a regular el matrimonio gitano, el artículo 1 del Código Civil, allí donde afirma –con el carácter de letra jurídica inobjetablemente viva– que «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada». Pretender encajar con fórceps el viejo matrimonio gitano en moldes jurídicos novísimos, como el representado por las uniones de hecho, no es integración social, sino «asimilación» y, consecuentemente, intento de aniquilación cultural²¹⁵. Pero esto ya lo sostenía el voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ-

²⁰⁹ Cfr. marginal 81.

²¹⁰ Véase *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*, núm. 60, V Legislatura, accesible en el sitio en Internet de dicho Parlamento regional, ubicado en www.cortesaragon.es.

²¹¹ Véase DELGADO ECHEVARRÍA, J., «El matrimonio no es el rito», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2 (2000-VI), págs. 289 y ss.

²¹² Cfr. marginal 59.

²¹³ Véase *supra*, núm. 5.

²¹⁴ Véase *supra*, especialmente núm. 11.

²¹⁵ La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009 trae a colación el Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, en el que se afirma que «sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación» (artículo 5, apartado 2), recordando respecto de nuestro país lo siguiente: «España firmó el Convenio el día en el que fue abierto a la firma de los Estados y lo ratificó el 1 de septiembre de 1995. Entró en vigor el 1 de febrero de 1998» (marginal 34).

ZAPATA PÉREZ, en 2007, allí donde indicaba que «no basta, en mi opinión, la “escrupulosa neutralidad” de una norma cuando la realidad que se enfrenta ante ella es la de una persona que, como doña María Luisa, pertenece a una minoría étnica que se queja de la injusta igualación de su situación matrimonial gitana, nacida en la buena fe, conforme a las normas ancestrales de su raza y a la conducta correspondiente a los miembros de su etnia con la situación –dice– de una pareja de hecho o de una convivencia more uxorio»²¹⁶.

²¹⁶ Cfr. Fundamento Jurídico 3, párrafo segundo.

La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia: aspectos críticos

The social protection of non-professional carers of people who are in a situation of dependency: critical aspects

SARA GUINDO MORALES

CONTRATATA PREDOCTORAL FPU. DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Esta investigación analiza los aspectos críticos –así como propuestas de lege ferenda– de la protección social de los cuidadores no profesionales que atienden a las personas que se encuentran en situación de dependencia en nuestro país, tras la importante reforma introducida por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Abstract

This research analyses the critical aspects –as well as lege ferenda proposals– of the social protection of non-professional caregivers caring for people in our country who are in a situation of dependency, following the important reform introduced by the Royal Decree-law 20/2012, of July 13, on measures to guarantee budgetary stability and to promote competitiveness.

Palabras clave

Derecho a la Seguridad Social; cuidador familiar; dependencia

Keywords

The Right to Social Security; family caregiver; dependence

1. INTRODUCCIÓN

Una de las más potentes y ambiciosas estrategias puestas en marcha por la Organización Internacional del Trabajo –en adelante y para simplificar, OIT– en las últimas décadas ha sido la promoción del trabajo decente, definido por la OIT como “*aquel trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad*”, debiendo existir un marco tuitivo que permita que los derechos laborales y sociales de los trabajadores sean efectivamente protegidos¹.

Sin embargo, la tendencia actual al debilitamiento de los sistemas de protección social provoca que los mecanismos tuitivos de los derechos socio-laborales disminuyan su eficacia

¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, A. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) *et al: El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2018, pág. 3.

y encontremos en la práctica cotidiana supuestos claramente alejados del concepto de trabajo decente².

Pues bien, uno de esos supuestos en los que no existe un trabajo decente es el relativo a los cuidadores no profesionales que atienden a personas que se encuentran en situación de dependencia, puesto que la última reforma laboral introducida por medio del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad³ –en adelante y para simplificar, Real Decreto-ley 20/2012– no les reconoce su trabajo, y es que desde el año 2010, los primeros recortes presupuestarios situaron al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, desgraciadamente, entre sus objetivos, tocándose uno de los pilares auténticos de dicho Sistema como es la protección social de los cuidadores no profesionales⁴.

Además, no cabe duda de que la debilidad o incapacidad de los Estados para hacer cumplir con un cuadro básico de obligaciones en materia de Seguridad Social retroalimenta la existencia del trabajo informal⁵.

El trabajo informal es un trabajo sin todas las garantías jurídico-sociales, esto es, situado al margen y contra el ordenamiento sociolaboral vigente, que incumple total o parcialmente las normas sociales de trabajo y que por ello acaba siendo un empleo precario y contrario al trabajo decente o digno de la persona que trabaja en el sentido otorgado por la OIT a dicha expresión⁶. En otros términos, es un trabajo que se realiza sin cumplir las obligaciones en materia de protección social, como ocurre con los cuidadores no profesionales de personas que se encuentran en situación de dependencia.

En definitiva, en el último lustro ha tenido lugar una suspensión del Sistema de Dependencia, pudiendo hablarse de un nuevo Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de mínimos en el que el Estado ha vuelto a no responsabilizarse de los cuidadores de las personas dependientes⁷.

² *Ibidem*, pág. 11.

³ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 14 de julio de 2012.

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R.: “Prólogo”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dirs. y Coords.) *et al: Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, pág. IX.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S.: “El derecho social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del derecho social ante el fenómeno del trabajo informal”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) *et al: Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de la Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016, pág. XIII.

⁶ *Ibidem*, pág. IX.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S.: “El derecho social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del derecho social ante el fenómeno del trabajo informal”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) *et al: Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de la Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, cit., pág. X.

2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES DE LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

2.1. La protección social de los cuidadores no profesionales anterior al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio

Históricamente, en nuestro país, el papel de los cuidadores no profesionales ha estado siempre representando mayoritariamente por mujeres –para la doctrina, es un trabajo invisible con rostro de mujer⁸, pues son más del 80% de la población cuidadora⁹–, carente de reconocimiento social y de cualquier tipo de protección social que dignifique su trabajo y que compense la pérdida o reducción de sus expectativas de inserción laboral en el mercado de trabajo ordinario¹⁰.

Por ello, uno de los mayores logros de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹¹ –en adelante y para simplificar, Ley 39/2006– fue reconocer el esfuerzo y sacrificio realizado por los cuidadores no profesionales, generándoles también una carrera de seguro¹², a través de la configuración para los mismos de un estatuto jurídico básico o de mínimos que les reconocía como trabajadores asalariados por cuenta ajena, casi profesionalizándoles o semiprofessionalizándoles.

El artículo 14.4 de la Ley 39/2006 establece respecto de las prestaciones de atención a la dependencia que “*el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención*” –prestación económica que, de conformidad con el artículo 7.x) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio¹³, se encuentra exenta–.

En los mismos términos se expresa el artículo 18 de la Ley 39/2006 respecto al régimen jurídico de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesiones, en virtud del cual:

⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidado de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer (Comentario de los Reales Decretos 615/2007, de 11 de mayo, y 727/2007, de 8 de junio)”, en *Temas Laborales*, núm. 69, 2007, *passim*.

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, en *Documentación administrativa*, núm. 276-277, 2006-2007, pág. 584.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 2014, págs. 221 y 312; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al*: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Colección Comentarios a la Legislación Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2002, pág. 1869.

¹¹ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 15 de diciembre de 2006.

¹² MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) *et al*: *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por José Luis Monereo Pérez, cit., pág. 683.

¹³ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 29 de noviembre de 2006.

“1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.

2. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.

3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.

4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”.

Pero aunque la Ley 39/2006 configure la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales de excepcional, la experiencia dada por los años de aplicación de dicha Ley 39/2006 evidencia que ésta ha sido la prestación preponderante concedida a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia por dos motivos: en primer lugar, porque los solicitantes dependientes prefieren confiar su cuidado en su propia familia y, en segundo lugar, por motivos presupuestarios –debido a su coste inferior respecto al resto de las prestaciones que integran la acción protectora de dicho Sistema–, y es que su cuantificación a la baja ha sido una constante en la fijación del importe de las prestaciones por parte del Consejo Territorial¹⁴, cuya infravaloración respecto de las prestaciones de los cuidadores profesionales –y de las demás prestaciones económicas– resulta discriminatoria.

Respecto a la protección social de los cuidadores no profesionales, el artículo 18 de la Ley 39/2006, titulado “*prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*”, establece en su apartado tercero que “*el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente*”.

Del mismo modo, la disposición adicional cuarta de la Ley 39/2006, rubricada “*Seguridad Social de los cuidadores no profesionales*” dispone que “*reglamentariamente el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización*”.

Afortunadamente, el desarrollo de la Seguridad Social aplicable a los cuidadores no profesionales no tardó mucho en llegar y se hizo por medio del Real Decreto 615/2007, de 11

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 221.

de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia¹⁵ –en adelante y para simplificar, Real Decreto 615/2007–.

El objetivo del Real Decreto 615/2007, según su exposición de motivos, consiste en “regular la inclusión en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales”. Se pretende el establecimiento de un marco jurídico uniforme e igualitario de encuadramiento y cotización en el sistema de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales, excluyente de divergencias autonómicas al respecto¹⁶.

Por tanto, una de las principales características de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales es la aplicación del mismo tratamiento en todo el territorio nacional, ya que no pueden darse diferentes reglas de encuadramiento, afiliación, cotización, según el territorio en que se apliquen, pues se trata de legislación básica de Seguridad Social –artículo 149.1.17ª de la Constitución Española¹⁷– y porque, como bien indica la exposición de motivos del Real Decreto 615/2007, ello tendría “consecuencias negativas para la calidad de las prestaciones y para la igualdad efectiva en el acceso a éstas por parte de los beneficiarios” sobre todo, de los cuidadores no profesionales, al encontrarse vinculado su régimen jurídico de Seguridad Social con las prestaciones futuras¹⁸.

Conforme expresa el Real Decreto 615/2007, el vigente ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, para cumplir con el mandato incluido en la Ley 39/2006, facilita el recurso al instituto del convenio especial previsto en el artículo 166.3¹⁹ 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 Social²⁰, al que se deberán acoger los cuidadores no profesionales para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social, en tanto se perciba la prestación económica regulada en la Ley 39/2006.

Por tanto, el objetivo del Real Decreto 615/2007 se atendió, por un lado, mediante la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas reconocidas por los servicios sociales competentes como cuidadores no profesionales, en situación de alta especial, a través de la suscripción de un Convenio especial ajustado a las previsiones específicas de la norma –no siendo la primera vez que se produce la inclusión en el Sistema de la Seguridad Social de algunas actividades que anteriormente no eran consideradas como

¹⁵ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 12 de mayo de 2007.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 225; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, cit., pág. 333.

¹⁷ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 29 de diciembre de 1978.

¹⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, pág. 96.

¹⁹ El cual establece que “los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan”.

²⁰ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 31 de octubre de 2015.

de trabajo²¹– y, por otro lado, reconociéndoles el derecho a ser destinatarios preferentes de acciones formativas específicas con el fin de dotar de mayor calidad a los cuidados prestados a las personas dependientes²².

Ahora bien, no se trata del convenio especial ordinario o común, sino de una modalidad específica, con diferencias tanto en los requisitos –por ejemplo, una de sus particularidades consiste en que su suscripción no precisa de la acreditación de un período de cotización previo, lo que se conoce como período de carencia²³–, como en la acción protectora –no se limita a las contingencias comunes– y también en la financiación²⁴.

Así, se dio cumplimiento al artículo 3.3.3º de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social²⁵ –en adelante y para simplificar, Orden TAS/2865/2003–, modificada por la Orden TAS/482/2008, de 22 de febrero²⁶, relativo a la regulación general, si bien con las particularidades dispuestas en el artículo 28²⁷, el cual dispone que “*no será exigible el período mínimo de cotización en los convenios especiales a que se refieren los artículos 11 a 22 de esta Orden, ni, en general, cuando reglamentariamente se prevea la suscripción de convenio especial para la inclusión en el Sistema de Seguridad Social*”.

Y es que al convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social le es de aplicación también el Capítulo I de la Orden TAS/2865/2003. Así lo dispone el artículo 5 del Real Decreto 615/2007 titulado “*aplicación supletoria*” cuando establece que “*en lo no previsto en los artículos anteriores se aplicará lo dispuesto en el capítulo I 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*”.

Aparte de la definición de cuidador no profesional que realiza el artículo 2.5 de la Ley 39/2006 –en virtud del cual se entiende por los mismos “*la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada*–, de conformidad con el artículo 1 Real Decreto 615/2007, rubricado “*cuidadores no profesionales*”, establece que tienen la consideración de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia “*aquellos que sean designados como tales en el Programa Individual de Atención y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 12 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las*

²¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 95.

²² MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., págs. 226 y 227.

²³ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 98.

²⁴ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) *et al: El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por José Luis Monereo Pérez, cit., pág. 682.

²⁵ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 18 de octubre de 2003.

²⁶ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 28 de febrero de 2008.

²⁷ MERCADER UGUINA, J. R., GOERLICH PESET, J. M., ARADILLA MARQUÉS, M. J., MORENO SOLANA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *Practicum Social 2017*, cit., pág. 1188.

prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, si bien este último Real Decreto ha sido derogado por el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia²⁸ –en adelante y para simplificar, Real Decreto 1051/2013–.

A tenor del artículo 12 Real Decreto 1051/2013, titulado “*requisitos y condiciones de acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*”, apartado segundo, la regla general es que podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia “*su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco, cuando convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud*”, entendiéndose como situaciones asimiladas a la relación familiar “*las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento*”.

Pero no se trata de una relación cerrada o *numerus clausus*, ya que también pueden obtener tal condición otros sujetos que no reúnan ese grado de parentesco en supuestos excepcionales²⁹.

Esos casos excepcionales, establecidos en el apartado tercero del artículo 12 del Real Decreto 1051/2013, son los siguientes:

“Cuando la persona en situación de dependencia reconocida, tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, incluida la atención mediante servicios a través de la prestación vinculada, la Administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona en situación de dependencia o en un vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud.

Cuando la persona tuviera reconocida la situación de dependencia en grado III o II será necesaria la convivencia con la persona de su entorno, dada la necesidad de atención permanente y apoyo indispensable y continuo que se requiere.

Cuando la persona tuviera reconocida la situación de dependencia en grado I, el entorno al que se refiere este apartado, habrá de tener además la consideración de rural y no será necesaria la convivencia en el domicilio de la persona dependiente”.

²⁸ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 31 de diciembre de 2013.

²⁹ MERCADER Uguina, J. R., GOERLICH PESET, J. M., ARADILLA MARQUÉS, M. J., MORENO SOLANA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *Practicum Social 2017*, Navarra, Aranzadi, 2017, pág. 1188.

Por tanto, en virtud de lo anterior, podríamos afirmar que existen dos tipos de cuidadores no profesionales atendiendo a las características del lugar de residencia de la persona que se encuentra en situación de dependencia: en primer lugar, el cuidador no profesional –familiar– en sentido estricto y, en segundo lugar, el cuidador no profesional del entorno³⁰.

Además de lo anterior, y de conformidad con el artículo 12.4 Real Decreto 1051/2013, se han establecido las siguientes condiciones de acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y los requisitos de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentren en situación de dependencia:

a) Que la persona beneficiaria esté siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar, con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados.

b) Que la persona cuidadora cuente con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia.

c) Que la persona cuidadora asuma formalmente los compromisos necesarios para la atención y cuidado de la persona en situación de dependencia.

d) Que la persona cuidadora realice las acciones formativas que se le propongan, siempre que sean compatibles con el cuidado de la personas en situación de dependencia.

e) Que la persona cuidadora facilite el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes, a la vivienda de la persona en situación de dependencia con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos o variación de las circunstancias, previo consentimiento de la persona beneficiaria”.

En cuanto a la acción protectora, conforme el artículo 3 del Real Decreto 615/2007, la situación de asimilación al alta “*será a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza –esto es, si tienen causa de contingencia común o profesional–*”.

El régimen de protección social anterior plantea problemas aplicativos y es que, por un lado, el alcance de la tutela es limitado, puesto que se excluyen las prestaciones periódicas temporales, tales como la incapacidad temporal, la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural³¹, etc., al igual que las prestaciones por desempleo.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 223.

³¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 100.

Y, por otro lado, respecto al surgimiento del derecho a las restantes prestaciones incluidas en su ámbito –tales como la incapacidad permanente, la jubilación y la viudedad–, va a encontrarse seriamente obstaculizado por las dificultades de cobertura, en la práctica, de los periodos de carencia exigibles –sobre todo a efectos de la pensión de jubilación–, dada la edad avanzada que tienen de media las actuales personas cuidadoras no profesionales, sin dejar de obviar los problemas de calificación de las contingencias profesionales en este caso, tanto por el entorno de la prestación de los cuidados –el ámbito doméstico– como por la naturaleza de la prestación³².

Si el propósito del legislador era otorgar una protección efectiva de los cuidadores no profesionales, el Real Decreto 615/2006, desde un principio, debería haber establecido modulaciones en los periodos de carencia para el acceso a las pensiones, especialmente para el acceso a la pensión de jubilación, atendiendo a la correlación entre las respectivas edades de la persona dependiente y la persona cuidadora no profesional; pues bien, siendo conscientes de esta disfuncionalidad, ésta podría corregirse de dos maneras que permitirían la continuidad de la carrera de seguro y contribuiría a consolidar la protección social del cuidador no profesional: en primer lugar, mediante la bonificación del periodo de cotización a efectos de la carencia mínima exigida legalmente para cursar el derecho a dicha pensión en función de la correlación de las edades del cuidador y de la persona dependiente, o bien estableciendo la posibilidad de que el cuidador no profesional suscriba otro tipo de convenio especial después de la extinción del convenio especial de cuidadores no profesionales por fallecimiento de la persona dependiente o por extinción de la prestación por cuidados en el entorno familiar como consecuencia de que los equipos de valoración consideren adecuado otro tipo de cuidados a la persona dependiente en cuestión³³.

Por último, no se debe olvidar que desde el momento en que el cuidador no profesional es sujeto protegido por el régimen general de Seguridad Social español, aunque sólo lo sea en relación con determinadas contingencias, se debe calificar como sujeto incluido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social³⁴.

³² MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., págs. 227 y 228; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Comares, 2007, pág. 335; *Vid.*, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, *passim*.

³³ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dir. y Coord.) *et al*: *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, cit., págs. 274 y 275.

³⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha de 30 de abril de 2004. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La inclusión de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia y de las que no pueden valerse por sí mismas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.) *et al*: *Las Prestaciones Españolas por dependencia y el Derecho de la Unión*, Murcia, Laborum, 2011, pág. 184.

En lo concerniente a la cotización, según el artículo 4.1 del Real Decreto 615/2007, como regla general, no es posible elegir una base mensual de cotización, ya que *“la base mensual de cotización en el convenio especial será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social”* –a diferencia del convenio común que permite que el sujeto opte por cuatro alternativas³⁵–.

Si bien, establece el segundo párrafo de dicho precepto que *“en los casos en que los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa³⁶, la base de cotización indicada se reducirá proporcionalmente, sin que, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado siguiente, la base de cotización pueda ser inferior al 50 por ciento del tope mínimo establecido en el Régimen General”*.

Además, dispone el párrafo tercero del mismo artículo que cuando a la persona que se encuentra en situación de dependencia tuviera reconocido el grado I, –correspondiente a la dependencia moderada– *“en todo caso se entenderá que, dadas las características de la atención prestada por estos cuidadores no profesionales, la base mensual de cotización en el correspondiente convenio especial será el cincuenta por ciento del tope mínimo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo que resultara inferior por aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado siguiente”*.

Según la Disposición adicional primera del Real Decreto 615/2007, relativa al acceso y cálculo de las prestaciones en los supuestos de cuidados no profesionales a tiempo parcial, *“en los supuestos previstos en el segundo y tercer párrafo del artículo 4.1 para el acceso y cálculo de las correspondientes prestaciones económicas se aplicarán las reglas previstas en los casos de contratos a tiempo parcial”*.

No obstante lo expuesto con anterioridad, es posible en determinadas situaciones cotizar por una base más alta.

Esos supuestos son los siguientes³⁷:

1. Según el artículo 4.2, párrafo primero, del Real Decreto 615/2007, *“cuando la persona que desempeñe las funciones de cuidador no profesional haya interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que hubiera estado incluido en el sistema de la Seguridad Social, a fin de dedicarse a la atención de la persona dependiente, podrá mantener la base de cotización del último ejercicio en dicha actividad, siempre que resulte superior al tope mínimo del Régimen General, siendo a su cargo directo el coste del incremento de cotización sobre la cuantía resultante de la aplicación del apartado 1 de este artículo. Dicha base podrá actualizarse en los mismos términos que el tope mínimo citado”*.

³⁵ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) et al: *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por José Luis Monereo Pérez, cit., pág. 683.

³⁶ De conformidad con el artículo 28, apartado segundo, de la Orden TAS/2865/2003, *“a efectos de la suscripción de este convenio especial, se considerará que los cuidados no profesionales alcanzan la dedicación completa a que se refiere el artículo 4.1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, cuando se presten durante 40 horas semanales”*.

³⁷ MERCADER UGUINA, J. R., GOERLICH PESET, J. M., ARADILLA MARQUÉS, M. J., MORENO SOLANA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *Practicum Social 2017*, cit., pág. 1189.

Es decir, por la interrupción de la actividad profesional –por cuenta propia o ajena– que venía desarrollando el cuidador no profesional por necesidad de proporcionar los cuidados a la persona en situación de dependencia.

2. Según el artículo 4.2, párrafo segundo, del Real Decreto 615/2007 “*en los casos previstos en el artículo 2.4 –en los casos en que, como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales, el cuidador haya de reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución, en los términos previstos en la legislación laboral o de función pública que sea de aplicación, el convenio especial se aplicará en orden al mantenimiento de la base de cotización en los términos contemplados en el artículo 4.2–, la suma de la base de cotización del cuidador no profesional, en función de la actividad laboral realizada, y la prevista en este apartado, no podrá ser superior a la base por la que se venía cotizando antes de reducir la jornada y la correspondiente retribución, como consecuencia de la atención al familiar en situación de dependencia. De superarse el límite indicado, se procederá a reducir la base de cotización aplicable en el convenio especial*”. Esto es, por reducción de la jornada laboral y, por consiguiente, de la correspondiente retribución del cuidador no profesional, por necesidad de proporcionar los cuidados a la persona que se encuentre en situación de dependencia.

3. En virtud del artículo 2.5 del Real Decreto 615/2007, “*en los casos en que el cuidador no profesional, con anterioridad a la prestación de los correspondientes cuidados en beneficio de la persona dependiente, hubiese suscrito un convenio especial con la Seguridad Social, procederá la extinción de dicho convenio y la suscripción del regulado en este real decreto, sin perjuicio del mantenimiento de la base de cotización de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.2*”. En otros términos, por sustitución del convenio especial con la Seguridad Social anterior por el destinado a cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia.

En los supuestos a que se refiere el artículo 4.2 del Real Decreto 615/2007, cuando el cuidador no profesional haya optado por mantener la base de cotización por la que venía cotizando, los efectos de tal opción coincidirán con los del convenio especial de presentarse la solicitud dentro de los 90 días naturales siguientes al de la baja en el régimen en el que el cuidador no profesional estaba encuadrado por la actividad o convenio anterior o al de la reducción de la jornada³⁸. Si la opción se formulase fuera del plazo antes indicado de 90 días, surtirá efectos desde el día de presentación de la solicitud –artículo 28.6 Orden TAS/2865/2003–.

En estos casos en los que se opta por una base de cotización superior, el derecho a cotizar por parte del cuidador no profesional se extinguirá por dos motivos³⁹:

– Por renuncia al abono de la parte de cuota a cargo del cuidador no profesional, comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social, en cuyo caso, los efectos de tal

³⁸ Sobre el tema de la reducción de la jornada laboral, *vid.*, CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 115 y ss.

³⁹ Artículo 28.6 de la Orden TAS/2865/2003.

renuncia se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.

– Por falta de pago de tres mensualidades consecutivas o cinco alternativas de la parte de cuota a cargo del cuidador no profesional, excepto si concurre una causa justificada de fuerza mayor acreditada.

Además, de conformidad con el artículo 4.3 del Real Decreto a la base de cotización “*se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento*”, minorándose el importe resultante mediante la aplicación del coeficiente reductor que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social “*previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, siendo el resultado la cuota a ingresar*”, cotizándose por formación profesional “*en una cuantía equivalente al 0,2 por ciento aplicable a la base de cotización*”.

Por último, en lo referente a la extinción del convenio especial, éste se extinguirá por cualquiera de las siguientes causas generales establecidas en el artículo 10.2 de la Orden TAS/2865/2003:

“a) Por quedar el interesado comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador o asimilado que lo suscribiere preste sus servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial.

No obstante, no se producirá la extinción del convenio especial por esta causa, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad en los términos establecidos en el Capítulo II de esta Orden.

b) Por adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad Social.

d) Por fallecimiento del interesado.

No se extinguirá el convenio especial por desplazamiento del suscriptor al extranjero aunque este desplazamiento supere el plazo de 90 días o, en su caso, la prórroga que pueda concederse, tanto si el trabajador o asimilado queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor del convenio”.

Empero, además de los anteriores motivos de extinción, el convenio especial se puede extinguir por los motivos específicos establecidos en el artículo 28.5 de la Orden TAS/2865/2003, en virtud del cual el “*convenio especial se extinguirá por las causas señaladas en el artículo 10.2 de esta orden, a excepción de las recogidas en sus párrafos c) y e), así como por las siguientes:*

a) Por adquirir el cuidador la condición de titular de una pensión de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.

b) *Por fallecimiento de la persona en situación de dependencia o extinción de la prestación económica para cuidados familiares por ella percibida.*

c) *Cuando el cuidador deje de prestar sus servicios como tal o, en general, de reunir las condiciones y requisitos establecidos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo”.*

2.2. La protección social de los cuidadores no profesionales tras el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio

Desde una perspectiva finalista, conforme a la configuración legal y los propios términos que rotulan el artículo 18 de la Ley 39/2006, la prestación económica de cuidados en el entorno familiar a la persona que se encuentra en situación de dependencia, parte de la complementariedad de dos fines: en primer lugar, la atención del dependiente en su hábitat y, en segundo lugar, la compensación económica del cuidador informal⁴⁰.

Sin embargo ese objetivo se frustró en la práctica desde un principio, dada la escasa cuantía asignada a dicha prestación económica –en comparación con las demás prestaciones económicas del Sistema–, circunstancia que se ha acentuado a raíz de las modificaciones restrictivas incorporadas por el Real Decreto-ley 20/2012⁴¹, y es que dicha norma incorpora diferentes medidas de carácter económico que generan un ahorro⁴² y que perjudican seriamente la protección social de los cuidadores no profesionales.

En efecto, la Disposición transitoria décima del Real Decreto-ley 20/2012, titulada “*cuantías máximas de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal y de la prestación vinculada al servicio*”, por un parte, mantiene las cuantías máximas vigentes en el momento de entrada en vigor de la norma –15 de julio de 2012– para los beneficiarios de prestaciones económicas que a esa fecha ya tuvieran reconocido el grado y nivel de dependencia y hubieran comenzado la percepción de la prestación– con la excepción, exclusivamente, de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, cuya cuantía máxima para los diferentes grados y niveles se reduce, desde el 1 de agosto de 2012, en un 15% y, por otra parte, tanto cuando se trate de nuevos solicitantes posteriores al 15 de julio de 2012 como de solicitantes anteriores a dicha fecha pero cuyo reconocimiento de grado de dependencia y/o prestaciones estuviese pendiente, las diferencias cuantitativas entre prestaciones siguen siendo destacables en perjuicio de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar –como ya venía sucediendo desde el

⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Comares, 2007, pág. 330.

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 224.

⁴² KAHALE CARRILLO, D. T.: “Prestación económica para cuidadores en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales”, en GARCÍA GARNICA, M^a. C. (Dir.) y ROJO ÁLVAREZ MANZANEDA, R. (Coord.) *et al*: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2014, pág. 396.

inicio de aplicación de la Ley 39/2006—, fijándose su importe en torno a un 50% del establecido para el resto de las prestaciones⁴³.

La última ratio de la cuantificación a la baja de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, en términos comparativos con las demás prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia es básicamente de índole presupuestaria y guiada por objetivos de contención del déficit público⁴⁴.

De hecho, así se contiene de forma explícita en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 al expresar que *“la sostenibilidad económica del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la situación económica por la que atraviesa la economía española y la exigencia de cumplimiento de los objetivos de déficit público, requieren la adopción por el Gobierno de medidas urgentes de naturaleza económica que se traduzcan en ahorros inmediatos en el gasto de las administraciones públicas. En este sentido, el presente real decreto-ley incorpora distintas medidas que generan un ahorro, por una parte, en el gasto de las comunidades autónomas, a través de la reducción de las cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, y, por otra, en el gasto de la Administración General del Estado, por la vía de la reducción de las cuantías del nivel mínimo de financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”*.

Pero las reformas racionalizadoras del sistema de protección no afectaron tan sólo a la cuantía de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, pues se proyectaron de igual modo sobre el régimen de acceso efectivo a la misma, así como en el de retroactividad de sus efectos económicos tras su reconocimiento administrativo —esto es, el devengo de atrasos una vez reconocida dicha prestación—⁴⁵.

Respecto a la primera cuestión, establece la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 20/2012 atinente a las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia pendientes de resolución a la entrada en vigor del Real decreto-ley –15 de julio de 2012— que *“en el caso de aquellas personas que hayan presentado una solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley que se encuentre pendiente de resolución a esa fecha, el derecho de acceso a las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, derivadas del reconocimiento de dicha situación estarán sujetas a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de reconocimiento de las prestaciones o, en su caso, desde el transcurso del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación —silencio administrativo positivo—, plazo que se interrumpirá en el momento en que el interesado empiece a percibir dicha prestación”*.

⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 225.

⁴⁴ *Ibidem*, cit., pág. 225.

⁴⁵ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dir. y Coords.) *et al: Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, cit., págs. 265 y 267.

Se ha de destacar que este restrictivo régimen contrasta con el aplicable a las restantes prestaciones económicas y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para las que no se prevé tal suspensión de efectividad⁴⁶.

En cuanto a la segunda cuestión, la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 20/2012 estipula sobre las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, reconocidas y no percibidas, lo siguiente:

En primer lugar, que “desde la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, dejarán de producir efectos retroactivos para aquellas personas que a dicha fecha no hayan comenzado a percibir todavía las prestaciones económicas reconocidas a su favor, quienes conservarán, en todo caso, el derecho a percibir las cuantías que, en concepto de efectos retroactivos, hayan sido ya devengadas hasta dicho momento”.

Y, en segundo lugar, que *“a partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, reconocidas a favor de las personas mencionadas en el apartado anterior quedarán sujetas a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de reconocimiento de la prestación o, en su caso, desde el transcurso del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación, plazo que se interrumpirá en el momento en que el interesado empiece a percibir dicha prestación”.*

Además, la disposición final primera del Real Decreto-ley 20/2012 modificó la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público⁴⁷, sobre el aplazamiento y periodificación del abono de los efectos retroactivos de las prestaciones económicas previstas en la Ley 39/2006, la cual ha quedado redactada en los siguientes términos: *“las cuantías en concepto de efectos retroactivos de las prestaciones económicas previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para los casos en que los mismos se hayan generado desde la fecha de la solicitud, podrán ser aplazadas y su abono periodificado en pagos anuales de igual cuantía, en un plazo máximo de ocho años desde la fecha de la resolución firme de reconocimiento expreso de la prestación, si así se acuerda por las administraciones competentes. El aplazamiento deberá ser notificado a la persona beneficiaria de la prestación y a la Administración General del Estado a los efectos de que por ésta se regularice su pago a la comunidad autónoma en lo que respecta al nivel mínimo”.*

Pero, aparte de todo lo anterior, según la devastadora disposición adicional octava del Real Decreto-ley 20/2012 concerniente al régimen de los convenios especiales en el Sistema

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 266.

⁴⁷ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 24 de mayo de 2010.

de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia:

“1. A partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, tendrá, para los cuidadores no profesionales, carácter voluntario y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. Las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado en el apartado anterior serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

3. Estos convenios especiales surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial”.

En los mismos términos establece también la disposición adicional decimocuarta 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 Social⁴⁸, titulada “régimen jurídico de los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia”, en la que se dispone lo siguiente:

“1. A partir del 15 de julio de 2012, el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, tendrá carácter voluntario para los cuidadores no profesionales y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. Las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado en el apartado anterior serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

3. Estos convenios especiales surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial”.

Y, además, de conformidad con la Disposición transitoria decimotercera del Real Decreto-ley 20/2012, relativa a los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia existentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley:

“Los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia previstos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, existentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se extinguirán el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012.

⁴⁸ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 31 de octubre de 2015.

En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10% en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5% del total de la cuota y el 85% restante a cargo del cuidador no profesional.

A partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional”.

Por tanto, las citadas normas suprimen la obligatoriedad del encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia, haciendo voluntaria para el cuidador, en todos los casos, la suscripción del convenio especial y, por otra parte, atribuye íntegramente a aquél la obligación de cotización a la Tesorería General de la Seguridad Social⁴⁹.

Y es que antes del Real Decreto-ley 20/2012 el convenio especial no era una opción, sino que era obligatorio, cuyo pago de la cuota de cotización a la Seguridad Social era asumida total directamente por la Administración General del Estado –IMRSO–, liberando, por tanto, al cuidador no profesional de tal pago, si bien únicamente en los supuestos en que el cuidador decidiese elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter general, la diferencia corría a cargo del cuidador⁵⁰.

Lógicamente, lo anterior ha desincentivado vertiginosamente la suscripción de tal convenio especial, lo que ha producido la expulsión del Sistema de Seguridad Social de un importante contingente de cuidadores no profesionales, previsiblemente los pertenecientes a capas económicamente más desfavorecidas que sufren las mayores dificultades para asumir la carga económica que supone la cotización⁵¹. Y es que no sólo se les ha reducido la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, sino que además el pago de la cotización del convenio especial es a su cargo.

En suma, tras el Real Decreto-ley 20/2012 se ha dejado de reconocer el cuidado de personas dependientes realizado por familiares no profesionales como un trabajo próximo al formal, es decir, lo que fue una de las grandes conquistas de la Ley de Dependencia, al reconocer su trabajo como tal, retribuyéndoles mediante una compensación económica, dándoles de alta –especial– en la Seguridad Social y cotizando por ellas a través de la suscripción de un convenio especial financiado por el Estado se perdió con la crisis económica y social que estalló en el año 2008⁵².

Claramente, la opción del legislador de urgencia en esta materia conlleva graves repercusiones de tipo constitucional, ya que el cambio de régimen en materia de seguridad

⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 227.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 100.

⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 227.

⁵² MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) *et al: El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por José Luis Monereo Pérez, cit., págs. 683 y 684.

social podría calificarse de contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, pues el traslado indiscriminado de la carga del abono de la cotización al cuidador no profesional sin tomar en consideración sus ingresos y cargas familiares al respecto podría suponer una discriminación por razón de su situación social y capacidad económica, por ende, sería conveniente introducir medidas correctoras conforme a criterios de equidad e igualdad efectiva de oportunidades que, ateniendo a circunstancias como la capacidad económica personal, cargas familiares, edad de la persona que se encuentra en situación de dependencia y del cuidador no profesional e historial previo de cotización de este último, podría facilitar bastante la inclusión en el sistema de Seguridad Social de todos aquellos cuidadores no profesionales que tengan dificultades para abonar el pago de la cotización al Régimen General de la Seguridad Social: tales medidas podrían consistir en el establecimiento excepcional, para niveles de renta del cuidador profesional o de su unidad de convivencia inferiores a ciertos umbrales, de mínimos exentos o de bonificaciones en las cotizaciones sociales o, en la asunción total o parcial por parte del Estado de las mismas⁵³.

3. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

El sistema básico o mínimo de protección social contributiva para los cuidadores no profesionales de personas que se encuentran en situación de dependencia no existió hasta la Ley 39/2006, la cual valoró de forma positiva la dignificación y reconocimiento de su labor.

Si bien, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, se ha producido una acusada involución al respecto, pues dicho Real Decreto-ley, entre otros aspectos, minoró las cuantías de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, estableció como voluntario la suscripción del convenio especial y, por último, determinó que el pago de las cotizaciones debería correr a cargo de los cuidadores no profesionales.

En definitiva, el Real Decreto-ley 20/2012 provocó que la mayoría de las cuidadoras familiares no puedan permitirse económicamente suscribir tal convenio especial –y menos aún tras la minoración de la prestación–, lo que ha determinado que trabajen en un marco de legalidad sin ningún tipo de protección social.

Pero no se debe olvidar que desde la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley el trabajo realizado por los cuidadores no profesionales de personas dependientes sigue existiendo, de hecho, cada vez más, debido al envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de las bajas tasas de natalidad y de la mejora de la esperanza de vida, pero sin ningún tipo de reconocimiento legal por el inmenso esfuerzo que realizan estas personas, pues les afecta a la conciliación de su vida personal, familiar y laboral en muchos aspectos.

Ya ha pasado más de un lustro desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, cuyas modificaciones se fundamentaban en motivos económicos ocasionados por la crisis económica y social que vivimos. Por ello, superada en parte tal etapa en nuestro país,

⁵³ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dirs. y Coords.) *et al: Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, cit., págs. 271 y 272.

sería una buena propuesta de *lege ferenda* la vuelta al régimen jurídico anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 en el que las cuantías eran mayores, el convenio especial obligatorio y la financiación a cargo del Estado –aunque también se podrían otorgar bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social o mínimos exentos en atención a las circunstancias económicas, personales o familiares de los cuidadores no profesionales–, porque sólo de esta manera se les puede reconocer su trabajo, cumpliendo así con la finalidad originaria de la Ley 39/2006. Y es que nuestro sistema público de protección social debe ser justo y solidario hacia los cuidadores familiares.

Asimismo, con la finalidad de mejorar aun más la protección social de esta clase de trabajadores, sería conveniente la inclusión de la incapacidad temporal y la prestación por desempleo dentro de la acción protectora del artículo 3 del Real Decreto 615/2007, además de introducir modulaciones en los periodos de carencia para el acceso a las prestaciones incluidas en dicha acción protectora, teniendo en cuenta las edades de las personas en situación de dependencia y de los cuidadores no profesionales.

Sólo de esta manera se puede garantizar un trabajo decente para los cuidadores no profesionales que atienden a personas dependientes.

La protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre

Maternity leave for private freelance lawyers and the entitlement to parental leave by the father

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO SOCIAL – TSJ/GALICIA

DOCTOR EN DERECHO / GRADUADO SOCIAL

PROFESOR ASOCIADO DERECHO PROCESAL UNIVERSIDADE DA CORUÑA

RICARDO PEDRO RON LATAS

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

MAGISTRADO SUPLENTE – TSJ/GALICIA

Resumen

En este artículo se analiza la protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión. En primer lugar, se aborda la problemática relativa al sistema electivo de protección social, ya que mientras las abogadas afiliadas al RETA pueden dejar de trabajar y percibir un subsidio de pago periódico en caso de maternidad, las afiliadas a cualquiera de las distintas mutualidades de previsión social sustitutorias existentes cuentan con un sistema de protección raquítico. En último término, se analiza el posible disfrute paterno del descanso por maternidad cuando la madre se encuentra en el libre ejercicio de la abogacía.

Abstract

This article analyses the maternity protection of private freelance lawyers. First of all, the problem related to the elective system of social protection is addressed, since while lawyers affiliated to the RETA can stop working and receive a periodic payment subsidy in case of maternity, the affiliates to any of the different mutual societies providing social welfare substitutes have a meagre protection system. Lastly, the possible paternal use of maternity leave is analysed when the mother is a freelance lawyer.

Palabras clave

Prestación por maternidad; Abogacía; Sistema de Seguridad Social; Mutualidades sustitutorias; Trabajadores autónomos

Keywords

Maternity benefit; Legal profession; Social Security System; Mutual societies subsidies; Self-employed

1. DE LA EXCLUSIÓN DE LA ABOGACÍA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA CON POSIBILIDAD DE OPTAR POR MUTUALIDAD ALTERNATIVA.

Inicialmente construido sobre el trabajo por cuenta ajena¹, el Sistema de Seguridad Social diseñado por la Ley de la Seguridad Social de 1966² dejaba fuera a los abogados en el

¹ Y es que, como afirma Antonio José PIÑEROA DE LA FUENTE, “la inclusión de los denominados trabajadores por cuenta propia o autónomos en el ámbito de la protección social, entendida como protección específica, no fue del todo pacífica y sí tardía en comparación con otros colectivos”, recordando al respecto que “los seguros sociales que arrancan de la mano del canciller Von Bismarck en 1883 se configuran en torno a una figura, la del trabajador por cuenta ajena: su propia estructura, tripartita en la financiación, presupone la existencia de un (...)”

ejercicio libre de la profesión –y, en general, a cualquier profesional liberal colegiado–, sin perjuicio de que colectivamente pudieran articular (o mantener) una protección social a través de una mutualidad profesional voluntaria –como precisamente ocurría con la Abogacía³–. La creación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a través del Decreto 2530/1970, de 20 agosto⁴, no alteró esa situación, pues no incluía a los profesionales liberales colegiados del campo de aplicación de ese Régimen Especial. Se posibilitaba, sin embargo, la integración colectiva de “aquellos otros grupos de trabajadores por cuenta propia o autónomos que pueda disponerse por Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y oída la Organización Sindical”⁵, lo que en efecto acaeció con algunos –no muchos– colectivos profesionales⁶. Posteriormente, el Real Decreto 2504/1980, de 24 octubre⁷, modificando el Decreto 2530/1970, flexibilizó las condiciones de la integración de aquellos trabajadores autónomos que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un colegio o asociación profesional, estableciendo que “se llevará a cabo a solicitud de los órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante orden ministerial”⁸. Aunque este sistema permitió la integración colectiva en el RETA de más de 40 profesiones⁹, ello no acaeció con la Abogacía; ni con otros colectivos con mutualidades voluntarias sustitutorias del RETA¹⁰.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre¹¹, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, inició una nueva etapa de afiliación voluntaria al Régimen Especial –que sí afecta a la Abogacía, así como a los otros colectivos con mutualidades voluntarias sustitutorias del RETA–, aunque manteniendo, en su disposición adicional 15^a, la posibilidad de afiliación a una mutualidad de previsión social sustitutoria en determinadas circunstancias. Posteriormente –y a los efectos de evitar carencias de protección muy notables con el RETA–, la Ley 27/2011, de 1 de agosto¹², en su disposición adicional 46^a, ha obligado a esas mutualidades a garantizar un mínimo de cobertura a los profesionales en ellas afiliados.

empresario para su viabilidad”, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (La cobertura del RETA)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 25.

² Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, BOE de 22 de abril de 1966.

³ La Mutualidad General de la Abogacía fue creada en 1948 por todos los colegios de abogados de España (más ampliamente, sobre su trayectoria histórica véase www.mutualidadabogacia.com). Alter Mutua – Mutua de Previsión Social para Abogados nació en 1840 como una institución sin ánimo de lucro, convirtiéndose en la entidad aseguradora de los abogados catalanes (véase www.altermutua.com).

⁴ BOE de 15 de septiembre de 1970.

⁵ Art. 3, apartado 4, de la redacción originaria del Decreto 2530/1970.

⁶ El primero de esos colectivos fueron los graduados sociales a través del Decreto 2551/1971, de 17 de septiembre (BOE de 25 de octubre de 1971), desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo de 10 de abril de 1972 (BOE de 19 de abril de 1972). Pero apenas se pueden citar tres colectivos más integrados por decreto –agentes de seguros, farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, y agentes de seguros–. Sobre ellos, ver Antonio José PIÑEROA DE LA FUENTE, *La Seguridad ...*, obra citada, págs. 80 y 81.

⁷ BOE de 18 de noviembre de 1980.

⁸ Art. 3, último párrafo, de la redacción vigente del Decreto 2530/1970.

⁹ Un listado exhaustivo de todas las profesiones incluidas en el RETA lo podemos consultar en el *Memento Práctico de Seguridad Social 2017*, Madrid: Ediciones Francis y Taylor, marginal 5637.

¹⁰ A saber, procuradores, gestores administrativos, arquitectos superiores y químicos, aparejadores y arquitectos técnicos, ingenieros civiles, ingenieros industriales, ingenieros técnicos industriales, médicos.

¹¹ BOE de 9 de noviembre de 1995.

¹² BOE de 2 de agosto de 2011.

Son esas dos disposiciones adicionales –la 15ª de la Ley 30/1995 y la 46ª de la Ley 27/2011– las que han pasado a configurar las vigentes disposiciones adicionales 18ª y 19ª de la Ley General de la Seguridad Social¹³, en las que –como excepción a la regla general de que quienes trabajen por cuenta propia se encuadran obligatoriamente en el RETA– se permite –conforme con la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995– la afiliación de los profesionales liberales colegiados a mutualidades de previsión social sustitutoria en determinadas circunstancias, cuales son:

- Cuando se trate de colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la mutualidad de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que la citada mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre¹⁴. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.

- Cuando se trate de profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una mutualidad de las amparadas en el citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en este régimen especial, siempre que los interesados no hayan voluntariamente optado, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado régimen especial.

Tanto en uno como en otro caso, las mutualidades de previsión social sustitutoria –en concordancia con la disposición adicional 46ª de la Ley 27/2011– deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, y entre otras contingencias cubiertas, la de maternidad. Las prestaciones que otorguen, cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar un importe no inferior al 60 por ciento de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en el sistema de la Seguridad Social o, si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Si tales prestaciones adoptaran la forma de capital, en ningún caso este podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta.

Bajo las condiciones explicitadas en las disposiciones adicionales 18ª y 19ª de la Ley General de la Seguridad Social, en la Abogacía y en otras varias profesiones liberales colegiadas, cabe la posibilidad de optar por la cobertura a través de una mutualidad de previsión social sustitutoria, que en el caso de la Abogacía son la Mutualidad de la Abogacía y Alter Mutua – Mutua de Previsión Social para Abogados¹⁵. Ahí está el origen de las

¹³ Aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015).

¹⁴ BOE de 15 de enero de 1986.

¹⁵ Para los demás profesionales a que se ha hecho referencia en la anterior nota 10 son respectivamente: Mutualidad de Previsión Social de Procuradores de Tribunales de España; Mutualidad de Gestores Administrativos; Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores (HNA), que absorbió a la Mutualidad General de Previsión Social de Químicos Españoles; Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija; Previsión Mutua Aparejadores y Arquitectos Técnicos (...)

diferencias de cobertura de la maternidad entre las abogadas afiliadas a la Mutualidad de la Abogacía o a Alter Mutua, con respecto a las abogadas afiliadas al RETA, que pasaremos a analizar a continuación, analizando la posibilidad de cesión al padre del descanso por maternidad de las abogadas.

2. DIFERENCIAS DE COBERTURA DE LA MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y EN LAS MUTUALIDADES ALTERNATIVAS.

Mientras las abogadas afiliadas al RETA pueden dejar de trabajar y percibir un subsidio de pago periódico en caso de maternidad¹⁶, las afiliadas a cualquiera de las distintas mutualidades de previsión social sustitutorias existentes, hasta hace no mucho, no percibían nada y, en el momento actual, las abogadas perciben un pago único a tanto alzado¹⁷.

2.1. Regulación de la prestación por maternidad para las abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía.

La lectura de los Estatutos de la Mutualidad General de la Abogacía y su Reglamento de aportaciones y prestaciones provoca en el jurista un fenómeno de atavismo. El hecho de que ambos hayan sido aprobados por la Asamblea General de Mutualistas en el año 2017 no supone desvirtuar esa desazonadora impresión. Basta con acercarse al artículo 10 de los Estatutos para percatarse de que la realidad sociocultural que vivimos no ha impregnado la redacción de la norma protectora de las abogadas españolas. El hecho de que se siga identificando la maternidad como una especie concreta de protección social dentro del género de la incapacidad temporal nos permite concluir lo añejo y desfasado de esa normativa protectora.

Y es que, al contrario de lo que sucede en el ámbito de la Seguridad Social, donde (bien sabido es) la maternidad ha dejado de estar incluida en el ámbito de la incapacidad temporal desde hace más de cuatro lustros¹⁸, en la Mutualidad General de la Abogacía la maternidad sigue configurada como situación protegida dentro de la contingencia de incapacidad temporal, al menos así se manifiesta el artículo 10 de los Estatutos, expresando que la “Mutualidad cubre las contingencias de ... incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo”.

Sin embargo, la culpa de esta áspera redacción no resulta ser toda ella de los Mutualistas pues –aunque podrían haber mejorado la redacción de la norma legal– los Estatutos se limitan a recoger *ad peddem litterae* lo dispuesto en la disposición adicional 19ª de la LGSS, relativa al ámbito de protección de las mutualidades de previsión social

(PREMAAT); Asociación Mutualista Ingeniería Civil (AMIC); Mutua de Ingenieros Industriales; Mutua Previsión Social Peritos Ingenieros Técnicos Industriales (MUPITI); Mutua Médica.

¹⁶ Regulado en la Ley General de la Seguridad Social, arts. 177 a 182, 318 y disposición adicional 8ª, y en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en especial arts. 2.4, 3.8, 14.2, 15.1 y disposición adicional 1ª.8.

¹⁷ Su regulación concreta se puede consultar en www.mutualidadabogacia.com para la Mutualidad de la Abogacía, y en www.altermutua.com para Alter Mutua – Mutua de Previsión Social para Abogados.

¹⁸ La LGSS de 1974 (junto con de la 1966) incluía como situaciones de incapacidad laboral transitoria, entre otras, “los periodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad” (art. 126.1.c). La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, configuró la maternidad como contingencia específica desligada de la incapacidad laboral transitoria.

alternativas al RETA, donde se les exige a tales mutualidades ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, las coberturas –entre otras– de incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo.

El desarrollo regulador de la prestación de maternidad contemplada en los Estatutos de la Mutualidad la encontramos –como la de todas las demás prestaciones– en el Reglamento de aportaciones y prestaciones del Plan Universal de la Abogacía. Y la protección a la maternidad se recoge en el artículo relativo a la “incapacidad temporal profesional”. Porque –aunque ya hemos dicho que se podría haber mejorado la redacción de la norma legal– el anacronismo sigue aún presente en la norma profesional.

Conforme dispone el artículo 26.1 del Reglamento, caben dos posibilidades para la cobertura de la maternidad por las abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía. La primera es la posibilidad de que puedan incluir la maternidad y las garantías por adopción y aborto no voluntario en la cobertura de la incapacidad temporal profesional cuando se trate de mutualista que hayan optado por el sistema complementario de acuerdo con el artículo 4.2 de los Estatutos. En cambio –y esta es la segunda posibilidad–, la cobertura por maternidad (según el artículo 26.1 de los Estatutos) resulta obligatoria, debiendo ser contratada junto con la de incapacidad temporal, para las abogadas que hayan optado por la Mutualidad General de la Abogacía en sustitución del RETA, a los efectos de dar debido cumplimiento a la disposición adicional 19ª de la LGSS.

Sea como complementaria o sea como alternativa –aunque obviamente la crítica debe ser más dura si es como alternativa–, la prestación por maternidad, según se establece en el artículo 26.3.c.1 de los Estatutos, es raquítica. La norma comienza su enunciado de manera muy alegre y despreocupada: “la prestación por maternidad o adopción de hijos menores de 6 años cubre la pérdida de ingresos que sufre el mutualista como consecuencia del disfrute de un periodo de descanso por maternidad”. Pero pronto ya nos encontramos con el primero de los problemas, y es que ese hipotético descanso por maternidad (que de facto resulta ser inexistente) solo puede “disfrutarse”, según la norma citada, a “partir de la fecha del parto”, lo que –literalmente interpretado– excluye la posibilidad de descanso preparto y el disfrute a tiempo parcial, limitando en consecuencia las posibilidades de autogestión del tiempo de descanso.

En segundo lugar, la cuantía a percibir resulta insultante y muy desincentivadora. La prestación por maternidad o adopción se corresponde con una suma equivalente a 120 días de la indemnización diaria por enfermedad y accidente y por el importe de indemnización diaria que venga establecido en las condiciones particulares, limitándose este importe total como máximo a una suma total de 3.600 euros para cualquier importe de indemnización diaria contratado. La prestación se abonará en 4 pagos periódicos del mismo importe, uno cada 30 días a partir de la fecha del parto o adopción. O lo que es lo mismo, la prestación por maternidad de las abogadas consiste en cuatro mensualidades después del parto, con un máximo de 900 euros mensuales.

Esta paupérrima protección produce, de hecho, una total desprotección del colectivo femenino que se dedique a la abogacía: ¿qué abogada puede plantearse “disfrutar” la baja por maternidad durante cuatro meses a 900 euros al mes? La solución al conflicto que plantea la

norma podría encontrarse en la posibilidad de ceder al padre el disfrute del descanso por maternidad, una posibilidad a tratar *ut infra* con profundidad.

Otra posible solución la encontramos en una STSJ Castilla-León (Valladolid), de 5 de marzo de 2018¹⁹, y consistiría simplemente en solicitar el alta en el RETA antes del parto, y darse de baja en la Mutuality de la Abogacía. En estos casos, la respuesta del INSS suele ser denegatoria de la prestación, aduciendo una actuación fraudulenta para obtener la prestación; sin embargo, la actuación de la abogada puede resultar ajustada a la ley, ya que, según el tribunal castellano-leonés, “lo que constata la Sala es el mero ejercicio de un derecho, que la ley le reconoce, con motivo de su próxima maternidad, consistente en cambiar su sistema de protección social a otro que le resultaba más beneficioso”. Y es que, “conforme a la disposición adicional 18ª LGSS, la mutualista, por una única vez, puede optar por el RETA como sistema de protección social, sin más condicionantes”, sin límite temporal, y el cambio en ocasiones como la que nos ocupa resulta “lícito, conforme a la ley, y ... vino motivado por un cambio en sus circunstancias personales y familiares, necesidad de prestar cuidados a un recién nacido, tras comprobar que la protección que le dispensaba la mutualidad no cubría, o no lo hacía en la medida de sus expectativas y necesidades, el próximo nacimiento de su hijo, al no poder, o resultar muy difícil, que ninguno de los progenitores se hiciera cargo del cuidado del recién nacido en las primeras semanas de vida, por imposibilidad de la actora de conciliar vida laboral y familiar y no existir posibilidad de cesión del descanso de maternidad al otro progenitor”; es más, también se argumenta que “la elección de un régimen alternativo de protección social es lógico y habitual responda a la búsqueda de mayores ventajas prestacionales y/o asistenciales, y de estar permitida, su ejercicio, salvo circunstancias anormales, no conlleva actuación fraudulenta alguna”.

2.2. Regulación de la prestación por maternidad para las abogadas afiliadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, al hilo de la exposición, las diferencias normativas y jurisprudenciales con la prestación por maternidad del Régimen General.

Un panorama totalmente distinto al de las abogadas afiliadas a la Mutuality General de la Abogacía se aprecia con relación a las abogadas afiliadas al RETA. Según el artículo 318.a) de la LGSS, “será de aplicación a este régimen especial ... en materia de maternidad y paternidad, lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente” (que regulan las prestaciones de maternidad y paternidad en el Régimen General de la Seguridad Social). Hay dos precisiones adicionales. La primera es la de que “los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo”. Y la segunda es la de que “los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir los subsidios por maternidad y paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente” –véase la disposición adicional 1ª, apartado 8ª, del RD 295/2009, de 6 de marzo²⁰–.

¹⁹ Rec. núm. 1194/2017 (EDJ 47453).

²⁰ BOE de 21 de marzo de 2009.

Podríamos así afirmar que la cobertura de la maternidad en el RETA está asimilada a la cobertura de la maternidad en el RGSS. Sin embargo, un análisis más pormenorizado de la normativa y de la jurisprudencia nos permite apreciar algunas diferencias en relación con la cobertura de la maternidad entre el RETA y el RGSS que resulta oportuno aquí analizar.

Hay un grupo de tres especialidades normativas estrechamente relacionadas con la naturaleza autónoma de la actividad desarrollada²¹, con lo cual son especialidades que difícilmente desaparecerán en el futuro por mucho que el RETA se quiera aproximar en acción protectora al RGSS²²:

1ª. La primera de esas especialidades, que es común a todas las prestaciones del RETA, es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cuotas con posibilidad de subsanación a través de la invitación al pago²³, la cual se justifica en su aplicación a la maternidad en la misma medida en que se justifica con relación a las demás prestaciones del RETA: “habida cuenta de que quien trabaja por cuenta propia no tiene posibilidad de cotizar por otra persona, parece razonable que el sistema le exija un puntual cumplimiento de su obligación de contribuir a su financiación”²⁴.

2ª. La segunda de esas especialidades es la necesidad de presentación de declaración de situación de actividad “si la entidad gestora lo estima conveniente”²⁵. A los efectos de evitar un exceso de burocracia así como una aplicación desviada de la normativa, la exigencia de esa declaración por la entidad gestora debería estar debidamente motivada, o su justificación cuando menos debería deducirse claramente de los hechos²⁶, pero no debería derivar en una exigencia incondicionada en todos los casos.

3ª. La tercera de esas especialidades se proyecta sobre el descanso en régimen de jornada a tiempo parcial: la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad solo

²¹ Como muy oportunamente nos explica Belén GARCÍA ROMERO, “La protección por maternidad de las profesionales colegiadas: diferencias entre autónomas integradas en el reta o en una mutualidad alternativa”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2017, Vol. II, n.º. 2, pág. 162.

²² Como también muy oportunamente nos explican María Carmen LÓPEZ ANIORTE / María Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO, “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 70, 2016, pág. 94.

²³ RD 295/2009, art. 3.8: “En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones ... 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. A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 ... cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado en el momento de acceder al subsidio o en el que se cause este”.

²⁴ María Carmen LÓPEZ ANIORTE / María Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO, “¿Favorece ...”, obra citada, pág. 85.

²⁵ RD 295/2009, art. 14.2.8º: “Los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, con excepción de los incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, presentarán, si la entidad gestora lo estima conveniente, una declaración de situación de la actividad”. El RD 1251/2001, de 16 de noviembre, antecedente reglamentario del vigente RD 295/2009, solo exigía la acreditación del cese de la actividad en el supuesto de parto prematuro u hospitalización del neonato subsiguiente al parto, y a los solos efectos de interrumpir la licencia de maternidad –art. 13.4–.

²⁶ Un caso en que sería justificable exigir la declaración de situación de la actividad sería seguramente el caso en que el anterior RD 1251/2001 exigía acreditación del cese de la actividad –ver nota anterior–.

podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100²⁷. También es una norma con lógica pues “el establecimiento de un porcentaje fijo de reducción, en la práctica, tiene efectos fundamentalmente prestacionales, y evita las dificultades de fiscalización de la jornada efectivamente realizada por quien trabaja en régimen de autonomía”²⁸. Por lo demás, la exigencia establecida para el disfrute de la licencia de maternidad a tiempo parcial en el caso de trabajadores por cuenta ajena consistente en llegar a un acuerdo con la empresa, no es aquí aplicable, sino que es el propio trabajador autónomo quien, al solicitar la prestación, deberá especificar el régimen concreto en que se llevará a efecto su disfrute²⁹, siendo esta otra especialidad normativa que es totalmente lógica.

Otra cuarta especialidad normativa resulta menos justificable que las tres anteriores al no estar estrechamente relacionada con la naturaleza autónoma de la actividad desarrollada. Se trata de una especialidad relativamente reciente, pues la introdujo la Ley 6/2017, de 24 de octubre³⁰, de reformas urgentes del trabajo autónomo, mediante la modificación del artículo 318.a) de la Ley General de la Seguridad Social³¹, y cuya entrada en vigor fue pospuesta en su momento hasta el 1 de marzo de 2018³².

Hasta esa fecha, la cuantía de las prestaciones por maternidad del Régimen General y del RETA eran coincidentes, ya que en ambos casos la cuantía resultaba ser, por regla general, la de un subsidio del 100 por 100 de una base reguladora equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes –esto es, el importe de la base de cotización del mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de la incapacidad temporal entre el número de días cotizados³³–, con referencia a la fecha de inicio del descanso³⁴.

A día de hoy, en cambio, la prestación en el RETA consistirá en un subsidio del 100 por 100 –esto no varía– de una base reguladora diaria cuya cuantía “será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas (al RETA) durante los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre ciento ochenta”³⁵. Y “de no haber permanecido en alta en el régimen especial durante la totalidad del referido período de seis meses, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización al régimen

²⁷ RD 295/2009, disp. ad. 1ª, apartado 8, párrafo 1: “Los trabajadores por cuenta propia podrán, asimismo, disfrutar los descansos por maternidad y 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”.

²⁸ María Carmen LÓPEZ ANIORTE / María Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO, “¿Favorece...”, obra citada, pág. 87.

²⁹ RD 295/2009, disp. ad. 1ª, apartado 8, párrafo 2: “Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos de maternidad y paternidad, los interesados deberán comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se llevará a efecto, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3” (donde se establece que el derecho al permiso de maternidad, en régimen de jornada a tiempo parcial, podrá ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del periodo de descanso, si bien en caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio).

³⁰ BOE de 25 de octubre de 2017.

³¹ Véase la disposición final 4ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre.

³² Véase la disposición final 13ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre.

³³ Art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

³⁴ Arts. 6.1 y 7.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵ Art. 318.a), párrafo 2º, de la LGSS.

especial acreditadas en los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre los días en que el trabajador haya estado en alta en dicho régimen dentro de ese período”³⁶.

Tal cambio normativo en el cálculo de la base reguladora en la mayoría de los casos supondrá una reducción de la base reguladora pues el incremento del periodo de cálculo –de uno a seis meses– tendencialmente conduce a tomar en consideración bases de cotización más lejanas y menores –en especial si en el periodo de seis meses de que se trata se encuentra el 1 de enero, que es cuando se revisan al alza las bases de cotización mínimas por las que usualmente cotizan los autónomos–.

Junto con estas especialidades normativas, la jurisprudencia ha aportado una especialidad flexibilizadora entre la maternidad del RETA y la maternidad del RGSS: las trabajadoras se encuentran en situación asimilada al alta a efectos de maternidad si el parto acaece en los 90 días siguientes a la baja en el RETA, y así se había venido entendiendo en numerosas sentencias antes del RD 295/2009³⁷; aunque el RD 295/2009 no contempla expresamente esa situación de asimilación al alta (y ello podría interpretarse en el sentido de que el plazo de gracia de 90 días no es situación asimilada al alta), la jurisprudencia sigue admitiéndola; y así lo confirma una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014³⁸ con una razón muy sencilla: “que al establecer ... la vigente LGSS que los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a la prestación de maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores por cuenta ajena esta remisión no debe entenderse realizada a toda la normativa del Régimen General, prescindiendo, en absoluto, de las normas específicas del Régimen Especial, derivadas, como es lógico entenderlo así, de las características y singularidades que, respecto del Régimen General, le son propias”.

Históricamente, la jurisprudencia admitía otra especialidad de la maternidad del RETA con respecto a la maternidad del RGSS, aunque esta de carácter restrictivo: mientras en el RGSS siempre se ha considerado situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones de maternidad la llamada incapacidad temporal técnica, esto es, la incapacidad temporal subsistente después de la extinción del contrato de trabajo sin derecho a prestaciones de desempleo o habiéndose estas agotado durante la incapacidad temporal (STS de 03/04/1995³⁹), doctrina jurisprudencial que ha tenido una expresa acogida normativa (RD 295/2009, art. 10.4.2°); antes del RD 295/2009 se negaba la aplicación de esta doctrina al RETA (STS de 05/12/2003⁴⁰). Después del RD 295/2009, la jurisprudencia está tomando otro derrotero dado lo establecido en su artículo 10.4.2°, que, aunque se refiere a la extinción

³⁶ Art. 318.a), párrafo 3°, de la LGSS.

³⁷ STS de 10/12/2002, Rec. núm. 1939/2002 (EDJ 61459); STS de 05/12/2003, Rec. núm. 3897/2002 (EDJ 221275); STS de 26/01/2005, Rec. núm. 3499/2003 (EDJ 13102); STS de 25/01/2007, Rec. núm. 5139/2005 (EDJ 5516); STS de 25/06/2008, Rec. núm. 3432/2007 (EDJ 178555); STS de 05/12/2008, Rec. núm. 2836/2007 (EDJ 291535); STS de 24/02/2009, Rec. núm. 2437/2008 (EDJ 38283); STS de 21/04/2009, Rec. núm. 1126/2008 (EDJ 72866); STS de 12/05/2009, Rec. núm. 3764/2008 (EDJ 120327); y STS de 22/06/2009, Rec. núm. 2390/2008 (EDJ 158165), entre otras más que se podrían citar.

³⁸ Rec. núm. 2546/2013 (EDJ 115897).

³⁹ Rec. núm. 1294/1994 (EDJ 24534).

⁴⁰ Rec. núm. 3897/2002 (EDJ 221275).

del contrato de trabajo, se entiende analógicamente aplicable a la cesación de la actividad autónoma (STS de 19/12/2016⁴¹).

3. EL DISFRUTE PATERNO DEL DESCANSO POR MATERNIDAD CUANDO LA MADRE SE ENCUENTRA EN EL EJERCICIO LIBRE DE LA ABOGACÍA.

Las diferentes regulaciones de las prestaciones de maternidad para las abogadas colegiadas al RETA y a las mutualidades de previsión alternativas –que hemos analizado en las anteriores páginas– han influido decisivamente en la posibilidad y el alcance del disfrute paterno del descanso por maternidad. Al efecto, se deben distinguir varias etapas⁴².

3.1. Primera etapa: desde la negativa a la cesión al padre en todos los casos a su admisibilidad si la madre abogada está afiliada al RETA.

Aunque referida a la cesión del descanso por maternidad por una madre registradora de la propiedad al otro progenitor, la STS de 28 de diciembre de 2000⁴³ sentó una línea argumental que, siendo válida para su supuesto, se extendió incorrectamente. Como en el estatuto profesional de los registradores de la propiedad se regula el descanso por maternidad –arts. 549.g) y 553.e) del Reglamento Hipotecario⁴⁴–, “sin que se haya previsto la posibilidad ... del disfrute compartido de la licencia por el marido de la titular, no es posible acceder a lo pedido en la demanda”.

Si a las registradoras de la propiedad se les negó la cesión porque no se preveía en su estatuto personal, era coherente decir lo mismo para una madre abogada afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía, ya que entonces esta no cubría las prestaciones de maternidad. Y así lo concluyó una STS de 20 de noviembre de 2001⁴⁵. Pero esta STS alcanzaba esa conclusión sobre la base excesivamente genérica de que “la madre ejerce una profesión liberal –la abogacía–”, olvidando que, si estuviera afiliada al RETA, sí que tendría derecho a la maternidad que podría ceder al padre.

Con una posterior STS de 18 de marzo de 2002⁴⁶, ya se cae de lleno en el equívoco de aplicar una doctrina en aquel momento coherente para el caso de una abogada afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía a una abogada afiliada al RETA, concluyendo erróneamente que “ni el artículo 48.4 (del ET) ni la regulación de las prestaciones por maternidad otorgadas en la LGSS autorizan a que la mujer trabajadora por cuenta propia goce del permiso por maternidad, presupuesto primero para que el padre pueda disfrutar de parte del mismo por opción, en este sentido, de la madre”.

Una consulta de las bases de datos más habituales permite constatar lo disonante de esa solución, pues las entidades gestoras no parece que nunca se hayan opuesto a la cesión al

⁴¹ Rec. núm. 602/2015 (EDJ 255269).

⁴² Para este epígrafe del estudio sustancialmente hemos actualizado el previo estudio de José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El disfrute paterno del descanso por maternidad cuando la madre se encuentra en el ejercicio libre de la abogacía”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, 2018

⁴³ Rec. núm. 1479/2000 (EDJ 55105).

⁴⁴ Aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (BOE de 16 de abril de 1947).

⁴⁵ Rec. núm. 201/2001 (EDJ 47907).

⁴⁶ Rec. núm. 1042/2001 (EDJ 27054).

padre si se trata de abogadas afiliadas al RETA, sino solo si resulta ser el caso de abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía⁴⁷, o –colectivos semejantes– a la Mutualidad de Previsión de los Procuradores⁴⁸, o a la Mutua Médica⁴⁹. Mientras que en esa STS de 18 de marzo de 2002 el litigio se dilucidó entre el padre y su empresa, Telefónica de España. Tal empresa es la implicada en todos los casos en que se trataba de madre abogada afiliada al RETA⁵⁰.

No extraña así que el TS comience a recular con una STS de 28 de febrero de 2006⁵¹. La Telefónica de España, condenada a indemnizar por denegar a un padre el descanso por maternidad cedido por una madre abogada afiliada al RETA, recurre en unificación alegando como contraste la STS de 18 de marzo de 2002. Se rechaza la contradicción porque la sentencia recurrida se argumenta en el RD 1251/2001⁵², inaplicable en el caso de la STS de 18 de marzo de 2002, y que viene a reconocer con carácter general el derecho a la maternidad de las trabajadoras autónomas.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo⁵³, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, confirma esta lectura favorable a la cesión porque si para posibilitar el disfrute paterno siempre que la madre trabaje, se introduce otro supuesto de disfrute paterno para el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones –art. 48.4.III ET–, y no para el caso de madre afiliada al RETA, debemos concluir que dicha Ley presupone que en tal caso ya es posible el disfrute paterno por cesión de la madre sin precisar nueva norma.

En esta misma línea, un Auto del TS de 15 de octubre de 2009⁵⁴, además de desarrollar los argumentos expuestos, invoca el Real Decreto 295/2009 en la medida en que en su art. 3.4.III se reconoce el derecho al disfrute paterno de la prestación por maternidad –entre otros supuestos– “cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa”, de donde, *contrario sensu*, si estuviese en el RETA no haría falta se le reconociera al padre derecho al descanso porque se lo podría ceder la madre.

Quizás al ser algo asumido por las entidades gestoras y dada su ratificación por el TS, no aparecen más sentencias en el Orden Social donde se cuestione la cesión al padre trabajador si la madre es abogada afiliada al RETA, ni en general si la madre es autónoma afiliada al RETA. Pero sí hay sentencias del Orden Contencioso administrativo en relación con padres funcionarios y madres autónomas afiliadas al RETA que, de una manera

⁴⁷ STSJ Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 13 de febrero de 2003 (EDJ 266118); STSJ Castilla – La Mancha de 1 de julio de 2005 (EDJ 109049).

⁴⁸ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 17 de abril de 2001.

⁴⁹ STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2006 (EDJ 300431).

⁵⁰ STSJ Galicia de 19 de junio de 1999 (EDJ 28051); STSJ Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2000 (EDJ 73281); STSJ Murcia de 30 de septiembre de 2002 (EDJ 52958).

⁵¹ Rec. núm. 1232/2005.

⁵² BOE de 17 de noviembre de 2001.

⁵³ BOE de 23 de marzo de 2007.

⁵⁴ Rec. núm. 226/2009 (EDJ 280561).

impecable, admiten la cesión⁵⁵. Y su doctrina, referida a cualquier trabajadora autónoma, se aplica a las madres abogadas afiliadas al RETA.

3.2. Problemas asociados de constitucionalidad y adecuación al Derecho de la Unión Europea

Con anterioridad a la LOIEMH, un Juzgado de lo Social de Lleida planteó en 2004 una cuestión de constitucionalidad al dudar de la adecuación del artículo 48.4 del ET a los artículos 14, 39 y 41 de la CE, en cuanto que los padres no pueden disfrutar del descanso por maternidad más que por cesión de la madre, y consiguientemente nada les puede ceder cuando esta no ostenta ningún derecho por ser una profesional liberal no afiliada al Sistema de la Seguridad Social: en el caso se trataba de una procuradora afiliada a la Mutualidad de Previsión Social de Procuradores.

La STC 75/2011, de 19 de mayo, niega la inconstitucionalidad y –en lo que más interesa destacar– concluye que “si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*)”.

A pesar de la respuesta del TC, el Juzgado, en ese mismo caso, eleva cuestión prejudicial al TJUE. Y la STJUE de 19 de septiembre de 2013, Caso Betriu Montull (C-5/12), no ve oposición con el derecho comunitario.

Una cuestión semejante –asimismo referida a situaciones anteriores a la Ley Orgánica 3/2007– se plantea en otros dos procesos constitucionales, en ambos casos siendo la madre abogada afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía y el padre funcionario –con lo cual los litigios de base se dilucidaron ante la Jurisdicción Contencioso administrativa–. Se trata de un recurso de amparo, solventado en la STC 78/2011, de 6 de junio, y una cuestión de constitucionalidad, solventada en la STC 152/2011, de 29 de septiembre. Ambas SSTC, sin mucho esfuerzo argumental, reiteran la doctrina contenida en la STC 75/2011.

3.3. Segunda etapa: la Ley de Igualdad introduce una nueva posibilidad de disfrute paterno que es problemática para las abogadas

Para posibilitar el disfrute paterno siempre que la madre trabaje, la Ley Orgánica 3/2007 introdujo otro supuesto de disfrute paterno –aunque solo lo introdujo en el Estatuto de los Trabajadores, sin que haya norma similar en el Estatuto Básico del Empleado Público⁵⁶– para “el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad” –ET, art. 48.4.III–, lo que se concreta en el RD 295/2009 en tres casos –art. 3.4–: (1) cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el

⁵⁵ STSJ Castilla La Mancha de 20 de julio de 2011 (EDJ 195244), y las que cita en su fundamentación.

⁵⁶ Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 31 de octubre de 2010).

correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad; (2) 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; y (3) cuando no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa.

Aunque esta posibilidad de disfrute paterno fue introducida precisamente por la presión de colectivos de abogadas en el trámite parlamentario de la Ley Orgánica 3/2007 a su paso por el Senado, la cuestión se les complicó porque la Mutualidad General de la Abogacía, a consecuencia de la modificación de sus estatutos acordada a 26/11/2005, ya permitía la opción, con efectos de 01/11/2006, de una cobertura voluntaria para la contingencia de maternidad, dando base a la doctrina de suplicación para dejarlas fuera del art. 48.4.III del ET y del art. 3.4 del RD 295/2009, y, en consecuencia, para negarle a los padres el subsidio por maternidad⁵⁷, salvo el caso excepcional de que a la madre abogada le falte la carencia⁵⁸.

Si el disfrute paterno del descanso por maternidad cuando la madre se encuentra en el ejercicio libre de la Abogacía no cabe de conformidad con lo establecido en el art. 48.4.III del ET y en el art. 3.4 del RD 295/2009, deberíamos admitir, para posibilitar el disfrute paterno del permiso por maternidad siempre que la madre trabaje –era la finalidad buscada por la LO 3/2007–, que, salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, la madre abogada afiliada a una mutualidad de previsión social sustitutoria del RETA pueda optar, al iniciar el periodo de descanso por maternidad, por que el otro progenitor trabajador disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto.

Algunas Sentencias del Orden Contencioso administrativo⁵⁹ han alcanzado la conclusión contraria basándose en el argumento de que nadie puede ceder un derecho que no tiene, con cita de las SSTC 75/2011, 78/2011, y 152/2011, y de la STJUE de 19 de septiembre de 2013, Caso Betriu Montull (C-5/12). Sin perjuicio de criticar dichas sentencias contencioso administrativas porque se sustentan en sentencias constitucionales y europea referidas a una situación normativa anterior a la Ley Orgánica 3/2007, y consiguientemente porque no ponderan el impacto de la misma, todas ellas abordan supuestos anteriores a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que –como se verá– resulta decisiva para dar otra respuesta.

⁵⁷ STSJ Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 30 de marzo de 2009 (EDJ 88306); STSJ Galicia de 2 de febrero de 2010 (EDJ 32623); STSJ Andalucía (Málaga) de 14 de abril de 2011 (EDJ 389519); STSJ Madrid de 15 de junio 2011 (EDJ 148578); STSJ País Vasco de 15 de julio de 2014 (EDJ 186835). Únicamente en contra, una STSJ Asturias de 13 de junio de 2014 (EDJ 105494), argumentando, en un supuesto anterior a 1 de enero de 2013 (que es la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto), que las prestaciones por maternidad de la Mutualidad General de la Abogacía no eran equivalentes a las del RGSS, con lo cual se considera situación análoga a la carencia de cobertura.

⁵⁸ STSJ Asturias 23 de octubre de 2015 (EDJ 196866).

⁵⁹ STSJ Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 18 de julio de 2013 (EDJ 221793); STSJ Murcia de 23 de enero de 2015 (EDJ 4087).

3.4. Tercera etapa: desde la Ley 27/2011, de 1 de agosto, la posibilidad de cesión al padre se debería admitir siempre

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, estableció, en su disp. ad. 46ª –refundida en la disp. ad. 19ª de la LGSS–, que las mutualidades de previsión social sustitutoria deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, y entre otras contingencias cubiertas, la de maternidad, y las prestaciones que otorguen –sean en forma de renta o sean en forma de capital– habrán de alcanzar un importe no inferior al 60 por ciento de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en el sistema de la Seguridad Social o, si resultara superior, el importe establecido para pensiones no contributivas de Seguridad Social.

Tras la entrada en vigor de esta norma –el 1 de enero de 2013–, y dado el contenido de la garantía, las sentencias dictadas por el Orden Social encuentran nuevos argumentos para concluir que el disfrute paterno del descanso por maternidad al amparo del art. 48.4.III del ET y del art. 3.4 del RD 295/2009 no cabría cuando la madre estuviera afiliada en cualquiera de las mutualidades de previsión social sustitutivas del RETA, de ahí que las demandas de los padres trabajadores sean rechazadas en el Orden Social⁶⁰.

Pero si esto es así la conclusión consiguiente inmediata es que el disfrute paterno por cesión de la madre al amparo del artículo 48.4.II del ET cabría cuando la madre está afiliada en cualquiera de las mutualidades de previsión social sustitutivas del RETA con el argumento fundamental de que la madre ya tiene un derecho equivalente a prestaciones del sistema público que puede ceder al padre. Y es que la garantía introducida en la Ley 27/2011 remueve el cimiento argumental de que la madre no puede ceder al padre un derecho que no tiene, pues la madre abogada afiliada a una mutualidad de previsión social sustitutoria del RETA ya tiene un derecho que puede ceder al padre trabajador por cuenta ajena o funcionario.

Podría contra argumentarse que tal derecho es una indemnización a tanto alzado, mientras el del padre es un descanso subsidiado de 10 semanas –o más si parto múltiple–, es decir aparentan ser derechos no homogéneos. Ahora bien, según la disp. ad. 19ª de la LGSS se trata de un derecho equivalente al reconocido en el sistema público. Y si la ley dice que son derechos equivalentes, el intérprete no puede razonablemente construir ninguna argumentación jurídica diciendo que no son equivalentes.

Resulta oportuno añadir que esta interpretación es más conforme que la contraria con los principios de la Ley Orgánica 3/2007 dirigidos a potenciar la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos –arts. 14.8º y 44–, posibilitando –en línea con esos principios– que los padres disfruten, a lo menos por cesión de la madre, del descanso por maternidad.

⁶⁰ STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 de abril de 2015 (EDJ 54619); STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 de abril de 2015 (EDJ 54620); STSJ Galicia de 17 de abril de 2015 (EDJ 70684); STSJ Aragón de 29 de abril de 2015 (EDJ 71462); STSJ Galicia de 23 de julio de 2015 (EDJ 156940); STSJ Galicia de 14 de septiembre de 2015 (EDJ 156940); STSJ País Vasco de 22 de septiembre de 2015 (EDJ 201683); STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2015 (EDJ 215346); STSJ Asturias de 9 de febrero de 2016 (EDJ 12580); y STSJ Andalucía (Sevilla) de 6 de octubre de 2016 (EDJ 215149).

3.5. ¿Cuarta etapa?: la jurisprudencia contencioso administrativa admite el disfrute originario

Una muy reciente Sentencia ha dado un paso más allá que, de consolidarse, supondría una solución aún más conforme que las anteriores con los principios de la Ley Orgánica 3/2007 dirigidos a potenciar la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos –arts. 14.8º y 44–, pues supondría, en primer lugar, incrementar el derecho del padre de 10 a 16 semanas, y, en segundo lugar, reconocer el derecho del padre como originario posicionándolo de este modo en paridad con la madre, superando así la idea de cesión del derecho que lo colocaba en una posición secundaria frente a quien de este modo se concebía como la titular natural.

Se trata de la Sentencia de 28 de junio de 2018 de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo⁶¹, que resuelve un recurso contra un Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial que reconoció 10 semanas a un juez que había tenido un hijo con una abogada afiliada a la Mutualidad de la Abogacía. Conviene precisar que, dada la doctrina judicial imperante en el Orden contencioso administrativo –a que se ha aludido en páginas anteriores–, el acuerdo impugnado ya suponía un muy importante avance –pues recordemos que esa doctrina judicial imperante negaba la cesión de la madre al padre y además el derecho originario de este no aparecía reconocido en el EBEP–.

Para llegar a la solución de reconocer al padre un derecho originario de 16 semanas, el Tribunal Supremo construye dos escalones argumentales:

- Aunque el Tribunal Supremo admite que –al igual que ocurre en el EBEP– en el Reglamento de la Carrera Judicial⁶² no se reconoce al padre un derecho similar al que se reconoce en el artículo 48.4.III del ET, alcanzar una interpretación negando el derecho “nos conduciría al resultado indeseable de que ninguno de los progenitores pudiese disfrutar de un periodo de suspensión de su actividad profesional ni de cuidado efectivo de la recién nacida (afectando al artículo 39.3 CE)”, una interpretación que además “sería inadmisibles por contraria al Derecho de la Unión Europea”.

- Una vez admitida la aplicación del artículo 48.4.III del ET, el Tribunal Supremo entiende que la madre, aún habiendo percibido la cantidad que al respecto de la maternidad y la lactancia se establece en la Mutualidad de la Abogacía, no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad”, con lo cual concurre el presupuesto de la norma y se reconoce al padre el derecho a 16 semanas, argumentando (1) que “un pago único no puede atribuirse a un periodo concreto del proceso de parto y lactancia para el que se concede porque lo que no tiene duración y, por ello, queda fuera de la exclusión que establece el artículo 3.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que habla de subsidios vinculados a periodos”, (2) que “el pago único no ha permitido a la madre suspender su actividad profesional”, lo que “aconseja” que el padre disfrute del descanso en beneficio del menor, y (3) que “tampoco

⁶¹ Sentencia 1109/2018, de 28 de junio de 2018, Rec. 183/2017.

⁶² Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, BOE de 9 de mayo de 2011.

apreciamos, dada la naturaleza compleja del permiso parental (por todas, STC 75/2011) que un simple pago único suponga doble pago o duplicación de prestaciones, que es lo que trata de evitar la resolución recurrida, cuando resulta obvio que el permiso parental tiene una significación muy distinta, para los progenitores, para el cuidado del menor y para el propio interés general, a la del simple percibo de una cantidad que resarza de gastos de maternidad y lactancia”.

¿Supone esto una cuarta etapa? Estamos ante una Sentencia con argumentos poderosos, y a la vez expansivos, pues, más allá de la cuestión de que el padre en cuestión es un juez sujeto al Reglamento de la Carrera Judicial, el contexto normativo es el mismo que el de los padres funcionarios públicos sujetos al Estatuto Básico del Empleado Público. Por ende, los argumentos utilizados pueden ser extendidos a los padres trabajadores por cuenta ajena sujetos al Estatuto de los Trabajadores. Con lo cual esta Sentencia, si efectivamente se consolida y extiende su doctrina, puede suponer un muy importante avance en la consecución de la corresponsabilidad del padre que ha pretendido la Ley Orgánica 3/2007.

3.6. Conclusiones

La cuestión de si el padre del hijo de una madre ejerciente libre de la Abogacía –y de cualquier otra profesión liberal– puede disfrutar –por cesión u originariamente– el descanso por maternidad es una cuestión de evolución normativa y judicial muy compleja. Nos resulta evidente que se le debería permitir siempre el disfrute de 10 semanas cedidas por la madre, tanto si esta está afiliada al RETA como si lo está a una mutualidad de previsión social sustitutoria del RETA. En este último caso, la jurisprudencia contencioso administrativa ha abierto brecha hacia la posibilidad de permitir el disfrute paterno de manera originaria durante 16 semanas. Debemos estar muy atentos a verificar si esta jurisprudencia –que se ha aplicado a un padre juez– acaba consolidándose tanto respecto a padres funcionarios como respecto a padres trabajadores por cuenta ajena. Mientras tanto, la recomendación que se puede hacer a los padres de hijos de una madre ejerciente libre de la Abogacía –y de cualquier otra profesión liberal– es reclamar el derecho al disfrute originario de 16 semanas, y subsidiariamente el derecho al disfrute cedido de 10 semanas.

Elementos conceptuales para la fijación del nivel de (des)protección social del prestador de servicios en la economía colaborativa¹

Conceptual elements for setting the level of (un) social protection of the service provider in the sharing economy

FRANCISCO VILA TIERNO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

MAGISTRADO (SUPL.) TSJA

Resumen

La aparición de la cada vez más extendida economía colaborativa y el uso de las plataformas como fórmulas para la gestión de servicios, tiene una incidencia directa en la ordenación de las relaciones laborales. En primer término, porque según la categorización jurídica de sus protagonistas, pueden que escapen del propio concepto de laboralidad. Se trata, en este primer trabajo –de un conjunto de dos– de delimitar la naturaleza de los servicios prestados, la realidad que se presenta y las consecuencias en el marco de la protección social de los sujetos implicados.

Abstract

The emergence of the increasingly widespread sharing economy and the use of platforms as methods of managing services has a direct impact on the management of labour relations. Firstly because depending on the legal categorisation of its main players, they may evade the very concept of employment. In this first work –of a set of two– we wish to define the nature of the services provided, the reality of the sharing economy and the consequences within the framework of the social protection for the subjects involved.

Palabras clave

economía colaborativa; trabajo autónomo; protección social

Keywords

sharing economy; self-employment; social protection

1. CON CARÁCTER PREVIO...

Resulta una realidad evidente que se ha producido un desarrollo exponencial de las Nuevas Tecnologías. Un desarrollo que se ha insertado, para quedarse, en el sector productivo y en el marco de las relaciones de prestación de servicios. Y es que, en la actualidad, es impensable plantearse una realidad, independientemente del sector de actividad. Así, si se quiere hacer un desplazamiento, deseamos recibir alguna mercancía, reservar un apartamento turístico o gestionar un alojamiento, tramitar un seguro, solicitar las entradas para un evento, realizar compras, etc. nos encontramos ante la posibilidad, en la mayor parte de los casos, de que exista la opción de ejecutar todo el procedimiento a través de una aplicación informática o para *Smartphone*. Y ello resulta tan natural como importar anglicismos para denominar lo que

¹ En la elaboración de este trabajo ha colaborado Ernesto Ruíz Pulido, en calidad de investigador novel vinculado al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga. Dicha colaboración ha consistido en la aportación de materiales sobre plataformas, así como una selección jurisprudencial, que han contribuido de manera esencial para la redacción del epígrafe 3.

tiene su traducción al español. Lo cierto es que todo este fenómeno de cambio tiene una importante repercusión en el diseño tradicional de las relaciones laborales y de protección social, puesto que introducen nuevas fórmulas colaborativas que escapan del ámbito de cobertura del Orden Social, o al menos, eso parecen pretender.

Estos antecedentes nos llevan, necesariamente, a una reflexión sobre el esquema que deba seguirse cuando se proyecta, de un modo amplio, el estudio de los cambios tecnológicos en las relaciones de trabajo y la actividad empresarial. Un esquema que se sustenta, como punto de partida, sobre varios elementos que requieren una precisa delimitación conceptual, sin que ello sea, por sí solo, el objetivo central del análisis que ahora se presenta. En este sentido, es preciso clarificar varios conceptos, por cuanto que éstos son los que predeterminan los resultados de un estudio que se concibe estructurado en dos partes bien diferenciadas –y que, por tanto, se presentan como dos publicaciones distintas– si bien, interconectas mediante el nexo de unión de la economía colaborativa. No obstante, mientras que la primera se limita a aspectos estrictamente conceptuales, la segunda, de carácter más práctico, se reserva a realizar un recorrido por los distintos instrumentos que se refieren al grado de protección social para los sujetos que prestan servicios en el seno de esta realidad socio-económica.

El planteamiento resulta meridianamente claro: la economía colaborativa –que aún no hemos definido– nos presenta una realidad en la que un prestador de servicios –tampoco definido–, efectúa una labor que debe tener su correspondiente categorización jurídica, para lo que habrá de determinarse, del mismo modo, si aquellos servicios se prestan para una figura que pueda considerarse empleador. No obstante, estas realidades, con una relevancia significativa en el contexto actual, no suponen, por sí mismas, el elemento central de análisis –que también– sino que adquieren un alcance que, si bien no podemos catalogar de instrumental, sí aparecen como un presupuesto para determinar un parámetro muy concreto: como los sujetos que realizan su labor profesional en este campo, se encuentran abocados, en el ámbito de una rebaja de las condiciones sociales, a una importante desprotección frente al trabajador tipo². En este orden, interesa, en primer término, delimitar la figura del prestador de servicios de la economía colaborativa y establecer cuáles son los criterios de diferenciación que lo sitúa en un estatus desigual al trabajador por cuenta ajena. Ello debe identificarse, necesariamente, con un estrado de protección social distinto y minorado.

De esta forma, parece lógico que una primera tarea investigadora consista en concretar quién es esa figura desprotegida para, en un momento posterior, profundizar en qué consiste tal desprotección, siendo el objeto de este primer trabajo, exclusivamente, delimitar los caracteres de la reiterada figura y su relación con la rebaja de los márgenes de protección. Para ello, no obstante, debemos precisar el alcance del estudio que, parte, necesariamente desde una dimensión internacional –dado el origen de esta actividad económica– pero que pretende dar una respuesta conforme a nuestro derecho interno, puesto que, a pesar del tratamiento a nivel comunitario, como veremos, en esta materia cobra especial protagonismo la norma nacional y la actuación de los órganos judiciales, también internos –que no por ello dejan de revisar la doctrina del TJUE–.

Comencemos con ello.

² VILA TIerno, F. (2018) “Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 421, págs. 45-76.

2. UNA BREVE REFERENCIA GENÉRICA A LA ECONOMÍA COLABORATIVA

El término «economía colaborativa», ha afirmado la Comisión Europea³, se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes:

- i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias –pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»);
- ii) usuarios de dichos servicios;
- iii) intermediarios que –a través de una plataforma en línea– conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»).

Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro. Y justamente en este punto es en el que se cuestiona que los denominados prestadores de servicios puedan considerarse trabajadores, puesto que no se identifica esta actividad con un modelo tradicional de negocio, ni, en consecuencia, con una empresa en la que se reconozca de manera clara la figura de un empleador.

No obstante, en esta materia, esto es, sobre la naturaleza como empresario de la plataforma digital, resulta determinante el pronunciamiento del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15)⁴, cuando da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n. 4 de Barcelona, en el proceso planteado por la Asociación Profesional Elite Taxi frente a Uber, y en el que se cuestiona, precisamente, el carácter de esta entidad. Y la Resolución viene a señalar que no puede identificarse este servicio, de manera exclusiva, como servicio de la sociedad de información, sino como servicio del sector del transporte. En este sentido, no se contempla como una realidad distinta a una empresa que puede actuar en calidad de empleador y ello a pesar de los matices que se plantean en relación a los propios prestadores de servicios.

Y es que, viene a concluir que “un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes»...” Recuérdese que, en este sentido, la exclusión que realiza el ET de su ámbito de aplicación en el art. 1.3 y, por tanto, de la consideración de trabajador, es muy reducida, quedando limitada a “la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada,

³ Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, {SWD(2016) 184 final}.

⁴ Vid. texto completo de la sentencia en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=366293>

mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”. Identificándose, en tal sentido, con un tonelaje determinado para el vehículo, al margen de la concurrencia de otros elementos adicionales de carácter indiciario (como tributación, licencias...) Sensu contrario debe identificarse como trabajador aquél que presta servicios de manera personal, retribuida, voluntaria, por cuenta ajena o dependiente, pero esta es la cuestión principal sobre la que más adelante se debe volver⁵.

Sea como fuere, lo importante, hasta ahora, es identificar la realidad en la que se desarrolla la actividad que, más adelante, trataremos de categorizar jurídicamente, pero con una finalidad concreta: situar su marco de protección social.

Y, a tal efecto, uno de los aspectos más destacados es la falta de un concepto unívoco, principalmente por lo novedoso del término y de su configuración actual. Así, en un repaso global por la definición conceptual, la doctrina económica ha venido a identificar economía colaborativa con *“un concepto emergente en el ámbito de la empresa y la economía en los últimos años, que plantea la aparición de nuevas oportunidades de negocio y de generación de ideas basadas en las tecnologías de la comunicación... es un concepto que ha emergido recientemente a nivel internacional a partir de dos publicaciones distintas (Gansky, 2010; Botsman y Rogers, 2010), que presentaban diversos casos de modelos de negocio novedosos que atendían necesidades de los consumidores aprovechando el desarrollo de internet. La novedad del término supone que no exista una definición generalmente aceptada del mismo, existiendo un debate sobre las características que deberían tenerse en cuenta y los efectos que su surgimiento tiene sobre la sociedad y el medioambiente... Partiendo de una definición básica, la economía colaborativa es «un movimiento que engloba nuevas prácticas económicas que tienen en común algún grado de participación u organización colectiva en la provisión de bienes y servicios» (Opciones, 2013). Esta definición pone el énfasis en aquellas prácticas y modelos de negocio basados en redes horizontales y la participación de una comunidad, construida sobre «energía distribuida y la confianza dentro de las comunidades en lugar de instituciones centralizadas» (Botsman y Rogers, 2010), borrando los límites entre el productor y el consumidor e interactuando en internet y plataformas peer-to-peer (P2P), así como incluyendo otras experiencias offline (Ouishare, 2016). Esta aproximación incluye el aspecto colectivo y comunitario, así como la necesidad de confianza y participación para desarrollar la actividad, y extiende el ámbito de la economía colaborativa más allá de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), incluyendo los intercambios y la colaboración en el entorno local. No obstante, la economía colaborativa está esencialmente vinculada a la tecnología peer-to-peer (P2P) y business-to-peer (B2P) para su funcionamiento... Por otro lado, la diferenciación entre P2P y B2P... es utilizada... para señalar «la necesidad de diferenciar entre las empresas que tratan de monetizar servicios alrededor de comunidades de usuarios y aquellas empresas tecnológicas que conectan a unos usuarios con otros y cobran una comisión por ello”». Así, cabría separar aquello que puede ser considerado ciertamente como economía colaborativa de aquella actividad comercial basada en la tecnología B2P... Finalmente, desde un punto*

⁵ LUJÁN ALCARAZ, J. “Los transportistas en las fronteras del contrato de trabajo: calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, págs. 101 y ss.

de vista más amplio, economía colaborativa puede entenderse como un «ecosistema socio-económico construido alrededor de compartir recursos humanos, físicos e intelectuales, lo que incluye la creación, producción, distribución, comercio y consumo compartido de bienes y servicios por diferentes personas y organizaciones a través de la tecnología peer-to-peer (P2P) y referido más al acceso y uso de recursos y activos físicos y humanos antes que el hecho de que no haya intercambio monetario» (Thepeoplewhoshare, 2016)...»⁶

De un modo más clarificador el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo –en adelante CESE– sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio) (2016/C 303/05)⁷ avanza en tal definición, pero añade, además, dos elementos decisivos: de un lado, los caracteres definidores de esta realidad y, de otro, los problemas que surgen como consecuencia, fundamentalmente, de su falta de ordenación normativa, sea en el plano internacional, comunitario o nacional.

De esta forma, una vez que respalda la definición anteriormente citada de BOTSMAN, R. y ROGERS, R (en tanto que manifiesta la necesidad de dotarse de un concepto definitivo), viene a reconocer los siguientes caracteres de la economía colaborativa:

- el hecho de que esta práctica no conduce a la propiedad de bienes ni a su copropiedad, sino a un uso o utilización compartidos,
- la intermediación de una plataforma que pone en contacto, en particular por medios electrónicos, a una pluralidad de predisponentes de bienes o servicios y una pluralidad de usuarios,
- el objetivo común de aprovechar mejor los bienes y servicios de que se trate mediante su uso compartido,
- el hecho de que las partes finales en estos negocios de estructura triangular compleja sean primordialmente «pares» (P2P) y nunca relaciones contractuales (B2C).

Siendo así, lo más relevante es distinguir cuando estamos realmente hablando de economía colaborativa y cuando estamos utilizando este concepto para tratar de una realidad distinta, en cuyo caso, resulta necesaria una regulación precisa –sobre los parámetros antes definidos– que no permita a algunas empresas que simulan su pertenencia a este ámbito, eludir la normativa que les sería aplicable, entre otras, las normas relativas a los derechos de naturaleza laboral o de seguridad social⁸. En síntesis, “el CESE considera que la UE debe

⁶ DIAZ-FONCEA, M.; MARCUELLO SERVÓS, C. y MONREAL GARRIDO, M. “Economía social y economía colaborativa: encaje y potencialidades”, en *Economía Industrial*, Núm. 402: Economía Colaborativa, 4º trimestre, año 2016, págs. 27 y 28. Las referencias bibliográficas son: BOTSMAN, R. Y ROGERS, R. (2010). *What’s Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. New York, USA: Harper Business; GANSKY, L. (2010). *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*. Londres, UK: Penguin Books Ltd; Opciones (2013). “Economías colaborativas”. *Revista Opciones*, nº 44. Disponible en <http://opciones.org/es/revista/44-economias-colaborativas>; OUISHARE (2016). Definición de economía colaborativa. *Ouishare, connecting the collaborative economy*: <http://ouishare.net/es/>; SCHOLZ, T. (2016). “Platform Cooperativism: Challenging the Corporate Sharing Economy”. New York, USA: Rosa Luxemburg Stiftung. THEPEOPLEWHOSHARE (2016). “What we know about the Global Sharing Economy report”. *Thepeoplewhoshare*: <http://www.thepeoplewhoshare.com/reports/>

⁷ Diario Oficial de la Unión Europea, 19.8.2016.

⁸ Y así, manifiesta literalmente la “necesidad de que estos nuevos modelos de negocio cumplan la legislación nacional y de la UE aplicable y respeten, en particular, los derechos de los trabajadores”.

definir con urgencia un marco jurídico claro y transparente para el desarrollo y el ejercicio de estas actividades en el espacio europeo”.

Pero, como ya hemos adelantado, debe señalarse que, con la aparición de la economía colaborativa y las NN.TT. se ven afectados tanto el desarrollo de los procesos de producción como la prestación de servicios. Esto es, que los cambios tecnológicos y la economía digital inciden, de manera directa, en aquellas “empresas” que se dedican, como actividad principal a la elaboración de productos manufacturados, pero también a aquellas otras cuyo desempeño consiste en la prestación de unos servicios a la sociedad⁹.

El enfoque, por tanto, debe ser diverso, puesto que, aunque existe un nexo de unión entre ambas, la implantación del cambio tecnológico, la repercusión no es la misma, o no tiene que ser la misma, puesto que mientras que unas el resultado es *ad intra* en otras es *ad extra* y, por tanto, más visibles. Y ahí situamos, precisamente a las nuevas *apps* o plataformas digitales que se han implantado hasta ocupar un lugar central en el marco del comercio electrónico¹⁰.

Pero recuérdese que el origen de la economía colaborativa, en parte hoy superado, nace como alternativa al intercambio especulativo, teniendo como finalidad buscar vías de colaboración que permitan dar respuesta a los intereses de particulares al margen de una actividad económica. De este origen, lo único cierto que se conserva es su configuración a través de sistemas de comunicación y contacto basado en la tecnología móvil, *on line* o

⁹ Muy ilustrativa es la distinción que realiza el citado Dictamen del CESE en el apartado 5 sobre algunos ejemplos de lo que se puede considerar o no economía colaborativa:

“En el sector del alojamiento destacan Airbnb, Rentalia, Homeaway, Couchsurfing y BedyCasa, plataformas en las que se registran propietarios de viviendas para compartir de forma temporal una habitación o la casa completa, pero también es posible que albergues, casas rurales y otros alojamientos turísticos ofrezcan sus alojamientos en ellas. Dada la facilidad con que cualquier persona puede incluir su inmueble en estas redes colaborativas y el beneficio que los propietarios obtienen de esta actividad, la proliferación de alojamientos en este segmento ha conducido a acuerdos de colaboración para la recaudación y el pago de impuestos entre las plataformas y las autoridades fiscales, en especial en París y Amsterdam. En Amsterdam, Barcelona, Londres y Berlín se ha creado un régimen de registro obligatorio de estos alojamientos y normas de limitación en el tiempo, con el objetivo de no perjudicar el alquiler a largo plazo e impedir el consiguiente aumento de los arrendamientos.

En el sector del transporte cabe citar Blablacar, Umcoche, Liftshare y Karzoo, aplicaciones en las que se registran los propietarios de vehículos particulares que desean compartir las plazas libres en sus viajes (carpooling). En algunas de estas plataformas se pueden compartir los gastos de viaje, pero no se permite el cobro de importes con fines lucrativos. No obstante, merece la pena distinguir el caso de Uber, ya que ofrece servicios de vehículos particulares compartidos (UberPop, prohibido en casi toda la UE), pero también permite solicitar servicios de desplazamiento con conductores profesionales (Uberblack y UberX, más cercanos al servicio tradicional de taxi). Su caracterización no está clara, pues el modelo de negocio de la empresa no es transparente, y ya se ha discutido, incluso en el ámbito judicial, si los conductores de Uber son empleados de la empresa (2). Este servicio ha provocado manifestaciones en ocasiones violentas e incluso procedimientos judiciales prácticamente en toda Europa. Solo el Reino Unido y Estonia han adoptado una legislación para legalizarlos, a la espera de la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales remitidas por tribunales de Barcelona y Bruselas para el esclarecimiento de su naturaleza (3).

Ejemplos de financiación colaborativa son la financiación mediante préstamo con remuneración de intereses, como Zopa y Auxmoney; la financiación de capital con participación social en la empresa creada, como Fundedbyme y Crowdcube; la financiación con recompensa, como Kickstarter o Indiegogo; y, por último, la financiación a través de donativos, en la que no se acuerda ninguna contrapartida”.

¹⁰ Así, por ejemplo, del ámbito del transporte de pasajeros, en el que aparecen, de manera definitiva, como forma de contratación de servicios.

internet. Si bien, se ha transformado, tal y como se ha afirmado, en una auténtica alternativa real de negocio.

Hasta tal punto que, como ha puesto de manifiesto la propia Comisión Europea¹¹, se ha convertido en un auténtico modelo de negocio, con un volumen que alcanzó los 28.000 millones de euros en 2015. Se ha configurado, de esta forma, como un medio en el que basar una parte importante del desarrollo y crecimiento económico de la UE.

Sin embargo, debemos insistir en una consideración: que se trata de una nueva realidad cuya falta de regulación es muy significativa, por lo que pueden detectarse importantes problemas, entre otros, aquellos que anidan en el campo de las relaciones de prestación de servicios, empezando por reconocer –o no– su naturaleza laboral y, por ende, la protección social de los prestadores de servicios.

3. EL PRESTADOR DE SERVICIOS. ENTRE EL AUTÓNOMO Y EL FALSO AUTÓNOMO

3.1. La relación de prestación de servicios en el marco de la economía colaborativa. Planteamiento

El mismo CESE ha seguido marcando la pauta para seguir avanzando en esta materia, pero ya centrados en la relación entre el prestador de servicios y la plataforma que los oferta. Así, de manera sucesiva en el año 2017 ha presentado los documentos “Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo” y “Asignación y desarrollo de capacidad, incluidas las competencias digitales, en el contexto de las nuevas formas de trabajo: nuevas políticas y evolución de los papeles y responsabilidades”.

Y es que, dedica su atención, de una manera concreta a “La realidad laboral de las plataformas”. En este punto, tal y como hemos sugerido, dos son los planos de análisis, la actividad laboral en las citadas plataformas, todavía relativamente reducido, y la incidencia de las NNTT en las empresas ordinarias, realidad mucho más consolidada y a la que considera que el diálogo social debe prestar una especial dedicación –con un 17 % de los trabajadores que se pueden incluir en este marco–.

En esta línea, el CESE demanda que se clarifique el estatuto contractual de los trabajadores que participan en plataformas de trabajo en régimen de externalización abierta... y en otras nuevas formas de relaciones laborales¹², así como las obligaciones de los intermediarios, con vistas a la negociación de las condiciones laborales. Son necesarias aclaraciones respecto a estas formas de trabajo y a los regímenes fiscal y de seguridad social aplicables”. Y es que, no debe obviarse que en el contexto de un programa por el Trabajo Decente impulsado por la OIT y que se manifiesta en el modelo europeo de relaciones

¹¹ Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, {SWD(2016) 184 final}.

¹² *Eurofound, New forms of employment*, Luxemburgo 2015, sugiere diferentes y novedosas figuras que pueden considerarse nuevos modelos de relaciones de empleo entre empleador y trabajador y entre las que puede incluirse las establecidas en el marco de la economía colaborativa.

laborales, es necesario garantizar que “todo trabajador disfrute de unos derechos y una protección social adecuados”¹³.

Con este objeto –reconocer la posible existencia de una relación laboral–, la misma Comisión ha establecido unos criterios mínimos, de acuerdo a las legislaciones nacionales y jurisprudencia del TJUE, para considerar la existencia de una relación de empleo¹⁴. Criterios que pueden ser perfectamente aplicables a este ámbito concreto de la economía¹⁵.

En este contexto, con la mirada puesta en esas referidas “relaciones de intercambio”, varios son los elementos que debemos considerar en un escenario de cambio económico y social. Y así, la repercusión en la organización productiva y de la misma prestación de servicios no es uniforme. Si tomamos como referencia una aplicación informática o de telefonía móvil que asume las labores de una empresa tradicional, encontramos, por una parte, que para la atención al público se ha sustituido la asistencia personal por la mencionada *app*. Por otra parte, en el diseño y mantenimiento de las herramientas informáticas, se necesita un personal especializado cuya prestación se puede articular de un modo diverso. Y, por último, el servicio prestado por el personal que se relaciona de manera directa con el mercado, por ejemplo, el que realiza transporte de pasajeros –o mensajería, reserva de alojamientos, etc.– se enfrenta, a su propia definición y categorización jurídica, puesto que las fronteras actuales del Derecho del Trabajo y de la norma laboral resultan a veces, insuficientes para dar respuesta a estas realidades –así, pueden citarse las dudas suscitadas en torno a Uber, Bla Bla Car, Delivero, u otras en las que también habrá prestaciones de servicios como AirB&B, etc.–.

Todo ello tiene una repercusión sobre el colectivo de trabajadores –entendido el concepto de una manera amplia–, puesto que la posible introducción de una nueva fórmula de relación, la adaptación de las existentes para dar cabida a esta nueva y potente realidad, o su inclusión, sin ambages, en el marco del trabajo autónomo, supone un trasvase de la actividad económica a estos contornos en los que las condiciones laborales se reconocen por su grado de desprotección, lo que se traduce en un efecto que se generaliza extendiendo a la baja las referidas condiciones para el colectivo en su conjunto. Pero además, la apuesta por aquellas nuevas tecnologías añade diferentes efectos sobre las plantillas, bien aligerando las mismas de personal en favor de procesos robotizados, bien provocando la falta de creación de empleo, sea propio, sea de terceros. O, finalmente, fomentando un efecto de sustitución por trabajo autónomo o por la externalización con empresas externas –por ejemplo, de mantenimiento de los equipos de procesamiento de datos o del software–, que pueden estar radicadas en países con condiciones laborales a la baja, con un objetivo claro de rebaja de costes. O incluso, pretender situar estas prestaciones en un ficticio escenario colaborativo, de prácticas no laborales o, en síntesis, ajenas al ámbito laboral.

¹³ Vid. al respecto: VILA TIERNO, F. “Extinción del contrato de trabajo y trabajo decente” en AA.VV. (Monero Pérez, Gorelli Hernández y De Val Tena, Direcc). *El Trabajo Decente*, Comares, 2018, págs. 263 y ss.

¹⁴ Págs. 12 a 14 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Europea...” op. cit.

¹⁵ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre las políticas económicas de la zona del euro (2017/2114(INI), destacando la importancia de entender las nuevas formas de empleo y de recopilar datos comparables al respecto, a fin de incrementar la eficacia de la legislación del mercado laboral. Vid. en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0418+0+DOC+XML+V0//ES>

Ello, a su vez, tiene una lectura adicional y que se concreta en la incidencia de un cuadro de Protección Social minorado para los prestadores de servicios en el marco de la economía colaborativa. Y es que la rebaja de condiciones sociales, lo es en todos los sentidos, tanto a nivel interno, esto es, respecto al propio prestador, como a nivel externo, es decir, como se extiende al resto tirando hacia la baja en una clara y explícita aplicación de la ley de la oferta y la demanda. La lectura, por tanto, se hace evidente: unas remuneraciones –si las hay– reducidas, nos lleva a unas cotizaciones –si las hay– escasas –incluso minoradas por mecanismos de reducción como Tarifas Planas¹⁶– y, en consecuencia, a unas prestaciones –si las hay– casi insignificantes. Queda, por tanto, expuesto el reiterado prestador a una desprotección que alcanza mayores cotas a medida que se va alejando de la cobertura de una relación laboral.

En cualquier caso, no nos referimos a una realidad absolutamente nueva, coyuntural, esporádica y con visos de desaparición, sino de algo ya muy consolidado en los últimos años y que va unido al desarrollo exponencial del comercio electrónico frente al comercio tradicional sea cuál sea el sector de actividad. En este sentido, la rebaja de costes sociales se traduce en la posibilidad de un negocio de venta on line o de oferta turística a la carta, sin horarios, sin restricciones, al alcance a través de medios como las redes sociales y ofrecidos a través de grandes plataformas a precios altamente competitivos –que no puede asumir otro tipo de empresa tradicional–.

Ello nos sitúa, de nuevo, ante el mismo escenario, el escenario de la denominada economía digital o colaborativa¹⁷. Y de nuevo a la Comisión Europea en la tan reiterada Comunicación sobre la Economía Colaborativa.

Así, esta viene a decir que “...la economía colaborativa plantea a menudo cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, *trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena* o la prestación profesional y no profesional de servicios. Esto puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables, especialmente cuando se combina con la fragmentación reglamentaria resultante de enfoques reguladores divergentes a nivel nacional o local... Al mismo tiempo, existe el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público...”

3.2. Autónomo versus cuenta ajena¹⁸

De una forma bastante clarificadora el Informe del Parlamento Europeo sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa de 11.5.2017¹⁹ reconoce de manera expresa

¹⁶ VILA TIERNO, F. (2017) “Empleo, reformas laborales y sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 417, págs. 21-56.

¹⁷ Un seguimiento completo en ROJO TORRECILLA, E. (Recopilación) Textos sobre economía colaborativa y relaciones laborales (31.8.15 a 30.1.2018) en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, Blog, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/01/recopilacion-textos-sobre-economia.html>

¹⁸ Vid. con detalle: TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, editorial Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0195+0+DOC+XML+V0//ES>

las nuevas oportunidades que ofrece la economía colaborativa. En este contexto, se presenta como una vía de acceso, a través de nuevas y flexibles formas de empleo que responden a las necesidades específicas de los operadores en esta economía²⁰, para distintos colectivos de usuarios, pero que pueden tener especial incidencia para los trabajadores por cuenta ajena, los desempleados y las personas que en la actualidad están excluidas del mercado laboral.

En este sentido, puede servir como fórmula de acceso al mercado de trabajo. Una fórmula que podría tener una mayor repercusión en los denominados colectivos vulnerables. Sin embargo, a veces se ha cuestionado hasta que punto puede rebajarse la calidad del empleo para facilitar la inserción laboral. Hasta el punto de llegar a ocultar la propia existencia de una relación de trabajo.

Este hecho puede desembocar en situaciones de precariedad por lo que, aunque reconoce la necesidad de que, por una parte, el mercado laboral sea flexible, por otra, de que los trabajadores gocen de seguridad económica y social. Y, en este punto es esencial recordar que todos los trabajadores de la economía colaborativa son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, y que se les debe clasificar en consecuencia. Precisamente de ello dependerá el alcance de su protección. De este modo, insta a los Estados miembros y a la Comisión a que, en sus ámbito competencial, garanticen condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su estatus jurídico.

Sin embargo, hoy por hoy, y a la espera de una regulación normativa en tal sentido, la legislación europea que garantiza los derechos de los trabajadores se aplica exclusivamente a los que tienen tal condición, pero sin que exista un concepto cerrado y definitivo de trabajador en el ámbito comunitario. Cada normativa interna determina quién lo es, pero la normativa comunitaria lo ha venido definiendo para su aplicación en determinados campos, aunque sin que se haya establecido de manera general. En cualquier caso, el TJUE ha contribuido, de un modo decisivo a avanzar en tal concepto. Y de este modo, aunque la norma interna no reconozca a un sujeto como trabajador, sí podría hacerse desde la perspectiva del derecho comunitario, aunque, de momento, lo que puede reconocerse es la línea de *“tendencia del TJUE:*

1) Avance en la construcción jurisprudencial de un concepto uniforme, comunitario y autónomo de trabajador con fundamento en los límites, mínimo y máximo, que impone al ámbito de aplicación del Derecho nacional del Trabajo como garantía de la plena eficacia de las normas comunitarias y de la protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes EMs.

2) Concepto amplio de trabajador basado en criterios objetivos y readaptación de los presupuestos típicos del contrato de trabajo, en particular, de la dependencia, entendida en un sentido flexible que en gran medida converge con la construcción jurisprudencial de los tribunales nacionales, en especial, de los españoles.

²⁰ GOERLICH PESET, J. M., “¿Repensar el Derecho del Trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta Sindical (Reflexión y debate)*, 2016, núm. 27, págs. 179 y ss.

3) *Primacía de la realidad fáctica frente a la voluntad contractual de las partes para corregir elusiones o evasiones del concepto de trabajador a través del falso o ficticio autónomo.*

4) *Mantenimiento de la división binaria entre trabajador (employee) y trabajador autónomo, sin que aún se haya avanzado en una definición positiva y restrictiva de trabajador autónomo (frente a la opción predominante en sentido negativo o a sensu contrario) y en la construcción de una categoría intermedia basada en la cuasi-subordinación o dependencia económica que permitiera replantear con finalidad convergente algunas opciones legales de los EMs*²¹.

Estos parámetros pueden resultar decisivos en el marco de la mal denominada economía colaborativa –aunque sigamos manteniendo esa definición a efectos del fenómeno social y económico que actualmente se identifica con la prestación y demanda de servicios o mercancías a través de plataformas digitales–. Partamos, en este punto de la reflexión que ya hicimos con anterioridad respecto a la realidad que esconde el término colaborativo en la dinámica de negocios actual de las grandes plataformas de servicios, esto es, que el carácter colaborativo o no lucrativo es una característica que se ha ido perdiendo con el tiempo, hasta el extremo de que en la actualidad se configuran como una empresa más en la economía de mercado. Y, en este escenario, las relaciones de prestación de servicios deben de identificarse al amparo de la evolución del concepto de trabajador en el TJUE, en la que los elementos determinantes son, como hemos advertido: la dependencia, la realidad fáctica frente a la utilización de falsos autónomos y la ausencia de figuras intermedias como trabajadores parasubordinados o económicamente dependientes.

En esta línea, insiste –nuevamente– la Comisión en su Agenda para la Economía Colaborativa, el TJUE señaló que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”. No obstante, la cuestión de si existe una relación de empleo o no debe determinarse en función de cada caso, considerando los hechos que caracterizan la relación entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente, y la realización de las tareas en cuestión, basándose acumulativamente en particular en los tres criterios esenciales que ya hemos sugerido y que, en otras palabras se reconocen expresamente como:

- la existencia de un vínculo de subordinación (libertad de elección);
- la naturaleza del trabajo (actividad con valor económico no residual); y
- la existencia de una remuneración (se excluye prestación voluntaria)

²¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. “Concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque propositivo”, Lección presentada al Concurso para la provisión de una Plaza de Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM, Julio 2017, <http://eprints.ucm.es/45390/1/CONCEPTO%20DE%20TRABAJADOR%20EN%20LA%20UNI%C3%93N%20EUROPEA.pdf>, pág. 68.

Lo que se debería –o se debe– utilizar en los mismos términos en ámbitos nacionales, que tendrían que basarse en criterios similares. Pero ¿aplicamos tales criterios o existe alguna regulación específica interna en esta materia?

La respuesta es taxativa: no existe tal normativa²² y, en consecuencia debemos volver nuestra mirada a aquellos criterios jurisprudenciales que son los que nos van a servir para definir la naturaleza jurídica de la relación entre el prestador de servicios y la plataforma digital.

3.2.1. Tímidos intentos de regulación nacional

A la fecha de presentación del presente artículo, los intentos de poner en marcha una regulación más explícita y detallada de las relaciones en el marco de la economía colaborativa o, más propiamente de las plataformas digitales de prestación de servicios o compraventa de bienes, han sido todavía tibios y tímidos. Sin embargo, denotan una especial preocupación por una realidad que se va imponiendo como práctica comercial dominante y que, a pesar de ello, adolece de una falta de ordenación normativa absoluta, que pone en peligro el estatus propio de trabajador y el conjunto de derechos que lleva aparejada tal condición.

En este sentido, en el seno de la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados se aprobó el 13 de diciembre de 2017 una Proposición no de ley sobre la definición de las modificaciones normativas necesarias para adecuar las relaciones económico-laborales entre individuos y empresas en el marco de las plataformas digitales. Esto es, que su principal objeto de atención es, precisamente, la relación que une al prestador de servicios y la plataforma digital. En dicha Proposición se plantea de manera expresa la necesidad, urgente, de abordar esta materia:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar, antes de finalizar el próximo período de sesiones, y teniendo en cuenta a los interlocutores sociales, un informe que identifique las reformas necesarias para adecuar la legislación económica laboral vigente, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a los desafíos del cambio tecnológico sobre nuestro sistema productivo, así como a las plataformas digitales y a sus usuarios.

Dicho informe deberá sentar las bases sobre la interrelación entre el tiempo de trabajo y los cambios tecnológicos en la prestación laboral, con el fin de asegurar la necesaria seguridad jurídica entre empresarios y trabajadores, y garantizar la necesaria protección social de las actividades de trabajo en plataformas digitales, así como la seguridad jurídica de éstas y de sus usuarios proveedores de bienes y servicios, incorporando la flexibilidad que requiere la economía digital.

²² Vid. sobre la ausencia de normativa al respecto: SANMARTÍN MAZZUCONI, C., “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, (*Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”*), marzo de 2017 (vid en <http://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos>).

*Este informe será presentado a la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados*²³.

No obstante, no han concluido ahí la actividad parlamentaria sobre esta cuestión, puesto que se ha seguido insistiendo en la necesidad de regular todo el fenómeno de prestación de servicios en un marco absolutamente desregulado, destacando, en este punto, la interpelación al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para que se clarifiquen las medidas a adoptar para garantizar unas condiciones de empleo dignas en el ámbito de la economía digital²⁴.

En cualquier caso, en un mercado que tiene como objeto maximizar los recursos y obtener el mayor beneficio asumiendo el menor coste, aparecen también una serie de prácticas que no son compatibles con el mantenimiento de un Sistema Público de Protección Social. En este sentido, se señala, de igual modo, la necesidad de control del uso fraudulento o irregular de instrumentos para generar autoempleo que repercuten sobre nuestros recursos públicos, como el de la tarifa plana para autónomos por empresas de economía colaborativa²⁵.

Todo ello pone de manifiesto que no sólo se huye del concepto de trabajador por cuenta ajena ante la ausencia de una normativa más clara, sino que, incluso, podríamos decir en términos coloquiales, que se incrementa la “picaresca” para aprovechar los incentivos que se reservan a los trabajadores autónomos, cuando lo que estamos aquí dilucidando es si en este marco se reconoce a los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta ajena –y en consecuencia falsos autónomos– o no cabe tal consideración.

Conviene destacar, en este punto, el significativo trabajo realizado en el Consejo Económico y Social, en el que los importantes especialistas que lo conforman, ponen de manifiesto aquellas realidades que se plantean como retos de la sociedad actual y que requieren una especial atención por los poderes públicos. Y ello, que no tiene da como resultado una norma jurídica de manera directa, sí marca las líneas por las que debe discurrir la producción normativa del legislador en el presente y futuro más cercano.

²³ El texto completo puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-406.PDF

²⁴ Interpelación urgente a la Ministra de Empleo y Seguridad Social sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para asegurar unas condiciones de trabajo dignas y de calidad en la economía digital. (172/000105). Presentado el 08/02/2018, calificado el 13/02/2018 Autor: Grupo Parlamentario Socialista. Resultado de la tramitación: Tramitado por completo sin req. acuerdo o decisión Tramitación seguida por la iniciativa: Pleno Contestación desde 13/02/2018 hasta 14/02/2018. Concluido desde 14/02/2018 hasta 21/02/2018. Boletines: BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-302 de 21/02/2018 Pág.: 8. Diarios de Sesiones: DS. Congreso de los Diputados Núm.103 de 14/02/2018 Pág: 40 (Vid. en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/composicionGrupo&idGrupo=202&idLegislatura=12).

²⁵ Pregunta al Gobierno con respuesta escrita. Control de la utilización fraudulenta por las empresas de la conocida como economía colaborativa de la tarifa plana de autónomos (184/027666). Presentado el 29/01/2018, calificado el 06/02/2018. Documentos: Pregunta Autor: Vidal Sáez, Aina (GCUP-EC-EM). Situación actual: Gobierno Contestación (vid. en http://en.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_1333155_73_1333154_1333154.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWB2&FMT=INITXD1S.fmt&DOCS=9-9&FORM1=INITXLDU.fmt&NUM1=256&FULT=28/11/2017&DES1=Vidal+S%C3%A1ez+%2C+Aina&QUERY=D.ACIN3.+y+%28256+ADJ+D%29.SAUT.+y+%40FECH%26gt%3B%3D20171128).

Este planteamiento es, precisamente, el que comparte el Informe 03/2017 sobre Digitalización de la Economía, de 25 de octubre²⁶, en el que se dedican varios apartados a la incidencia del factor digital en los ámbitos del empleo y las relaciones laborales, especialmente el apartado 5 del capítulo II y el apartado 4 del capítulo III: “Medidas en el ámbito sociolaboral para la adaptación a la transformación digital” y “Relaciones Laborales y Condiciones de trabajo en la economía digital”, respectivamente.

En el primero de ellos, se viene a señalar la enorme importancia de los cambios tecnológicos para el empleo, subrayando que *“los procesos de digitalización y sus efectos están incidiendo notablemente en los ámbitos de la economía, el trabajo y la sociedad, alterando parámetros, conductas y procedimientos que venían siendo, hasta el momento, habituales en dichos terrenos. En el campo del trabajo, la transformación digital está cambiando la propia naturaleza del mismo y la estructura del mercado de trabajo. Así, por ejemplo, algunos empleos se están sustituyendo, otros se están creando y muchos se están transformando...”*²⁷.

Todo ello se traduce en unos resultados concretos que se vislumbran, de manera directa, en las relaciones de prestación de servicios en la economía colaborativa: *“los avances en la digitalización del conjunto de la economía, se proyectan con un alcance multisectorial y multifuncional. Lo primero porque la digitalización impacta, bien que con rasgos diferenciales, en el trabajo de la industria y de los servicios, y dentro de estos últimos tanto en los que cabría denominar tradicionales como en los llamados “negocios disruptivos” vinculados, sobre todo, a la economía de plataformas; lo segundo, porque potencialmente afecta a las relaciones laborales y las condiciones de trabajo en todas las ocupaciones y empleos. En este contexto transversal de cambios, la digitalización de la producción de bienes y servicios puede afectar, entre otros aspectos relevantes de las relaciones laborales, a la propia aplicación de la relación de trabajo asalariado, del contrato de trabajo, en el contexto de la aparición de formas de empleo novedosas; al contenido de la prestación laboral; al ejercicio de los poderes empresariales de dirección y control; al lugar y al tiempo de la prestación de trabajo; a los salarios; a la formación en el empleo; a la seguridad y salud en el trabajo; al acceso a la protección social; o, en el plano colectivo, a los instrumentos de representación y negociación colectiva”*²⁸.

Todo ello nos sitúa frente a la aparición de nuevas formas de empleo y trabajo subordinado en la que destaca una característica que es propia de la prestación de servicios en la economía *on line*: la desaparición de la regularidad típica de la prestación tradicional de trabajo como mecanismo de flexibilidad para adaptarse a las necesidades concretas de espacio y tiempo que requiere la comunicación telemática²⁹ y, en este contexto, cobra un especial protagonismo el trabajo a través de las plataformas digitales. Un protagonismo que se traduce, a su vez, en una fuente de incertidumbre sobre tres aspectos concretos: la naturaleza de las relaciones de servicio, las condiciones laborales y los niveles de protección social.

²⁶ Vid. texto completo en <http://www.ces.es/documents/10180/4509980/Inf0317.pdf>

²⁷ Informe 03/2017, cit. pág. 55.

²⁸ *Ibidem*, pág. 111.

²⁹ *Ibidem*, pág. 113.

Siendo así, y ante la ausencia de una norma, de un marco regulador, destaca la importancia que para cubrir esta laguna puede tener el diálogo social y la negociación colectiva³⁰.

3.2.2. Criterios jurisprudenciales para reconocer el trabajo por cuenta ajena

Todo lo anterior nos lleva, necesariamente, a falta de una regulación normativa clarificadora, acudir a los criterios clásicos de laboralidad elaborados por nuestra jurisprudencia. Ello no quiere decir, sin embargo, que se excluyan los criterios que vienen asentándose en el TJUE, puesto que nuestra doctrina jurisprudencial no difiere sustancialmente, por una parte, mientras que, de otra, en caso de discrepancia debería prevalecer el criterio comunitario.

No obstante, es preciso dar una respuesta, en el marco nacional, atendiendo al ámbito de nuestras normas y la competencia de nuestros órganos judiciales y de la Administración Laboral. Y, en tal sentido, recuperar los tradicionales criterios de laboralidad para distinguir un trabajador por cuenta ajena de un trabajador autónomo.

En este marco de distinción cobran especial trascendencia las recientes SSTs 608/2018, de 24 de enero (RJ\2018\817) y 589/2018, de 8 de febrero (JUR\2018\58238), que se basan en la comparación entre prestaciones equiparables en la empresa y la prevalencia de requisitos de laboralidad frente a una posible consideración de trabajador autónomo –por la existencia de algunos indicios propios de esta figura– en un concreto supuesto de hecho. Esto es, que se confrontan los elementos característicos de uno y otro –definidos en la normativa vigente– y, en caso, de concurrencia de los primeros prevalecerían sobre los segundos.

Tomando como referencia las normas centrales que ordenan el trabajo por cuenta ajena y propia, el Estatuto de los Trabajadores (ET) y el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), respectivamente, son los caracteres definidos en su correspondiente artículo 1.1 los que deben servir como guía para delimitar el marco regulador del prestador de servicios en la economía colaborativa.

Como es sabido, el art. 1.1 ET determina como su ámbito de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Por su parte, el artículo 1.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo señala qué se entiende por trabajo por cuenta propia³¹, entendiéndose que, incluye como ámbito subjetivo de tal concepto a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

No obstante, en aquella contraposición que hemos formulado entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, no se encontraba presente una nota que la jurisprudencia también incluye para reconocer a un sujeto como trabajador y es el carácter personal de la prestación.

³⁰ *Ibidem*. Págs. 116 y ss.

³¹ Y que hasta su entrada en vigor se venía distinguiendo del trabajo asalariado por contraposición con lo establecido en el art. 1.1 ET.

Curiosamente, no obstante, se trata de un concepto que sí figura en el marco del art. 1.1 LETA como rasgo definitorio, pero que no se incluye en el art. 1.1 ET. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia lo haya considerado como determinante para la existencia de una relación laboral. En cualquier caso, ello debe ser matizado, por cuanto que aunque resulta ser un rasgo imprescindible el carácter personalísimo de la prestación, exigiéndose que se trate de una persona física y sin que quepa la sustitución novatoria del trabajador³², el hecho de que este elemento aparezca presente no excluye la consideración de otro tipo de relación distinta a la de naturaleza estrictamente laboral³³.

De manera inversa a lo que ocurre en relación con el rasgo anterior, el carácter voluntario se recoge de manera expresa en el art. 1.1 ET, pero no así en el equivalente de la LETA. Aunque no por ello deba dejar de reconocerse también en dicho ámbito como manifestación de la libre elección de profesión consagrada en el artículo 35 de la Constitución española. De este modo, debemos reconocerlo como un elemento común del trabajo asalariado y del trabajo autónomo, que únicamente sirve como parámetro de diferenciación con otras prestaciones de carácter obligatorio.

Respecto a la remuneración, en el artículo 1.1 ET, existe la referencia concreta a los “servicios retribuidos” mientras que en el art. 1.1 LETA, se refiere a una actividad económica o profesional a título lucrativo. Es decir, que en ambos casos existe una contraprestación económica, pero únicamente en uno de ellos se reconoce como salario según la definición positiva de este concepto en el art. 26.1 ET. En este punto resulta especialmente interesante la flexibilidad con la que se interpreta tal precepto y como resulta ser amplia la presunción a favor del salario y, por ende, de la existencia de una relación laboral, ante cualquier percepción económica del trabajador. De ahí que, por ejemplo, no tenga que existir una continua regularidad, sino que cabría la remuneración por “pieza”³⁴, lo que nos da una idea de lo que podría entenderse respecto a las prestaciones discontinuas en el marco de las plataformas.

Los criterios absolutamente definitorios son la dependencia y la ajenidad para distinguir ambas figuras, esto es, el trabajo asalariado y el autónomo. Así, comenzando por el último citado, mientras que el art 1.1 ET incluye los servicios por cuenta ajena, el equivalente de la LETA se ciñe a las actividades económicas o profesionales por cuenta propia. Para reconocer tal rasgo, esto es, la ajenidad, se han venido utilizando las ya clásicas, tradiciones y asentadas fórmulas que se han basado en la propiedad de los resultados o de los frutos, así como de los útiles de trabajo; la separación respecto al mercado de productos y servicios o en relación al consumidor final y, la relativa a la falta de asunción de riesgos empresariales por el trabajador. Sea cuál sea la fórmula asumida, lo que se denota es la falta

³² Así, v.gr. en STS de 17 de junio de 2010 (RJ\2010\2707) se falla declarando la ausencia de carácter laboral en la relación entre una maquilladora y Televisión Española, S.A., entre otras razones, por no concurrir el carácter personalísimo propio de una relación de trabajo, en tanto que podía designar otra persona que la sustituyese sin que mediara autorización expresa de la empresa. En sentido contrario se había pronunciado el TS en Sentencia de 20 de septiembre de 1995 (RJ\1995\6784) en la que se manifiesta que no se desacredita el carácter laboral de la relación por conceder a una trabajadora la facultad de designar a su sustituta durante las vacaciones.

³³ En este sentido, se ha pronunciado de manera tradicional el TS. Así, pueden citarse las ya clásicas SSTs de 19 de mayo de 1987 (RJ\1987\3733) y de 23 de octubre de 1989 (RJ\1989\7310) en las que se reconoce el desempeño personal como característica del contrato de mandato del artículo 1721 del Código civil.

³⁴ Por ejemplo: STS de 19 de febrero de 2014 (RJ\2014\2075).

de un aprovechamiento para sí del resultado del trabajo del propio trabajador, sino que dicha labor produce un incremento patrimonial al empleador que, a su vez, es el propietario de los medios de producción, el que sume los riesgos de la actividad económica y el que dispone de los productos para su colocación en el mercado de bienes o servicios³⁵.

Por último, resta por repasar el concepto de la dependencia. Concepto que aparece ciertamente desdibujado, a efectos de delimitación con el trabajo autónomo cuando aparece la figura del TRADE³⁶. En cualquier caso, aparentemente, de la lectura de los arts. 1.1 tanto del ET como de la LETA, se desprende que un elemento divergente para situar una relación en uno u otro marco.

Concretamente, mientras que en el ámbito de aplicación del ET se incluyen los trabajadores dentro del ámbito de organización y dirección de la persona que se identifica como empleador, la LETA alcanza a los trabajadores que se encuentran fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. Pero no siempre es fácil determinar si existe o no dependencia y ello por dos factores. En primer término porque aunque se reconoce una subordinación y sometimiento del trabajador al poder de dirección del empresario, tal afirmación no supone una estricta obediencia a las instrucciones y órdenes del empresario, sino más bien la inclusión del trabajador en el ámbito de organización y dirección de otra persona. Y, precisamente eso es lo que se identifica con el segundo factor: la flexibilidad con la que ha venido interpretando el TS este elemento, más aun desde la irrupción, cada vez más frecuentes, de nuevos modelos de relación, de actividad, de negocio...

Hasta tal punto ha sido así que la determinación de la existencia del requisito de la dependencia se ha terminado por configurar como algo de carácter extremadamente casuístico, en el que el modo de actuación ha sido la comprobación de la concurrencia de una serie de indicios que impliquen inclinar la balanza a favor del trabajo asalariado o por cuenta propia. Indicios que, entre otros, han podido ser la prestación regular o la inserción en una organización de trabajo³⁷, y que hoy chocan, al menos aparentemente con fórmulas como la prestación de servicios en las plataformas digitales ¿o es que únicamente es necesaria una

³⁵ La reciente STS 44/2018, de 24 de enero (RJ\2018\817), se hace eco de la mayor parte de las formulaciones al afirmar la ajenidad en los frutos del trabajo de un trabajador se reconoce cuando la empresa se apropia directamente de tales frutos en el momento mismo de su generación, pasando ab initio a manos de la sociedad y no del propio trabajador. De igual modo, considera que en la relación laboral existe ausencia de riesgos empresariales por el trabajador, tanto de los riesgos derivados de los resultados del mercado o de otros como la custodia de los bienes que se hallen en posesión de aquél. La ajenidad de mercado se acredita cuando es el empresario quien decide cómo acceden al mercado los bienes y servicios que ofrece y que son generados por el trabajo del asalariado, del mismo modo que es el empresario quien toma toda decisión relacionada con la entrada y la relación del producto con el mercado. La separación de los útiles del trabajo se declara en la referida sentencia aun cuando en el contrato con el montador (con sus útiles) se hacía expresa mención de arrendamiento de servicios.

Los mismos criterios en un supuesto idéntico se reproducen en la STS 127/2018, de 8 de febrero (JUR\2018\58238), en la que también reconoce –como la anterior– una relación laboral, aun cuando podían concurrir las notas características tanto de trabajo asalariado como de trabajo autónomo y esta última había sido la opción elegida.

³⁶ Vid. a estos efectos, el estudio en profundidad por VILA TIERNO, F. “El trabajador autónomo económicamente dependiente” en *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico*. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo / coord. por José Luis Monereo Pérez, Francisco Vila Tierno, 2017, págs. 27-52.

³⁷ Vid. v. gr. 25 de marzo de 2013 (RJ\2013\4757).

adaptación o actualización? Tal es el caso de la posible equiparación del acceso regular a la plataforma como acceso regular al centro de trabajo, como ya parece apuntarse³⁸.

3.2.3. A título de ejemplo: el filtro de laboralidad en el marco de una plataforma digital

Es sobradamente conocido el seguimiento por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Uber en España, habiendo llegado a la conclusión de que se cumplían los rasgos de laboralidad antes definidos y que ha sido objeto de comentario en brillantes análisis doctrinales³⁹.

Se quiere, por tanto, presentar un análisis complementario que nos sitúe ante esa realidad, no como un caso aislado, sino como la existencia o no de rasgos comunes en estas relaciones de servicios en el marco de plataformas de manera que puedan extraerse conclusiones más definitivas.

En este caso, siendo el transporte de mercancías una actividad en la que se ha implantado con fuerza la economía colaborativa, se toma como referencia, a título de ejemplo “Glovo”, definida como “una compañía tecnológica, cuya actividad principal es el desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica mediante la que a través de una aplicación móvil o de una web permite a determinadas tiendas locales de algunas ciudades en diferentes territorios ofertar sus productos a través de la misma, y en su caso, si los usuarios de la App y consumidores de las citadas tiendas locales así lo solicitan a través de la App, de forma accesoria, intermedia en la entrega inmediata de los productos”⁴⁰. El funcionamiento de la misma se basa en la oferta de una serie de productos que pertenecen a establecimientos privados y que un consumidor desea obtener sin tener que desplazarse a ese lugar físico, sino a través de la petición por la plataforma que actúa como intermediaria. Cuando el pedido se ha realizado, los “Glovers”, como repartidores o mensajeros entregan el pedido sin que ellos hayan tenido que realizar abono alguno. A este mensajero se le presenta como a un trabajador autónomo con libertad de horarios y de organización y con sus propios útiles de trabajo.

Pero si se consultan los datos extraídos de la propia página web de la compañía, así como de las cláusulas de contratación entre Glovo y los repartidores, se pueden extraer una serie de consideraciones. En primer lugar, se establecen franjas horarias concretas. El repartidor puede acogerse a alguna de ellas, pero se acoge, a fin de cuentas, a un horario. En segundo término, la plataforma avisa con carácter general a los Glovers y cualquiera puede concurrir a las ofertas de reparto o no, pero una vez aceptado el mismo, está sometido a unas instrucciones que marcan el lugar de recogida y entrega. Además, no puede elegir los clientes, puesto que éstos le son dados por la plataforma/compañía. Pero es que además asume obligaciones de comunicación al cliente, de conservación del producto en caso de ausencia del mismo, de registro de la entrega, etc.

³⁸ Así se sugiere por el propio Investigador Ernesto Ruíz Pulido en las anotaciones realizadas sobre las plataformas y las relaciones laborales aportadas para la realización de este epígrafe.

³⁹ V.gr. Blog de Eduardo Rojo, cit.

⁴⁰ Cláusula 1, referida al objeto, en su párrafo 1º, de las Condiciones Generales de Uso y Contratación de Glovoapp23, S.L.

Por otra parte, es Glovo quien diseña la organización y estructura, quién factura y cobra por los servicios de mercadería y quien compensa al Glover (que factura a la compañía por sus servicios).

Ciertamente, se ha presentado como un trabajador autónomo. Se quiere que sea un trabajador autónomo, pero ¿existe retribución, voluntariedad, ajenidad y dependencia? Parece que sí, aunque ello requeriría un estudio más detallado. Lo más relevante es que al amparo de las recientes sentencias, ya citadas, de 24 de enero y 8 de febrero de 2018, en caso de coexistir los requisitos para entender la existencia de laboralidad o trabajo por cuenta propia, se entenderán que prevalecen los primeros.

¿Puede suponer por tanto, que estas resoluciones judiciales son el fin de la utilización abusiva del trabajo autónomo en este nuevo modelo de negocio? De esta respuesta se derivará un determinado marco de protección social, entre otros elementos.

4. RELACIÓN ENTRE PRESTADOR DE SERVICIOS DE ECONOMÍA COLABORATIVA Y DESPROTECCIÓN SOCIAL

En un marco internacional que podemos incluir dentro del contexto de la Protección del Trabajo Decente⁴¹, es necesario crear un nivel de suficiencia y de protección de derechos del prestador de servicios para las plataformas digitales, pero, sin embargo, la realidad parece ir en sentido contrario: *“el consumo colaborativo, a través de medios digitalizados o sin ellos, y la digitalización de la economía pueden dar lugar a un incremento ficticio del trabajo autónomo y de las relaciones de trabajo encubiertas”*, frente a las que la OIT, recuerda, *“recomienda luchar de modo que de los acuerdos contractuales entre las partes no pueda resultar que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”*. De no ser así, *“sus consecuencias ineludibles apuntan al ahondamiento del deterioro de las condiciones de trabajo y a la reducción de la protección social”*⁴².

Y así se ha puesto claramente de manifiesto en distintas Instancias Europeas. Sirva de ejemplo la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)) cuando advierte que *“si bien la mayoría de los modelos tradicionales de protección social y, en particular, los sistemas de seguridad social y de Derecho laboral, han sido concebidos para salvaguardar los derechos sociales y laborales de los trabajadores asalariados, existe el riesgo de que, ante las nuevas formas de empleo que están surgiendo y con un número cada vez mayor de trabajadores que ejercen una actividad autónoma, los nuevos grupos de trabajadores puedan tener que aceptar una protección social inferior”*. A lo que se añade que *“podría ser oportuno definir claramente el fenómeno del falso trabajo autónomo y prevenir posibles abusos al respecto a fin de evitar vulneraciones de los derechos sociales de los trabajadores, distorsiones de la competencia y el riesgo de dumping social... Considerando que el falso trabajo autónomo es, fundamentalmente, una forma de evasión parcial de cotizaciones...”*

⁴¹ Pueden citarse, v.gr. Recomendación núm. 198 de la OIT (2006) sobre la relación de trabajo y Resoluciones del Parlamento Europeo de 19 de enero y 4 de julio de 2017.

⁴² CASAS BAAMONDE, M.E. “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?”, *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9 (octubre 2017), págs. 867 y ss.

Pronunciamiento que se refuerza más adelante, v.gr. mediante el Informe del Parlamento Europeo sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa de 11.5.2017 –ya citado– en el que se hace eco del riesgo de precariedad, en un contexto en el que los trabajadores son, *o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, y que se les debe clasificar en consecuencia*; debiendo dotarles, en cualquier caso, de una adecuada protección en materia de seguridad social.

Sin embargo, lo anterior se traduce, en la práctica en la cotización a niveles muy bajos o incluso la ausencia de cotización, lo que se traduce en una mínima o ninguna protección social al trabajador⁴³ que, o se sitúa fuera de la órbita del Derecho del Trabajo, bien en el contexto de una relación no profesional, bien, como trabajador autónomo. Nos situamos, así ante un trabajador desprovisto de derechos, en el que su prestación se valora en términos estrictamente económicos y muy alejados del valor como trabajo decente⁴⁴. Siendo así parece preciso reconducir o reparar la normativa en materia específica de Seguridad Social. Pero eso es ya otra historia...

⁴³ TODOLÍ, A. op. cit. pág. 82.

⁴⁴ Vid. las reflexiones al respecto en MONEREO PÉREZ, J.L. “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, Nº. 1, 2018, págs. 1-44.

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

Sombras sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 14 de marzo de 2018 (núm. Rec. Ud. 3297/2016) que determina que la prestación por incapacidad temporal no debe computarse a efectos del reconocimiento de pérdidas económicas acreditativas de la situación legal de cese de actividad

Shadows cast over the Judgment of the Supreme Court, Room 4, of March 14, 2018 (Rec. Unit 3297/2016) that determines that the temporary disability benefit should not be calculated for the purpose of recognising documented economic losses resulting from the legal situation of cessation of activity

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE DEUSTO*

Resumen

En este estudio se analiza desde un punto de vista crítico la resolución adoptada en la sentencia objeto de comentario. Por una parte, se aborda la función del recurso de casación para la unificación de doctrina como posible razón para no admitir a trámite las solicitudes de prestación por cese de actividad, dentro de la propia lógica del Tribunal Supremo. Por otra parte, se analiza la función del subsidio de incapacidad temporal como sustitutoria de las rentas de trabajo ante la imposibilidad de trabajar y la importancia de dicha función a los efectos de la cuestión litigiosa existente en la sentencia comentada.

Abstract

In this study, the resolution adopted in the sentence which is subject to comment is analysed from a critical point of view. On the one hand, the function of the appeal for reversal for doctrine unification is addressed as a possible reason for not admitting the requests for benefits for cessation of activity to be processed, within the very framework of the Supreme Court. On the other hand, the function of the temporary disability subsidy as a substitute for employment income due to the inability to work and the importance of this function for the purposes of the issue at stake in the aforementioned sentence is analysed.

Palabras clave

recurso de casación para la unificación de doctrina; protección por cese de actividad; incapacidad temporal

Keywords

appeal for reversal for doctrine unification; cessation of activity protection; temporary disability

1. EL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia objeto de análisis, a saber, la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018 (núm. rec. ud. 3287/2016), trae causa de la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por un trabajador autónomo contra la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016 (núm. rec. 636/2016), que confirmaba, asimismo, la sentencia dictada por el JS núm. 4 de Granada, de 23 de diciembre de 2015 (autos 149/15).

En concreto, el trabajador autónomo en cuestión demanda a su Mutua de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social (MATSS) por negarle esta la prestación económica que le solicitaba por cese de actividad, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción determinantes de la inviabilidad del negocio o actividad.

El trabajador autónomo demandante había permanecido de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de octubre de 2014, fecha de cese en la actividad que venía realizando. Precisamente, el 7 de noviembre de 2014, el trabajador autónomo demandante solicitó a su MATSS la prestación arriba referida, al entender que su cese de actividad se había producido por la inviabilidad de proseguir con su actividad económica o profesional. A los efectos de acreditar dicha inviabilidad declaró las siguientes pérdidas: (a) el segundo año (2013), 848,60 euros de pérdidas (derivadas del saldo negativo consecuencia de haber obtenido 2.500 euros de ingreso frente a unas pérdidas de 3.348,60 euros); (b) durante el último año en curso (2014), 1785,40 euros de pérdidas (derivadas del saldo negativo consecuencia de haber obtenido 875,00 euros de ingreso frente a unas pérdidas de 2.661,40 euros). En todo caso, resulta relevante el hecho de que, durante el año 2013, desde el 1 de enero hasta el 13 de marzo, permaneció en situación de incapacidad temporal derivada de riesgo común, habiendo percibido de su MATSS 1.545,48 euros.

Sin embargo, la MATSS, el 15 de diciembre de 2014, resolvió denegar el derecho a la prestación solicitada, al considerar que de la documentación presentada no se deducía la existencia de pérdidas económicas suficientes como para acreditar la situación legal de cese de actividad en la que se fundamenta el reconocimiento del derecho a las prestaciones por cese de actividad. Más concretamente, la MATSS basó su decisión en la conjunción de los artículos 4.1.c) y 5 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos¹.

Así, el artículo 4.1, sin perjuicio del resto de requisitos exigidos en las demás letras que lo integran, para que los trabajadores autónomos pudieran tener derecho a la protección por cese de actividad, exigía en su letra c) «encontrarse en situación legal de cese de actividad». Por su parte, el artículo 5.1.a) determinaba que se encontraban en situación legal de cese de actividad todos aquellos trabajadores autónomos que habían cesado en el ejercicio de su actividad por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional. Además, en caso de establecimiento abierto al público, debía procederse al cierre del mismo durante la percepción de la prestación². Pero, a continuación matizaba que en todo caso debía entenderse que existían los motivos mencionados al concurrir una serie de situaciones, entre las que se encontraba la siguiente: pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, en un año completo, superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos

¹ BOE de 6 de agosto de 2010, núm. 190. Dicha ley fue derogada, salvo las Disposiciones Adicionales 10 y 11, por 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) (BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261). Así, actualmente, la regulación de la protección por cese de actividad se recoge en el Título V del TRLGSS.

² Posteriormente, la Disposición Final 2.5 de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre añadió lo siguiente: «o bien su transmisión a terceros. No obstante, el autónomo titular del inmueble donde se ubica el establecimiento podrá realizar sobre el mismo los actos de disposición o disfrute que correspondan a su derecho, siempre que no supongan la continuidad del autónomo en la actividad económica o profesional finalizada». Añadido que, actualmente, también se contempla en el artículo 331.1.a) del TRLGSS.

años consecutivos y completos. En ningún caso debía computarse a tales efectos el primer año de inicio de la actividad (numeral 1º)³.

Ante dicha resolución denegatoria, el trabajador autónomo demandante, no conforme con la misma, interpuso reclamación previa en fecha 8 de enero de 2015. Reclamación que fue nuevamente desestimada por resolución de fecha 21 de enero de 2015. En consecuencia, el trabajador autónomo demandante interpuso demanda contra su MATSS ante los juzgados de lo social de Granada, el día 12 de febrero de 2015.

En consecuencia, el 23 de diciembre de 2015 el JS núm. 4 de Granada desestimó dicha demanda, denegando la pretensión del demandante de cobrar de la MATSS la prestación por cese de actividad, al no constatar pérdidas que hicieran de aplicación la Ley 32/2010 que contempla el citado derecho prestacional.

Contra dicha resolución judicial el trabajador autónomo interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Granada. En un único motivo y por el cauce procesal de la letra c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)⁴, denunció la infracción del artículo 5 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, en relación con el artículo 27 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre su Patrimonio⁵.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia en fecha de 15 de septiembre de 2016, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador autónomo recurrente contra la sentencia dictada por el JS núm. 4 de Granada, en reclamación de materias Seguridad Social contra su MATSS, y, por ende, confirmando la sentencia recurrida.

Contra esta sentencia, el trabajador autónomo interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de 9 de marzo de 2016 (núm. rec. 97/2016) y por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 30 de diciembre de 2014 (núm. rec. 2672/2014).

Dicho recurso se admitió a trámite, y tras ser impugnado por la parte recurrida y el INSS, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 31 de enero de 2018, suspendiéndose el mismo y señalándose nuevamente para el día 1 de marzo de 2018, día en el que, finalmente, se llevaron a cabo tales actos.

³ Posteriormente, la Disposición Final 2.5 de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre modificó la dicción de dicho numeral 1º, al establecer lo siguiente: «pérdidas derivadas del desarrollo de la actividad en un año completo, superiores al 10 por ciento de los ingresos obtenidos en el mismo periodo, excluido el primer año de inicio de la actividad». Redacción, esta última, que se mantiene en el artículo 331.1.a) del TRLGSS.

⁴ Conforme al artículo 193.c), el recurso de suplicación tendrá por objeto: examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

⁵ BOE de 29 de noviembre de 2006, núm. 285). El artículo 27 versa sobre los «rendimientos íntegros de actividades económicas».

2. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO APLICADOS Y LA RESOLUCIÓN DERIVADA DE LOS MISMOS

El TS, en sus Fundamentos de Derecho, parte de la consideración que realizan tanto el JS núm. 4 de Granada como la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Granada. De este modo, en ambos casos se considera que para determinar la existencia de la causa económica que justifique el acceso a la prestación por cese de actividad debe computarse lo percibido en concepto de subsidio de incapacidad temporal, lo que permite apreciar saldo positivo en el año 2013 (suma de los 2500 euros de ingreso y de los 1.545,48 euros percibidos en concepto de subsidio de incapacidad temporal, frente a las pérdidas acreditadas de 3.348,60 euros).

Al respecto, el TS tiene en cuenta la STSJ 4ª, de Castilla-León/Valladolid, de 9 de marzo de 2016, como sentencia de contraste que aporta el trabajador autónomo recurrente, al formular el recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del artículo 5.1.a) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto⁶, así como el artículo 17 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre⁷. Y tiene en cuenta dicha sentencia porque entiende que la misma resuelve un supuesto en el que se suscita la misma cuestión de si el subsidio de incapacidad temporal es computable a la hora de determinar las pérdidas que justifiquen la prestación por cese de actividad, pero, en dicho caso, resolviendo de forma opuesta a la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016, que es objeto de recurso, pues se parte de la consideración de que de la normativa que regula el Plan General de Contabilidad [Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre⁸], no se obtiene una base jurídica para la inclusión de las prestaciones sociales percibidas a título personal por el trabajador autónomo, por los administradores o por los trabajadores de la empresa en concepto de ingresos propios de la empresa, ni existe tal concepto en el plan de cuentas. Asimismo, se concluye que no es aplicable la normativa fiscal, habida cuenta de que el subsidio referido es considerado como rendimiento del trabajo y no como ingreso de la actividad económica, que es lo que debe contabilizarse a efectos de pérdidas o beneficios en la actividad.

Todo ello hace concluir al TS que se cumple el requisito de contradicción exigido por el artículo 219.1 de la LRJS⁹, al entender que estamos en presencia de pronunciamientos opuestos pese a tratarse de supuestos con hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

En segundo lugar, y salvadas las exigencias procesales, el TS entiende que la cuestión suscitada debe resolverse partiendo de la respectiva finalidad que corresponde al subsidio de incapacidad temporal y a la prestación por cese de actividad.

⁶ Véase al respecto lo ya comentado *supra* 1.

⁷ El artículo 17 versa sobre los «rendimientos íntegros del trabajo».

⁸ BOE de 21 de noviembre de 2007, núm. 279.

⁹ Conforme el artículo 219.1 de la LRJS, «el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

Así, respecto del subsidio de incapacidad temporal, si bien el TS reconoce, en principio, que la propia Sala ha afirmado que tiene naturaleza de renta sustitutoria, en tanto que «la finalidad del subsidio no es otra que la de suplir la falta de rentas derivada de una situación de baja laboral» [SSTS de 2 de octubre de 2003 (núm. rec. ud. 3605/2002); de 6 de julio de 2006 (núm. rec. ud. 510/2005); y de 1 de abril de 2009 (núm. rec. ud. 516/2008)], acto seguido matiza que con mayor precisión, a los efectos de la cuestión suscitada, se ha dicho que con el mismo realmente lo que se repara es la situación patológica del trabajador que le impide trabajar o, según los casos, aceptar ofertas de empleo adecuadas, refiriéndose para ello a la STS 4ª, de 16 de julio de 2012 (núm. rec. ud. 3027/2011).

Por su parte, en relación a la prestación por cese de actividad, el TS señala que tiene como objeto, según su propia regulación, el de dispensar a los trabajadores autónomos, del RETA o del RETM, prestaciones ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo (cfr. artículo 1.1 de la Ley 32/2010), debido, entre otras causas, a la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional (cfr. artículo 5.1.a de la Ley 32/2010).

A la luz de dichas diferencias, el TS concluye que una y otra prestación obedecen a distinta causa: la incapacidad temporal afecta a la situación personal, física y psíquica, del trabajador, mientras que el cese de actividad se vincula a la situación del negocio o actividad. Y, en consecuencia, entiende que aunque el resultado final de ambas circunstancias incide en la situación económica del trabajador, su origen es diverso, lo que resulta, en su opinión, trascendente a la hora de analizar el debate que se presenta en el recurso de casación para la unificación de doctrina. En efecto, el TS sostiene su principal argumentación en que la prestación por cese de actividad se otorga ante el cese definitivo de actividad, que se vincula a la concurrencia de unos motivos que, en lo que respecta al supuesto objeto de análisis, son de naturaleza económica y se identifican con la existencia de pérdidas y no con la situación personal del trabajador. Por consiguiente, el TS afirma que, a la hora de interpretar los motivos económicos no es posible tomar en consideración las circunstancias personales del trabajador, y que por lo mismo ha de mantenerse que el subsidio de incapacidad temporal no es concepto computable a la hora de determinar el nivel de pérdidas en la actividad profesional.

Dicha consideración le parece más que suficiente al TS para rechazar el cómputo que la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016 admite, porque entiende que si la prestación está finalísticamente vinculada a los resultados de la actividad profesional del autónomo, ese básico elemento de interpretación (*ex* artículo 3.1 del Código Civil) fuerza a la indicada conclusión, porque ninguna relación guarda con el éxito o fracaso de la actividad empresarial el posible subsidio de incapacidad temporal que pueda haber percibido el trabajador autónomo.

Siendo dicha argumentación, como se ha indicado, la principal que maneja el TS para fundamentar su decisión, no es menos cierto que –como se indica expresamente en su sentencia– «a mayor abundamiento», añade otra argumentación, sea todo dicho, en íntima conexión con la conclusión anterior. Así, a su entender, dicha conclusión es incluso la que deriva literalmente de la propia normativa de la prestación por cese de actividad, siendo así

que «la concurrencia de motivos económicos se considerará acreditada mediante la aportación, en los términos que reglamentariamente se establezcan, de la documentación contable que confeccione el trabajador autónomo, en la que se registre el nivel de pérdidas exigido en los términos del artículo 5.1.a).1, así como mediante las declaraciones del IVA, del IRPF y demás documentos preceptivos que, a su vez, justifiquen las partidas correspondientes consignadas en las cuentas aportadas. En todo caso, las partidas que se consignen corresponderán a conceptos admitidos en las normas que regulan la contabilidad» (artículo 6.1.a de la Ley 32/2010)¹⁰.

Por ello, el TS sostiene que si bien el subsidio de incapacidad temporal ha de tener constancia en la declaración de IRPF (*ex* artículo 17 de la Ley 35/2006), no se trata de concepto que parezca tenga cabida en contabilidad, pues entiende –coincidiendo plenamente con la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 9 de marzo de 2016, que acepta como de contraste– que ni el Plan General Contable (cfr. Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre¹¹) ni el de las PYMES (cfr. Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre¹²) proporcionan base para incluir las prestaciones sociales percibidas a título personal por un trabajador autónomo. Además, el TS insiste en que aunque el concepto de incapacidad temporal tenga cabida contable, en forma alguna sería computable a los efectos de la prestación de cese de actividad, porque ninguna relación guarda con los ingresos de la actividad empresarial del autónomo, que es a lo que atiende la Ley 32/2010, puesto que lo que es objeto de análisis no es realmente el nivel de rentas del trabajador autónomo sino, simplemente, si concurre una causa económica que pueda calificarse como situación legal de cese de actividad, y tal concepto solo se define por los ingresos y pérdidas habidas en el ejercicio de esa actividad profesional.

Por todo lo antedicho, el TS acaba reconociendo al trabajador autónomo recurrente el derecho a la prestación por cese de actividad solicitada. Y ello porque, por una parte, se excluye el subsidio de incapacidad temporal en el primer trimestre del año 2013 del apartado de ingresos y, por otra parte, se debe restar del cómputo el período de tiempo correspondiente, en el sentido de que lo razonable es que el período de año completo –sin solución de continuidad, obviamente– que exige el artículo 5 de la Ley 32/2010 se integre con el primer trimestre del siguiente año –2014– cuyo promedio de pérdidas fue del 304,16%, pues la norma se refiere al año completo, que no al año natural o al ejercicio contable. Es así como, en palabras del TS, se cumple con mucha holgura el requisito que el artículo 5 de la Ley 32/2010 requiere en su redacción originaria, que es de aplicación al caso objeto de análisis, al definir la situación protegida como «unas pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, en un año completo, superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos».

¹⁰ Actualmente se mantiene esa misma redacción en el artículo 332.1.a), párrafo tercero, del TRLGSS, con la única diferencia lógica de que en lugar de referirse al artículo 5.1.a).1 de la Ley 32/2010, se refiere al artículo 331.1.a).1 del TRLGSS.

¹¹ BOE de 20 de noviembre de 2007, núm. 278.

¹² BOE de 21 de noviembre de 2007, núm. 279.

3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA

La valoración crítica de la sentencia objeto de estudio pasa, en primer lugar, por analizar la función del recurso para la unificación de doctrina como posible razón para no admitir a trámite las solicitudes de prestación por cese de actividad, dentro de la lógica del propio TS. En segundo lugar, se analiza la función del subsidio de incapacidad temporal como sustitutoria de las rentas de trabajo ante la imposibilidad de trabajar y la importancia de dicha función a los efectos de determinar si lo percibido por dicho subsidio debe computar como ingreso en la actividad del trabajador autónomo en contraposición a los gastos, y poder así concretar si existen las pérdidas requeridas para que se reconozca la situación legal de cese de actividad y, por ende, la prestación correspondiente.

3.1. ¿Resulta realmente admisible el recurso de casación para la unificación de doctrina?

Resulta pertinente responder a esta cuestión más allá del concreto debate jurídico que se produce en las dos sentencias comparadas, situando el debate dentro de la lógica del Sistema de Seguridad Social y, más concretamente, de la contingencia relativa a la protección por cese de actividad. Claro está, para ello, en primer lugar se precisa realizar una breve aproximación al objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina. Y a continuación, una vez realizada dicha aproximación, y partiendo de la misma, se centrará la atención en la posibilidad de inadmitir, conforme a la tendencia marcada por el propio TS, los recursos de casación para la unificación de doctrina, en los que se pretenda el reconocimiento de la prestación por cese de actividad, por tratarse de una materia en la que lo decisivo debería ser, como se verá, realizar una valoración individualizada a partir de un conjunto amplio de circunstancias concurrentes en cada trabajador autónomo que solicita dicha prestación, dentro de la lógica del Sistema de Seguridad Social y, más concretamente, de la contingencia relativa a la protección por cese de actividad.

3.1.1. Aproximación al objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina

Como ha advertido la doctrina científica, la instauración del recurso de casación para la unificación de doctrina fue la respuesta jurídica que se arbitró ante la eventual dispersión judicial que se podía producir en la interpretación de la normativa social, como consecuencia de la implantación de la nueva planta de los tribunales que se instauró a raíz de la opción constitucional por el Estado de las Autonomías (cfr. artículo 152 de la Constitución), y que supuso la implementación de un sistema en el que iba a dominar la descentralización autonómica, a través de un recurso de naturaleza casacional como es el de suplicación, cuyo conocimiento se atribuyó a una pluralidad de tribunales (los Tribunales Superiores de Justicia) con competencia limitada al espacio autonómico¹³.

Así, desde un principio, la contradicción de sentencias se erigió en el elemento verdaderamente singular o genuino de este recurso. Tal es así que a día de hoy sigue siendo

¹³ MOLERO MARAÑÓN, M.L. «Una valoración crítica de la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina». En *Relaciones Laborales*, 2002, núm. 13, p. 1. (LA LEY 2331/2002). Véase, igualmente, IVORRA MIRA, M.J. *El recurso de casación para la unificación de doctrina*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 13-14.

el elemento central de su régimen jurídico, hasta el punto de condicionar por entero el funcionamiento del mismo y de la propia jurisdicción social. Y es que su construcción jurisprudencial absolutamente estricta ha reducido significativamente los supuestos en que la Sala cuarta del TS tiene la oportunidad de declarar la doctrina unificada al superarse el trámite de admisión, revalorizándose, consecuentemente, el cometido de los Tribunales Superiores de Justicia en la función de suplicación, al finalizar con sus sentencias por lo común el proceso social. Ciertamente, el recurso de casación para la unificación de doctrina se ha convertido en un instrumento restringido en su conocimiento pleno por el TS, que solamente llega a resolver por sentencia un reducido número de los asuntos que son objeto del recurso, siendo inadmitidos la mayoría de los recursos interpuestos¹⁴. Ahora bien, cabe preguntarse si ello no menoscaba la función institucional para la que nace este instrumento procesal, quedándose por el camino importantes discrepancias judiciales que quedan sin solventar, dañando la seguridad jurídica a la que sirve la institución al abrigo de una contradicción judicial insalvable¹⁵.

Como se ha adelantado (*supra* 2, nota 9), el artículo 219.1 de la LRJS recoge ese requisito esencial relativo a la contradicción entre la sentencia de suplicación de la Sala de lo Social del TSJ recurrida y otra u otras sentencias de otra u otras Salas de los TSJ o del TS que se aportan por la parte que recurre en unificación de doctrina. Dicho con otras palabras, hay contradicción cuando una sentencia decide lo contrario de lo que ha decidido otra. El hecho de que se trate de una contradicción entre decisiones judiciales conlleva una cierta complejidad, porque hay que atender a los distintos elementos que integran la decisión y porque la contradicción implica que se decide de forma distinta lo que es idéntico. En ese sentido, el TS ha reiterado que «la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales»¹⁶. Dicha matización es importante porque precisa que no puedan compararse doctrinas, sino decisiones concretas. Por ello, la contradicción se construye en dos pasos: primero, hay que acreditar la identidad de la controversia; y, después, debe determinarse si los pronunciamientos son o no distintos¹⁷.

Concretando aún más esos dos pasos, en primer lugar, para establecer la identidad de las controversias, el artículo 219.1 de la LRJS exige una triple identidad «en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales».

Como ha sido resaltado por la doctrina científica, este análisis de la determinación de la igualdad de las controversias se ha convertido en el elemento central de la existencia de la

¹⁴ En 2016 ingresaron un total de 4622 recursos de casación y de casación para la unificación de doctrina. Se resolvieron 4.375 (por sentencia 1.118 y por otras resoluciones 3.257). Cabe destacar que 3023 asuntos fueron resueltos por auto, de los cuales 2847 fueron autos de inadmisión. Por su parte, el número de asuntos pendientes al final del año fue de 5.607 (datos extraídos de la Memoria Anual del Tribunal Supremo, año 2016, p. 117 y de las Estadísticas de eficiencia del Tribunal Supremo, año 2016).

¹⁵ MOLERO MARAÑÓN, M.L., *ob. cit.*, pp. 1 y 4.

¹⁶ Véanse, por todas, las SSTs 4ª, de 14 de mayo de 2013 (núm. rec. ud. 2058/2012), F.D. 1º; de 4 de febrero de 2014 (núm. rec. ud. 677/2013), F.D. 2º; y de 1 de julio de 2014 (núm. rec. ud. 1486/2013), F.D. 2º.

¹⁷ DESDENTADO BONETE, A. «La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de Ley». En VVAA. *Lecciones de Jurisdicción Social* (NÓGUEIRA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 2ª edición, pp. 746-747.

contradicción y dentro del mismo la igualdad de los hechos cotejados se ha erigido en el principal obstáculo que ha de superar el recurrente para que se estime cumplido este presupuesto previo. En ese sentido, es sabido que el TS no lleva a cabo una tarea del todo homogénea en su resolución, de forma y manera que en un importante número de casos se exige una igualdad total sin llegar a examinar si el elemento es o no accidental para la resolución de la *litis*: hay diferencias en el relato de los hechos y, por tanto, no procede la contradicción; en otros casos, se realiza la deseada y cuidadosa labor jurídica de determinar si el hecho diferencial es o no relevante desde la perspectiva de su decisión; y, finalmente, en ocasiones, se llega a flexibilizar la igualdad en la comparación, centrando el análisis en la discrepancia doctrinal que se le presenta, que, por su transcendencia o interés casacional, requiere que el TS entre a cumplir su función institucional¹⁸. Sin duda, todo ello provoca una grave situación de inseguridad¹⁹.

En esa línea, pese a que el artículo 219.1 de la LRJS se refiera a «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», la verdad es que respecto a la identidad en los hechos, es decir, respecto a la exigencia de que los supuestos resueltos sean, desde el punto de vista fáctico, sustancialmente iguales, en la práctica, dicha identidad fáctica se exige, con frecuencia, de forma demasiado estricta. Precisamente, dicha circunstancia hace que en determinadas materias no exista posibilidad de acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina o la misma sea extraordinariamente limitada. Se trata de aquellas materias en las que el enjuiciamiento se encuentra extraordinariamente apegado a los hechos declarados probados, en las que estos deben ser objeto de minuciosa y personalizada valoración, y en las que por tanto será imposible, o al menos difícilísimo, encontrar un supuesto idéntico que resulte comparable²⁰.

Un claro ejemplo de estas materias, y que resultará de interés para el análisis concreto de la sentencia objeto de estudio (*infra* 3.1.2.2), es el relativo al despido objetivo por causas económicas. Así se deduce, por ejemplo, de la STS 4ª, de 25 de octubre de 1999 (núm. rec. 1061/1999). Ante la propuesta por los recurrentes de una sentencia de contraste, entre otras propuestas que no vienen ahora al caso, relativa a la existencia de una causa económica, el TS dictamina que «en materia de despidos, y a salvo para cuestiones de orden técnico muy específicas, la contradicción exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral [actual artículo 219.1 de la LRJS] es un requisito de difícil cumplimiento, dada la variedad de situaciones y circunstancias que concurren en cada caso; es en efecto improbable contar con unos hechos sustancialmente idénticos, a los que se ha procurado un pronunciamiento judicial distinto» (F.D. 1º).

¹⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.L., *ob. cit.*, pp. 12 y 13.

¹⁹ Y pese a ello el TC, finalmente, ha avalado este modo de proceder del TS (al respecto, véanse por todas, las SSTC 256/1994, 37/1995, 53/1996, 132/1997 y 68/2000), abandonado su propia doctrina que preconizaba que la interpretación de las normas reguladoras del acceso al recurso debían realizarse en el sentido más favorable a la efectividad de este derecho fundamental, debiendo prevalecer en caso de duda aquella interpretación que más favoreciese la admisión del recurso (véanse por todas las SSTC 17/1985 y 121/1990).

²⁰ GOERLICH PESET, J.M. «Los recursos de casación: casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina». En VVAA. *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Tomo II* (BLASCO PELLICER, A., Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1851-1852.

Y es que si los hechos son distintos es prácticamente imposible aceptar la existencia de contradicción en los casos en que la controversia tiene una base fundamentalmente fáctica²¹.

Por su parte, la identidad de los fundamentos, entendidos estos como el sustento normativo de la cuestión litigiosa²², no se proyecta sobre los fundamentos jurídicos de las sentencias comparadas, sino sobre los fundamentos jurídicos de las pretensiones y resistencias de los litigantes²³, prestando atención a que la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación²⁴. Por otro lado, no es necesaria la coincidencia absoluta en la totalidad de los preceptos invocados y denunciados, sino que basta la equivalencia de planteamiento normativo en cuanto a la cuestión de fondo²⁵.

Finalmente, la identidad de las pretensiones resueltas en las sentencias comparadas obliga a que sean equiparables jurídicamente²⁶. Es decir no constituye obstáculo insalvable al juicio positivo de contradicción que en los procesos puestos en comparación se ejerciten acciones diversas si tal diferencia no afecta al objeto de la pretensión²⁷. Y es que las pretensiones se refieren a las peticiones o reclamaciones deducidas por cada parte como conclusión de su alegato procesal. Las pretensiones a comparar se identifican así con el *petitum* de la sentencia recurrida y con el *petitum* de la sentencia de contraste²⁸.

Una vez determinada, en los términos que se acaban de mencionar, la identidad de las controversias, a través de la triple identidad «en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», debe producirse la contradicción propiamente dicha en la parte dispositiva de las sentencias comparadas. Y es que el artículo 219.1 de la LRJS

²¹ *Practicum Proceso Laboral 2015*. Valladolid: Lex Nova – Thomson Reuters, 2014, p. 1028.

²² LOUSADA AROCHENA, J.F. «Capítulo Trigésimo Tercero. La casación para la unificación de doctrina». En VVAA. *Sistema de Derecho Procesal Laboral* (LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., Coords.). Murcia: Ediciones Laborum, 2015, p. 408.

²³ Véanse, por todas, SSTS 4ª, de 5 de mayo de 1995 (núm. rec. ud. 2876/1994), F.D. 2º; de 17 de abril de 1996 (núm. rec. ud. 3078/1995), F.D. 1º; de 16 de junio de 1998 (núm. rec. ud. 1830/1997), F.D. 1º; de 27 de julio de 2001 (núm. rec. ud. 4409/2000), F.D. 2º; de 23 de enero de 2006 (núm. rec. ud. 2572/2004), F.D. 2º; de 10 de enero de 2017 (núm. rec. ud. 1077/2015), F.D. 2º; de 28 de noviembre de 2017 (núm. rec. ud. 3844/2015), F.D. 2º; y de 3 de julio de 2018 (núm. rec. ud. 2625/2017), F.D. 2º.

²⁴ Véanse, por todas, SSTS 4ª, de 13 de diciembre de 1991 (núm. rec. ud.), F.D. 3º; de 28 de marzo de 2006 (núm. rec. ud. 2336/2005), F.D. 1º; de 2 de marzo de 2016 (núm. rec. ud. 2914/2014), F.D. Único; de 8 de febrero de 2017 (núm. rec. ud. 227/2015), F.D. Único; y de 28 de noviembre de 2017 (núm. rec. ud. 3844/2015), F.D. 2º.

²⁵ Vid. STS de 23 de enero de 2012 (núm. rec. ud. 1411/2011), F.D. 2º.

²⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., *ob. cit.*, p. 408.

²⁷ PALOMO BALDA, E. «Artículo 219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal». En VVAA. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia* (MERCADER UGUINA, J.R., Dir.). Madrid: La Ley, 2015, pp. 1472-1473. Dicho autor propone como ejemplo de lo señalado que «se considera totalmente accesorio que en las sentencias confrontadas la acción se hubiese planteado por diverso cauce procedimental –ordinario en un caso y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en otro–, pues lo determinante y definitorio a efectos de contradicción es que en ambos supuestos el objeto de la pretensión y la resolución es idéntico: la solicitada declaración de nulidad de la reducción de la jornada de trabajo adoptada unilateralmente por el empresario (STS 4ª, de 23 de enero de 2012, núm. rec. ud. 1411/2011 [F.D. 2º]); o que, independientemente de la acción ejercitada en cada supuesto (de fijeza y de despido), la cuestión a debate sea la de si el contrato de trabajo debe ser calificado de temporal o de indefinido (STS 4ª, de 26 de mayo de 2008, núm. rec. ud. 3802/2006 [F.D. 2º])».

²⁸ MARTÍN VALVERDE, A. «Artículo 217». En VVAA. *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral* (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.). Granada: Comares, 2011, p. 1054.

exige, *in fine*, la existencia de «pronunciamientos distintos». Ciertamente, lo distinto no es necesariamente contradictorio, pero se incurre en contradicción cuando se resuelve de manera distinta sobre lo que es sustancialmente idéntico. Así, la contradicción debe producirse en la parte dispositiva, a partir de la identidad de las controversias²⁹.

3.1.2. Admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina sí pero con reservas dentro de un contexto más amplio que el que suscita el debate existente en las sentencias comparadas que bien podría llevar a la inadmisión de toda pretensión de reconocimiento de la prestación por cese de actividad

a) La admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina

En principio, parece acertada la admisión que realiza la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018 del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, pues, como señala la propia sentencia, entre las dos sentencias a comparar, a saber, la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016 y la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 9 de marzo de 2016, se evidencia el cumplimiento del requisito de contradicción, en tanto que estamos en presencia de pronunciamientos opuestos, pese a tratarse de supuestos con «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», tal y como para la admisibilidad a trámite del recurso requiere el artículo 219.1 de la LRJS.

Efectivamente, respecto a la identidad de los hechos, en ambas sentencias un trabajador autónomo solicita el reconocimiento de una prestación económica por cese de actividad, alegando causas económicas que hacen que su actividad resulte inviable. Para ello, y basándose en lo establecido en el artículo 5.1.a) de la Ley 32/2010, el trabajador autónomo aporta las cuantías de ingresos y gastos obtenidos, y, en función de ello, las pérdidas. Se la da casualidad de que en ambos casos el trabajador autónomo ha estado durante un tiempo en situación de incapacidad temporal derivada de riesgo común y que no ha computado como ingreso el montante económico del subsidio recibido por tal situación.

Así, en las dos sentencias que se comparan, la cuestión litigiosa se centra en determinar si el subsidio de incapacidad temporal que percibe el trabajador autónomo durante su situación de incapacidad temporal debe incluirse como ingreso de la actividad económica, a los efectos de calcular las pérdidas que dan lugar a la prestación económica por cese de actividad. De hecho, la propia jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ya había advertido con anterioridad la necesidad de que el TS unificara doctrina sobre la misma, ante las discrepancias suscitadas al respecto³⁰.

²⁹ DESDENTADO BONETE, A., *ob. cit.*, p. 750.

³⁰ Al respecto resulta muy ilustrativa la STSJ de la Comunidad Valenciana 4ª, de 22 de junio de 2017 (núm. rec. 2267/2016, F.D. 4º). Para un análisis de la discrepancia que se ha planteado sobre esta materia en los distintos Tribunales Superiores de Justicia puede verse, a favor del cómputo, además de la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016 que es, precisamente, la que se recurre en casación para la unificación de doctrina y es revocada por la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018, que es objeto de análisis en este estudio, la STSJ de Madrid, 4ª, de 13 de octubre de 2014 (núm. rec. 50/2014), y, en contra del cómputo, además de la STSJ de Valladolid, de 9 de marzo de 2016, que es aportada como sentencia de contratase por el trabajador autónomo recurrente en casación para la unificación de doctrina y tomada en consideración por la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018, que es objeto de análisis en este estudio, la STSJ de Asturias 4ª, de 24 de mayo de 2016 (núm. rec. (...)

Precisamente, sobre dicha cuestión litigiosa se aprecia, en las dos sentencias comparadas, la identidad de fundamentos que los trabajadores autónomos recurrentes en casación para la unificación de doctrina utilizan para defender que lo percibido como subsidio de incapacidad temporal no debe computar como ingresos de la actividad económica, de cara a calcular las pérdidas que dan lugar a la situación legal de cese de actividad y a la prestación económica por cese de actividad.

Así, en la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016, se observa como el trabajador autónomo recurrente para excluir del cómputo las percepciones por incapacidad temporal alega el artículo 27 de la Ley 35/2006, explicitando que dicha norma no contempla, donde define los rendimientos íntegros de actividades económicas, la prestación por incapacidad temporal (cfr. F.J. 1º). Además, como consecuencia de no haberse reconocido en instancia su pretensión de no computar entre los ingresos lo percibido por el subsidio de incapacidad temporal, la cuenta de resultados final de su actividad económica se salda con ganancias y no con pérdidas, lo que supone que no pueda encontrarse en situación legal de cese de actividad y, por ende, el no reconocimiento de la prestación económica por cese de actividad. Por ello, el trabajador autónomo recurrente denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley 32/2010, relacionándolo con el artículo 27 de la Ley 35/2006 (cfr. F.J. 1º).

Por su parte, en la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 9 de marzo de 2016, se aprecia como el trabajador autónomo recurrente plantea que el subsidio por incapacidad temporal no debe computarse porque no es un ingreso computable fiscalmente como renta de actividades económicas, que es lo que considera debe tenerse en cuenta a efectos de valorar su situación legal de cese de actividad a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 32/2010. En contraposición, alega el artículo 17 de la Ley 35/2006, donde, bajo la rúbrica «rendimientos íntegros del trabajo», sí se contemplan las prestaciones públicas por situación de incapacidad. Precisamente, el hecho de que en instancia se considerara que lo percibido por el subsidio de incapacidad temporal sí debe computarse como ingreso, supuso el no reconocimiento de su situación legal de cese de actividad y, por tanto, el rechazo a su solicitud de la prestación económica por cese de actividad. Por ese motivo, el trabajador autónomo recurrente denuncia vulneración del artículo 5.1.a) de la Ley 32/2010 y del artículo 2 del Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010³¹.

En suma, respecto a la identidad de fundamentos, se aprecia que el debate jurídico planteado por los trabajadores autónomos recurrentes de las dos sentencias comparadas ha sido idéntico.

Por otro lado, también se constata la identidad de las pretensiones resueltas en las dos sentencias comparadas, pues en ambas la pretensión de los trabajadores autónomos recurrentes es tener acceso a la prestación económica por cese de actividad, para lo cual resulta imprescindible no computar como ingreso de su actividad económica lo percibido como subsidio de incapacidad temporal, pues de lo contrario, en su cuenta de resultados final, las ganancias serían superiores a las pérdidas y ello conllevaría la imposibilidad de

836/2016), la STSJ de Asturias 4ª, de 11 de noviembre de 2016 (núm. rec. 712/2016) y la STSJ de Galicia 4ª, de 26 de enero de 2017 (núm. rec. 2960/2016).

³¹ BOE de 1 de noviembre de 2011, núm. 263.

encontrarse en situación legal de cese de actividad y, por consiguiente, el no reconocimiento de la prestación solicitada.

Por último, se aprecia una contradicción en la parte dispositiva de las dos sentencias comparadas. Así, mientras que la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016 desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador autónomo recurrente, lo que supone el no reconocimiento del derecho a percibir la prestación por cese de actividad, la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 9 de marzo de 2016 estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador autónomo recurrente, y, por tanto, reconoce su derecho a percibir la prestación por cese de actividad.

b) La posible inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina respecto a toda pretensión de reconocimiento de la prestación por cese de actividad dentro de un contexto más amplio que el que suscita el debate existente en las sentencias comparadas

Como se acaba de observar en el apartado anterior, es posible la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina en un concreto tema, objeto de debate, de orden técnico muy específico, como sucede en el caso analizado –a saber, la toma en consideración como ingreso o no de la percepción del subsidio de incapacidad temporal a los efectos de computar las ganancias del trabajador autónomo y poder determinar si estas son o no superiores a las pérdidas requeridas para que se reconozca la situación legal de cese de actividad y con ello la correspondiente prestación económica por cese de actividad–, en el que acontece la triple identidad requerida por el artículo 219.1 de la LRJS. Ahora bien, no cabe olvidar que existen materias concretas respecto a las cuales el TS viene apreciando de forma reiterada la dificultad de que puedan producir situaciones que reúnan los requisitos de identidad que conforme al propio TS vienen siendo exigidos³². Ciertamente, en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico³³. Y, en ese sentido, el TS ha destacado la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales³⁴. Por todo ello, la exigencia de identidad sustancial entre los hechos comparados da lugar a que el acceso al recurso de casación sea difícil en aquellos asuntos en los que las circunstancias de cada caso influyan en la valoración judicial de los hechos y en la toma de decisiones³⁵. Como se ha adelantado (*supra* 3.1.1), un claro ejemplo de estas materias es el relativo al despido objetivo por causas económicas; un ejemplo que resulta de máximo interés para los supuestos en los que la materia objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina

³² Vid. VVAA. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Comentada, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias* (GULLÓN RODRÍGUEZ, J., Dir.). Madrid: El Derecho, 2012, p. 891.

³³ Véase, por ejemplo, en materia de despidos disciplinarios las SSTS 4ª, de 15 de enero de 2009 (núm. rec. ud. 2302/2007), F.D. 2º y de 19 de julio de 2010 (núm. rec. ud. 2643/2009), F.D. 6º; y, en materia de extinciones del contrato de trabajo a instancias del trabajador las SSTS 4ª, de 26 de junio de 2008 (núm. rec. 2196/2007), F. D. 3º y de 3 de noviembre de 2009 (núm. rec. 453/2009), F.D. 2º.

³⁴ Vid. STS 4ª, de 24 de mayo de 2005 (núm. rec. 1728/2004), F.D. 1º.

³⁵ Vid. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.M. «Capítulo IV. Del recurso de casación para la unificación de doctrina». En VVAA. *Procedimiento Laboral. Comentarios y Jurisprudencia* (LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.M., Coord.). Madrid: Editorial Jurídica Sepin, 2010, p. 1357. Véase, asimismo, MONTOYA MELGAR, A. «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1998 (BIB 1998/923), p. 6.

es el reconocimiento del derecho a la prestación por cese de actividad. En verdad, se trata de un planteamiento que desborda el debate existente en las sentencias comparadas en el supuesto objeto de estudio, y que se sitúa, por consiguiente, en un contexto más amplio. Pero no por ello carece de interés a los efectos aquí tratados. Muy al contrario, y teniendo en cuenta que con la tendencia marcada por el propio TS, de inadmitir, por los motivos señalados, materias concretas, cabría plantearse por qué hasta la fecha el TS no ha introducido entre dichas materias la relativa a la prestación por cese de actividad, conforme a la argumentación que se expondrá a continuación. Y ello porque si así fuera no cabe duda de que el supuesto objeto de análisis a la luz de la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018 quedaría totalmente condicionado, como se verá. Con ello se pretende evidenciar el estrecho y muchas veces poco racional filtro por el que deben pasar los recursos de casación en unificación de doctrina interpuestos ante el TS, lo que repercute muy negativamente en la seguridad jurídica y en la aplicación de la justicia misma, elevándose con ello el riesgo de vulnerar la igualdad en la aplicación de la ley³⁶. No en vano, por mor de la lógica del TS, existe una pluralidad de materias que por su carácter casuístico escapan al control del recurso de casación para la unificación de doctrina a pesar de que respecto a dichas materias se estén perpetuando doctrinas contradictorias entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia³⁷.

De este modo, ahondando ya en la materia concreta de la prestación por cese de actividad, es cierto que la situación legal de cese de actividad, como requisito necesario para el nacimiento del derecho a la protección, se produce, entre otras causas, cuando el trabajador autónomo cese en el ejercicio de su actividad por la concurrencia de motivos económicos, tal y como ocurre en el supuesto enjuiciado en la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018. Y también es cierto que, entre otras circunstancias, se entenderá que existen motivos económicos cuando el trabajador autónomo tenga pérdidas derivadas del desarrollo de su actividad en un año completo, superiores, conforme a la legislación vigente, al 10% de los ingresos obtenidos en el mismo período, excluido el primer año de inicio de la actividad (cfr. artículo 331.1.a del TRLGSS; artículo 5.1.a.1 de la derogada Ley 32/2010). Precisamente, la cuestión litigiosa en la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018 se relaciona con la necesidad de determinar si el subsidio de incapacidad temporal percibido debe computar como ingreso, de lo que depende que las ganancias sean mayores o menores en contraposición a las pérdidas que deben acreditarse para encontrarse en situación legal de cese de actividad. Pero no cabe olvidar que la situación legal de cese de actividad depende de una premisa mayor que queda reflejada expresamente en la siguiente frase: «no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo» (artículo 327.1 del TRLGSS; artículo 1.1 de la derogada Ley 32/2010)³⁸. Entonces, la pregunta que surge es si en todos los casos

³⁶ Profundizando en la idea de que el fundamento del recurso de casación para la unificación de doctrina se encuentra en los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica véase JIMÉNEZ FORTEA, F.J. *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral (problemas fundamentales)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 72-91. Por su parte, SEMPERE NAVARRO matiza que este recurso sí constituye un instrumento útil para alcanzar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de las normas, pero que ambos empeños serían más una consecuencia derivada de la existencia del recurso que sus verdaderas finalidades (SEMPERE NAVARRO, A.V. *El recurso de casación para la unificación de doctrina*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 30).

³⁷ En este sentido, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. «La problemática del recurso de casación para la unificación de doctrina». En *Relaciones Laborales*, 2005, núm. 13, pp. 1 y 2 (LA LEY 3436/2005). Más extensamente, consúltese RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. *El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica*. Madrid: La Ley Actualidad, 1999, pp. 241-255.

³⁸ Al respecto, hay que recordar que el propio TS ha señalado, en reiteradas ocasiones, que «si bien el (...) examen de contradicción normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, de (...)»

en que un trabajador autónomo alega y prueba pérdidas económicas en los términos del artículo 331.1.a del TRLGSS (artículo 5.1.a.1 de la derogada Ley 32/2010) existe realmente una voluntad de poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo³⁹. Por ello, se considera que el cese de actividad no ha de derivar de actos imputables al propio trabajador autónomo. Dicho de otra forma, no debe generarse la situación legal de cese de actividad cuando el cese sea voluntario basado en acto imputable al propio trabajador autónomo⁴⁰. Igualmente, respecto al concepto de pérdidas, conviene recordar que el resultado de la explotación (beneficios) puede «alterarse» mediante la manipulación de algunas cuentas susceptibles de mayor flexibilidad contable (por ejemplo, dotaciones, amortizaciones, etc.)⁴¹. Todo ello hace que sea necesario el control de las causas económicas que motivan las pérdidas que dan lugar a la solicitud de la prestación por cese de actividad, con el objetivo de valorar la imputabilidad o inimputabilidad del cese al trabajador autónomo solicitante de la prestación. En último término, se trata de un requisito esencial para que se dé la protección por cese de actividad, en tanto en cuanto dicha protección pone el acento en la imposibilidad de continuar con la actividad o el negocio, y otorga la protección, precisamente, a través de la concesión de una prestación económica que se erige en un ingreso sustitutivo de aquellos dejados de percibir como resultado de dicha imposibilidad. De este modo, si la imposibilidad es provocada por la actuación o la omisión del trabajador autónomo, se frustra la premisa mayor según la cual el cese de la actividad debe producirse «no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo». Dicho con otras palabras, existiría en ese caso una contracción entre el actuar del trabajador autónomo y la exigencia básica establecida por la norma para proteger la contingencia de cese de actividad y evitar así la situación de necesidad que podría derivarse de la misma.

Todo ello hace que, al igual que sucede con el despido objetivo, en el que la determinación de las causas económicas que lo sustentan depende de una variedad de situaciones y circunstancias que concurren en cada caso, también en el caso de la

todas formas hay situaciones en las que “la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial de los supuestos contrastados únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición –legal o convencional– de que se trata” (STS 4ª, de 11 de julio de 2018, núm. rec. ud. 396/2017, y las sentencias que allí se citan).

³⁹ En ese sentido, se ha afirmado que es «indiscutible que (...) sobrevuela el temor a un uso especulativo de la prestación por cese de actividad, toda vez que la involuntariedad del cese es difícilmente exigible en su plenitud cuando se trata de una actividad sobre la que el autónomo tiene pleno control. Ello como consecuencia de esa difusa idea de que, en alguna medida, el autónomo que cesa en su actividad es directa o indirectamente responsable de esa situación o que, al menos, tiene recursos como para determinarla o influir en ella, actuando como agente provocador de la propia situación de necesidad protegida» [BARCELÓN COBEDO, S. «Desempleo y trabajadores autónomos: la nueva prestación por cese de actividad». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2011, núm. 18, p. 19 (BIB 2010/2955)]. En la misma línea, véase BLASCO LAHOZ, J.F. «Capítulo 7. Protección por cese de actividad en el RETA: los requisitos necesarios». En VVAA. *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma* (ROQUETA BUJ, R., Dir.). Valladolid: Lex Nova -Thomson Reuters, 2015, p. 163, nota 6.

⁴⁰ Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *El desempleo de los trabajadores autónomos. Un estudio de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos*. Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2010, p. 121.

⁴¹ TALÉNS VISCONTI, E. E. *El nuevo régimen jurídico de la prestación por cese de actividad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 79.

determinación de la existencia o no de imputabilidad en las causas de las pérdidas alegadas y probadas por el trabajador autónomo que solicita la prestación por cese de actividad haya que estar a la misma variedad de situaciones y circunstancias. Y si la materia de despido objetivo, como se ha visto (*supra* 3.1.1), no presenta, por ese motivo, transcendencia o interés casacional, tampoco debiera tenerlo la materia de prestación por cese de actividad⁴².

Es más, nada obsta para que al igual que se ha reconocido por el propio TS que cabe interpretar la existencia de causas económicas en función de que la realidad económica de la empresa sea realmente tal que impida la conservación de los puestos de trabajo⁴³, también pueda interpretarse el reconocimiento de pérdidas en la actividad, a los efectos del reconocimiento de la prestación por cese de actividad, en función de la imputabilidad o inimputabilidad de las mismas al trabajador autónomo que solicita dicha prestación. Además, dicho control resulta coherente con lo establecido en el artículo 350 del TRLGSS (artículo 19 de la derogada Ley 32/2010).

3.2. La función del subsidio de incapacidad temporal como contingencia protegible por el Sistema de Seguridad Social y como elemento clave a considerar

Resulta imprescindible referirse a esta cuestión dado que la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018, objeto de análisis, en su F.D. 3º, establece, con cita de la STS 4ª, de 16 de julio de 2012, que respecto al subsidio de incapacidad temporal «—a los efectos que aquí interesan— se ha dicho que con el mismo realmente lo que se repara es la situación patológica del trabajador que le impide trabajar o —según los casos— aceptar ofertas de empleo adecuadas».

Partiendo de dicha argumentación, establece que el subsidio de incapacidad temporal y la prestación por cese de actividad obedecen a distinta causa: «la incapacidad temporal afecta a la situación personal —física y psíquica— del trabajador, mientras que el cese de actividad se vincula a la situación del negocio o actividad». Y en función de ello, concluye: «Por tanto, aunque el resultado final de ambas circunstancias incida en la situación económica del trabajador, su origen es diverso y ello resulta trascendente a la hora de analizar el debate que se presenta en el recurso. En efecto la prestación por cese de actividad se otorga (...) ante el cese definitivo de actividad, que se vincula a la concurrencia de unos motivos que —en lo que al presente caso atañe— son de naturaleza económica y se identifican con la existencia de pérdidas y no con la situación personal del trabajador. Por ello, a la hora de interpretar los motivos económicos no es posible tomar en consideración las circunstancias personales del trabajador, y por lo mismo ha de mantenerse que el subsidio de incapacidad temporal no es concepto computable a la hora de determinar el nivel de pérdidas en la actividad profesional». Así, el TS considera que «la precedente consideración basta para rechazar el cómputo que la decisión recurrida admite, porque si la prestación está finalísticamente vinculada a los resultados de la actividad profesional del autónomo, ese

⁴² El paralelismo con las causas económicas del despido objetivo, sin embargo, no puede extenderse a la definición de las mismas, pues, como ha advertido la doctrina científica, «no puede extrapolarse la definición que (...) [para esta causa] establece el Estatuto de los Trabajadores, pues en ese caso se pretende facilitar los despidos al objeto de poder continuar con la actividad empresarial, mientras que (...) [con la protección por cese de actividad] lo que se protege es el efectivo cierre del negocio» [SERRATS MARTÍNEZ, J. «La prestación por cese de actividad de los autónomos. Análisis del Real Decreto 1541/2011». En *Diario La Ley*, 2012, núm. 7773, p. 3 (LA LEY 20465/2011)].

⁴³ Vid. STS 4ª, de 20 de marzo de 2013 (núm. rec. 81/2012).

básico elemento de interpretación –artículo 3.1 Código Civil– nos fuerza a la indicada conclusión, porque ninguna relación guarda con el éxito o fracaso de la actividad empresarial el posible subsidio de incapacidad temporal que pueda haber percibido el trabajador autónomo».

Pues bien, de entrada, debe matizarse que la STS 4ª, de 16 de julio de 2012 en la que se basa la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018, objeto de análisis, establece literalmente lo siguiente, en referencia a la STS 4ª, de 5 de julio de 2000 (núm. rec. ud. 4415/1999), F.D. 4º: «“lo que realmente se repara [con el subsidio de incapacidad temporal en tal situación de no alta] es la situación del trabajador, que le impide aceptar ofertas de empleo adecuadas”; o simplemente trabajar» (F.D. 2º). Por consiguiente, ninguna referencia se hace a que dicha «situación del trabajador» se vincule a la reparación de la situación patológica del trabajador. Y, por ello, no se entiende la quiebra que respecto a la naturaleza y función del subsidio de incapacidad temporal se lleva a cabo por la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018, objeto de análisis, más si cabe cuando se reconoce que «se ha dicho por esta Sala que tiene naturaleza de renta sustitutoria, en tanto que “la finalidad del subsidio no es otra que la de suplir con la falta de rentas derivada de una situación de baja laboral” (SSTS de 2 de octubre de 2003, núm. rec. ud. 3605/2002; de 6 de julio de 2006, núm. rec. ud. 510/2005; de 1 de abril de 2009, núm. rec. ud. 516/2008)».

A mayor abundamiento, tampoco se entiende la matización que se hace al referirse a «los efectos que aquí interesan», pues la naturaleza y función del subsidio de incapacidad temporal, concordante con la jurisprudencia que la propia STS 4ª, de 14 de marzo de 2018 menciona, es única para todo el Sistema de Seguridad Social, y no cabe aquí interpretación en contrario posible por ningún tribunal, ya que lo contrario supondría vulnerar la legalidad vigente.

Ciertamente, de cara a comprender la función del subsidio de incapacidad temporal como contingencia protegible por el Sistema de Seguridad Social hay que partir de la idea de que la situación de incapacidad temporal tiene lugar como consecuencia de la actualización de un riesgo (enfermedad o accidente). La materialización de dicho riesgo produce una alteración en la salud. Una alteración que es identificable con la «situación patológica» a la que alude la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018, en la medida en que lo «patológico» se define, en su segunda acepción, por el Diccionario de la lengua española, como aquello «que denota enfermedad o que la implica». Precisamente, al respecto, es la asistencia sanitaria la que trata de cubrir la mejora de la salud del trabajador y de sus familiares, así como evitar los grandes desembolsos que un tratamiento sanitario lleva consigo, como pueden ser los gastos médicos y farmacéuticos. Pero, la alteración de la salud, además de crear el problema de aumento de gastos, paralelamente y como consecuencia de aquella alteración, puede ocasionar una imposibilidad para trabajar⁴⁴. Pues bien, es esta imposibilidad para trabajar la clave para encontrarse en situación de incapacidad temporal, y la razón que justifica el subsidio de incapacidad temporal, de tipo económico. Se trata de cubrir la falta de recursos económicos. Esos ingresos, que venía percibiendo el trabajador y que, como consecuencia de un accidente

⁴⁴ Téngase en cuenta que el artículo 169.1 del TRLGSS establece como nota característica de la incapacidad temporal el hecho de encontrarse «impedido para el trabajo».

o una enfermedad, deja de obtener. De ahí que una de las características del subsidio de incapacidad temporal sea la de ser sustitutiva de las rentas de trabajo⁴⁵.

Por todo ello, se entiende que decae la interpretación realizada por la STS 4ª, de 14 de marzo de 2018, y, por el contrario, se considera acertado lo señalado por la STSJ de Andalucía/Granada 4ª, de 15 de septiembre de 2016, objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina que da lugar a aquella. En efecto, dicha STSJ concluye que «es evidente que lo que recibe [el trabajador autónomo] en dicho período de tiempo, en que su negocio no ha tenido actividad por no poder ser llevado por (...) [su enfermedad], sustituye las ganancias o ingresos que el mismo debió tener y tiene su fuente, indirectamente, en su cualidad de trabajador RETA e incapacidad por enfermedad común de ejercicio. Se trata en suma, de una renta sustitutiva del rendimiento de su trabajo y, por ello mismo, ha de computarse en el impuesto de las personas físicas y, por traslación, en la que cuantifica las pérdidas que posibilitan el acceso a la prestación [por cese de actividad]» (F.D. 1º).

Además, a ello hay que añadir que, dentro de la lógica del artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia⁴⁶, y en sintonía con lo preceptuado por el artículo 4.3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada⁴⁷, es posible que el trabajador autónomo en situación de incapacidad temporal contrate a un trabajador interino y con ello mantenga su actividad o negocio. Sin duda, se trata de un elemento clave para valorar, entre otros factores, su imputabilidad o inimputabilidad respecto a las pérdidas de su negocio.

Y, por último, de cara a computar lo percibido como subsidio de incapacidad temporal entre los ingresos a considerar a efectos de la prestación por cese de actividad, basta con aplicar analógicamente, sin necesidad de salir de la lógica propia del Sistema de Seguridad Social, lo dispuesto por el artículo 363.5 del TRLGSS, en materia de pensión de invalidez no contributiva, en tanto en cuanto se consideran computables para determinar la carencia de rentas o ingresos suficientes del beneficiario los ingresos de naturaleza prestacional.

⁴⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, 3ª edición, pp. 139-140. Asimismo, haciendo hincapié en la idea de que el subsidio por incapacidad temporal es sustitutivo e incompatible con las rentas de trabajo ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Civitas, 2000, 17ª edición, p. 259.

⁴⁶ BOE de 22 de octubre de 2003, núm. 253.

⁴⁷ BOE de 8 de enero de 1999, núm. 7.

La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018

The qualification of the dismissal of employees in situations of 'long-term' temporary disability in the current doctrine of the Supreme Court: Supreme Court Sentence of March 15, 2018

JOSEP MORENO GENÉ¹

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

Resumen

Tras la STJUE de 11 de abril de 2013, desde diferentes foros doctrinales y judiciales enseguida se consideró que este pronunciamiento necesariamente debía impactar en el tratamiento que hasta el momento habían recibido las extinciones contractuales que tuvieran como principal motivación la enfermedad del trabajador, cuando la misma pudiera ser asimilada a una discapacidad, de modo que un despido basado en la alteración de la salud del trabajador ya no debería ser calificado como improcedente sino nulo. Pese al inicial desencanto que han podido provocar los primeros pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo en esta materia a todos aquellos que defienden un tratamiento distinto del despido sin causa legal del trabajador en situación de incapacidad temporal, el Alto Tribunal sí parece haber recepcionado de algún modo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al haber incorporado el factor tiempo, es decir, la duración de la incapacidad temporal, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. En este contexto se incardina precisamente la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario, la cual, a pesar de no apreciar en el supuesto enjuiciado una enfermedad asimilable a discapacidad, abre la puerta a considerar que ello hubiera sido así si se hubiera acreditado “una situación duradera de futuro” de la incapacidad temporal en la cual se encontraba la trabajadora.

Abstract

After the European Court of Justice ruling of April 11, 2013, from different doctrinal and judicial forums it was immediately considered that this ruling must have an impact on the treatment that had been received until the contract terminations (mainly due to the employee's illness) when this could be equated to a disability. Thus a dismissal based on the employee's poor health should no longer be qualified as wrongful or unfair dismissal. Despite the initial disenchantment that the first rulings issued by the Supreme Court in this matter provoked in all who defend treatment different from that for unfair dismissal for employees on temporary disability, the High Court does seem to have in some way recognised the European Court of Justice doctrine. The time factor, that is, the duration of temporary disability, has been incorporated when equating this situation with that of disability. In this context, the Supreme Court ruling of March 15 2018 which is the subject of this comment is precisely incorporated. Despite not assessing an illness similar to a disability in the prosecuted case, the court still considered that this would have been the case had it deemed the worker's temporary disability “a lasting future situation”.

Palabras clave

Discapacidad; enfermedad de larga duración; despido; discriminación; Directiva 2000/78/CE

Keywords

Disability; long-term illness; dismissal; discrimination; Directive 2000/78/EC

¹ El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

1. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE EN TORNO A LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Aunque nunca ha dejado de mantenerse una cierta controversia sobre la calificación jurídica que debe merecer el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal (en adelante, IT), ha sido en los últimos años, fundamentalmente a raíz de diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), cuando la misma está alcanzando su punto álgido.

Este debate encuentra su origen en la reforma laboral del año 1994 que vino a suprimir como causa de nulidad del despido el efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo cuando el mismo no resultaba procedente. Pese a ello, numerosas resoluciones judiciales de instancia y de suplicación siguieron calificando como nulos los despidos de los trabajadores en situación de IT que no estuvieran amparados en una causa legal, por considerarlos discriminatorios. A tal efecto, entre otros argumentos, se mantenía que la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral deberían ser considerados con carácter general un factor de discriminación inadmisible en el art. 14 CE.

Este planteamiento, sin embargo, no fue secundado por el Tribunal Supremo que vino a considerar que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”². En consecuencia, el Alto Tribunal ha sido muy reacio a calificar estos supuestos como nulos, calificándolos, por el contrario, como improcedentes cuando no quede acreditada la causa del despido, con excepción de aquellos supuestos en que la enfermedad esté vinculada con algún factor discriminatorio, a saber, el sexo o la discapacidad, o con algún derecho fundamental. Este posicionamiento, a su vez, ha quedado convalidado constitucionalmente, por no considerarse que se oponga al art. 14 CE la opción legislativa de considerar improcedente y no nula la extinción del contrato de trabajo del trabajador enfermo si su dolencia no se encuentra entre las estigmatizadas socialmente, aunque pueda tratarse de una enfermedad crónica (STC 62/2008, de 26 de mayo)³.

Esta doctrina se ha mantenido prácticamente inalterada hasta que en fechas relativamente recientes han irrumpido en este debate diferentes pronunciamientos del TJUE. A tal efecto, estas resoluciones judiciales parecen haber ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE), al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no– generen

² Vid. STS de 29 de enero de 2001 (RJ\2001\2069), STS 23 de septiembre del 2002 (RJ\2002\1923), STS de 12 de julio de 2004 (RJ\2004\7075), STS de 23 de mayo de 2005 (RJ\2005\9656), STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ\2008\1183), STS de 11 de diciembre de 2007 (RJ\2008\2884), STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ\2008\1621), STS de 13 de febrero de 2008 (RJ\2008\2900), STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\5533), STS de 27 de enero de 2009 (RJ\2009\1048) y STS de 12 de julio de 2012.

³ RTC\2008\62.

limitación en el trabajo. A partir de estas consideraciones, el despido del trabajador enfermo podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el citado art. 2.2.b, cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas”.

A tal efecto, cabe recordar que la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por el de discapacidad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A tal efecto, el art. 2.1 de la Directiva prevé que a los efectos de la misma se entenderá por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos citados en la Directiva, entre los que se incluye la discapacidad.

A partir de estas premisas, se plantea la cuestión de si el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede constituir o no una discriminación directa o indirecta contra las personas discapacitadas en los términos expuestos en el art. 2.1 de la citada Directiva, no en vano, como se acaba de indicar, el trabajador discapacitado debe ser protegido contra cualquier forma de discriminación. En primer lugar, por lo que respecta a la posibilidad de que el referido despido del trabajador pueda constituir una discriminación directa contra las personas discapacitadas, cabe recordar que el art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE establece que “existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1”, entre los cuales, como ya se ha indicado, se encuentra la discapacidad. Pues bien, a partir de esta descripción de lo que deba entenderse por discriminación directa, cabe concluir que el régimen jurídico del despido se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad y, por tanto, no cabe considerar que esta disposición normativa establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad.

En segundo lugar, por lo que respecta a la posibilidad de que el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal pueda constituir una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, cabe recordar que el art. 2.2 b) de la Directiva establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas”. En precisamente en este punto donde el TJUE mantiene que estos despidos podrían integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, puesto que aun tratándose de una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra, ocasionaría una desventaja particular a las personas con discapacidad, puesto que las mismas estarían más expuestas al riesgo de sufrir estos despidos.

En este contexto, la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) mantiene que “el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la

persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”⁴.

Esta interpretación de lo que deba entenderse por “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78/CE y que ahora pasa a comprender también la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, constituye una evolución de la anterior doctrina del TJUE sobre esta materia, recogida en la Sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), que diferenciaba más nítidamente el concepto de “enfermedad” y el de “discapacidad”, lo cual permitía concluir que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, no en vano, los motivos de discriminación recogidos en el art. 1 de la citada directiva constituyen una lista cerrada y exhaustiva, que no puede ampliarse a otros motivos de discriminación⁵.

Esta evolución del concepto de discapacidad encuentra su fundamento en la ratificación por parte de la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptado el 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 1 dispone que son personas con discapacidad aquellas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

Posteriormente, la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi) ha intentado precisar en qué supuestos una enfermedad puede ser calificada como de larga duración y, en consecuencia, ser equiparada a la situación de discapacidad. Con esta finalidad, el TJUE ha fijado los siguientes criterios: “El hecho de que el interesado se halle en situación de IT, con arreglo al Derecho Nacional, de duración incierta, (...) no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de “duradera”, con arreglo a la definición de “discapacidad mencionada por esa Directiva (...) Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Al comprobar ese carácter “duradero”, el juzgador remitente debe basarse en todos los elementos objetivos

⁴ Un comentario de esta resolución en CUBA VILA, B.: “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: medidas de ajuste razonable”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014.

⁵ De esta opinión, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013. Muy contundente al respecto se pronuncia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 1, 2015, pág. 6, al concluir que dicha sentencia “a pesar de que no se afirme expresamente, lleva a cabo una verdadera rectificación de lo señalado en la sentencia Chacón-Navas, lo que supone un cambio de enorme relevancia conceptual, sobre todo en los Estados en los que se niega la equiparación entre enfermedad y discapacidad (España, Alemania e Italia), que da lugar a una multiplicidad de consecuencias prácticas en diversas materias”. Vid. también, GÁLVEZ DURÁN, S.: “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSLabor*, núm. 3, 2015, pág. 14.

de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”⁶.

La saga de sentencias dictadas por el TJUE sobre esta materia no se agota en las anteriormente citadas, sino que cabe añadir otras que no hacen más que ahondar en los posicionamientos ya expuestos⁷, siendo la más reciente la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero), que plantea ciertas dudas sobre la adecuación de la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE, al considerar que “el art. 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”⁸.

Como cabía esperar, la irrupción de esta novedosa pero al mismo tiempo imprecisa doctrina del TJUE, ha suscitado una gran litigiosidad, no en vano, la acreditación en cada caso concreto del carácter incierto de la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT o la determinación de cuándo la misma debe considerarse suficientemente prolongada a efectos de su asimilación a la discapacidad resultan ciertamente complejas. En este debate se incardina, precisamente, la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario⁹.

⁶ Para un análisis de esta sentencia vid. DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daoudi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017; DUEÑAS HERRERO, L.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daoudi de 01-12-2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daoudi”, *Trabajo y Derecho*, núm. 28, 2017; GÓMEZ SALADO, M.A.: “Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, págs. 69 y ss. y SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*. CEF, núm. 406, 2017.

⁷ Una sistematización de todas estas resoluciones puede consultarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2018.

⁸ Un comentario de dicha sentencia en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas: ¿una cuestión europea de determinación nacional? STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero (JUR 2018, 16903)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 207, 2018, págs. 341 y ss.; ITURRI GÁRATE, J.C.: “Volverá la obesidad al Tribunal de Luxemburgo? El asunto Ruiz Conejero”, *Ciudad del Trabajo*, núm. 5, 2018, págs. 77 y ss. y MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52 d) ET pasa «rozando» el filtro de la Directiva 2000/78 (Comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018), Asunto Ruiz Conejero”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, págs. 141 y ss.

⁹ RJ2018/1403.

2. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: STS DE 15 DE MARZO DE 2018

2.1. El supuesto litigioso y la solución de instancia

En el supuesto enjuiciado por la STS de 15 de marzo de 2018 nos encontramos ante una trabajadora contratada por tiempo indefinido y a jornada completa por una empresa dedicada a la actividad económica de prestación de multiservicios con fecha de 14 de febrero de 2011.

La trabajadora inicia un proceso de IT en fecha de 13 de octubre de 2014, con diagnóstico de trastorno depresivo grave, EPI. Recurrente, que se extiende hasta el 12 de octubre de 2015, en que la misma es dada de alta por agotamiento del plazo máximo de la incapacidad.

Con fecha de 31 de julio de 2015, encontrándose la referida trabajadora aún en situación de IT, es despedida por la empresa que alega para ello la causa prevista en el art. 54.1 e) ET, es decir, por “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, indicándose en la carta de despido, entre otros extremos que el despido se debe a que “desde el 1 de mayo de 2014 hasta el día de hoy Ud. ha estado de alta en la empresa (...) un total de 453 días de los cuales exclusivamente ha estado en disposición de prestar sus servicios de forma efectiva durante un período de 164 días”. A lo cual se añade que “esta situación evidencia un notable rendimiento laboral inferior al pactado e implica una pérdida de rentabilidad y productividad para la empresa (...) lo que motiva que nos resulte inviable mantener su contrato de trabajo de conformidad con el art. 54.2 c) ET”.

La trabajadora reacciona ante su despido interponiendo la correspondiente demanda, la cual es estimada en instancia por el Juzgado de lo Social de Lugo, el cual en su sentencia de 16 de diciembre de 2015 procede a declarar la nulidad del despido efectuado, en base a la consideración de que el despido por enfermedad asimilada a discapacidad es discriminatorio y por lo tanto nulo.

2.2. La sentencia de suplicación

La sentencia de instancia es recurrida en suplicación por la empresa alegando al respecto la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales que motive la nulidad de la decisión extintiva, considerando que en el supuesto enjuiciado únicamente concurre un rendimiento laboral inferior al pactado. El recurso de suplicación es resuelto mediante la STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016¹⁰.

Ante esta reclamación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (en adelante, TSJ Galicia) fija el término del debate jurídico en los siguientes términos: debe determinarse si en nuestro ordenamiento jurídico incluyendo aquí sus distintos niveles, también el derivado del derecho comunitario, existe una prohibición de discriminación por enfermedad aplicable al concreto caso que nos ocupa. De existir la prohibición de discriminación y de concurrir indicios de ella en este caso, la calificación como nulo del despido disciplinario de la parte

¹⁰ JUR\2016\170456.

actora realizado por la sentencia de instancia será ajustada a derecho, pues consta pacíficamente que la falta de prestación de servicios imputada a la parte actora en la carta trae causa, en esencia, de la situación de IT y de la enfermedad de la que la misma deriva.

Para responder a la cuestión planteada, el Tribunal repasa el marco jurídico aplicable al supuesto enjuiciado, acudiendo, como no podía ser de otro modo, a la Directiva 2000/78/CE, al art. 14 CE, a los arts. 4.2 c), 17 y 55 ET, al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Real Decreto Legislativo 1/2003) y a la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad.

Asimismo, el Tribunal también acude a diferentes pronunciamientos judiciales del TJUE dictados en interpretación de la Directiva 2000/79/CE, en especial, a la anteriormente citada STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), la cual considera que matiza el criterio sobre esta materia adoptado en su momento por la STJUE de 11 de julio de 2006; a diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional, en especial, la STC 62/2008, que a criterio del Tribunal deja abierta la puerta a vincular discriminación y enfermedad; a la doctrina del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de 25 de noviembre de 2014 y de 20 de mayo de 2015, en las que, aunque de un modo muy tenue, parece darse acogida, aunque con escasos resultados, a la nueva doctrina dictada por el TJUE; y, finalmente, a resoluciones dictadas por diferentes TSJ que ya han incorporado los nuevos criterios sentados por el TJUE, como es el caso de la sentencia de la propia Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 o de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2014, sin perjuicio de reconocer que otras Salas de lo Social mantienen al respecto otros criterios distintos, como es el caso de la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014.

A partir del análisis del marco normativo y de la doctrina de los diferentes Tribunales aplicables al caso, el TSJ de Galicia procede a confirmar el pronunciamiento de instancia y, por tanto, la nulidad del despido llevado a cabo en tanto que el mismo ha de considerarse discriminatorio por enfermedad asimilada a discapacidad en aplicación de los criterios sentados por el TJUE a partir de su sentencia de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring).

Para el TSJ de Galicia, a partir de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) ya no es posible mantener una rígida separación entre enfermedad y discapacidad, reservando la tutela discriminatoria solamente para la segunda de las categorías. A tal efecto, se indica que, si bien se mantiene la regla o principio general de que el despido por enfermedad o situación de IT vinculada con la misma no comporta discriminación, “tal regla general ha de admitir una nueva excepción o matización que se suma a otras ya formuladas por la jurisprudencia”, en particular, la enfermedad asimilada a discapacidad.

Para poder identificar una enfermedad asimilada a discapacidad a los efectos de que la misma llegue a constituir causa de discriminación y permita activar la correspondiente tutela judicial, el TSJ de Galicia exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Una enfermedad diagnosticada, siendo indiferente su calificación como curable o incurable.

b) Que dicha enfermedad acarree “una limitación, derivada en particular de dolencia físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impartir la participación plena y efectiva... en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

c) Que tal limitación sea de “larga duración”.

Pues bien, aplicando este test al supuesto enjuiciado, el TSJ de Galicia considera que los mismos concurren plenamente, no en vano, en cuanto al primero de ellos, al tiempo del despido la actora estaba diagnosticada de un “trastorno depresivo grave, EPI, recurrente”; respecto al segundo, la referida dolencia psíquica le ocasionaba limitaciones que impedían la participación plena y efectiva de la trabajadora en su actividad laboral como limpiadora, como lo prueba el hecho de que inició un proceso de IT, del que es uno de los requisitos encontrarse impedido para el trabajo; y, finalmente, respecto al tercer requerimiento indicado, es decir, la larga duración, se extrae de la propia duración de la IT que se extiende desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, en el que dicho proceso concluyó por agotamiento del plazo, de modo que en el momento del despido la trabajadora llevaba más de nueve meses de IT, situación que se prolongó después del despido, sin que conste, por lo demás, curación. A todo ello, cabe añadir que, según el Tribunal, el carácter de “recurrente” con que fue calificada la dolencia, abunda en el cumplimiento del requisito que nos ocupa. Pero es que, además, se constata que la duración de la IT en el supuesto enjuiciado resulta equiparable e incluso es mayor que las que dieron lugar al pronunciamiento del TJUE en su sentencia de referencia.

Todo ello permite concluir al TSJ de Galicia que en el supuesto enjuiciado nos encontramos ante un supuesto de enfermedad asimilada a discapacidad y, por ello, ha de entrar en juego la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva 2000/78/CE. En aplicación de la misma, el Tribunal mantiene que, en el supuesto enjuiciado, además de concurrir en la trabajadora una enfermedad asimilada a discapacidad, existen indicios de que la decisión empresarial de despido pudiera ser discriminatoria por razón de enfermedad asimilada a discapacidad, puesto que en la propia carta de despido se refleja la falta de prestación de servicios de la actora que deriva de una situación de IT como hecho motivador de la decisión empresarial. En este punto, correspondería a la empresa acreditar la concurrencia de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la decisión extintiva y de su proporcionalidad; sin embargo, como constata el Tribunal, no consta justificación alguna de esta decisión, más allá de la causa de despido disciplinario invocada en la carta, que no concurre de forma manifiesta, no en vano, la causa invocada alude a la disminución del rendimiento calificable, entre otros requisitos, de voluntaria, lo que no es predicable del supuesto enjuiciado dada la situación de IT de la trabajadora.

Todo ello lleva al TSJ de Galicia a considerar que el despido acaecido debe ser calificado de nulo, al amparo del art. 55 ET y en el mismo sentido podrían ser invocados los arts. 108.2 LRJS y 35.5 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en relación con el art. 17 ET.

2.3. La sentencia de contraste

La STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016 es recurrida en casación por parte de la empresa, la cual invoca como sentencia de contraste la del TSJ de Cataluña de 1 de julio de

2014¹¹. Se da la curiosidad de que dicha resolución judicial ya había sido citada por la sentencia ahora recurrida como un ejemplo de doctrina judicial que contenía un criterio divergente con el adoptado por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, con lo cual, en cierto modo, estaba indicando a la parte empresarial la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de casación en unificación de doctrina, tal vez, con la voluntad de que el Tribunal Supremo tuviera una nueva posibilidad de repensar su doctrina a la luz de la nueva doctrina del TJUE.

En la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 también nos encontramos ante el despido de una trabajadora en base a lo previsto en el art. 54.2 e) ET, es decir, por disminución de su rendimiento, que según la empresa “viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd. en períodos anteriores”, así como también, en base a lo previsto en el art. 54.2 d) ET, es decir, por transgresión de la buena fe contractual.

Dicho despido de la trabajadora se produjo el 11 de marzo de 2013, después de que la trabajadora hubiera sufrido un accidente de tráfico camino del trabajo, que le provocó un “latigazo cervical”, dando lugar a su baja por IT, que se extendió hasta que la trabajadora fue posteriormente dada de alta médica el día 28 de marzo de 2013. Llama la atención al efecto que, en fecha de 11 de marzo de 2013, cuatro de las trabajadoras adscritas al servicio “campana Planeta” (de un total de nueve) estaban en situación de IT, lo que comportó que la dirección de la empresa decidiera a propuesta de la supervisora, el despido de las cuatro, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio.

La trabajadora reacciona ante el referido despido interponiendo la correspondiente demanda, que es estimada íntegramente en instancia y, en consecuencia, se declara la nulidad del despido efectuado por concurrir vulneración de los arts. 24.1 CE, 14 y 15 CE (por indefensión y discriminación en el despido y lesión al derecho a la integridad física).

Frente a la sentencia dictada en instancia, la empresa interpone recurso de suplicación con la única intención de que se revoque la declaración de nulidad del despido de la trabajadora acordado por la empresa en situación de baja por IT derivada del accidente laboral *in itinere* sufrido por la misma y que dicho despido sea declarado únicamente como improcedente por ser ficticia la causa formalmente alegada por la empresa en la carta. Esta petición es finalmente estimada por la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 que procede a revocar la nulidad del despido acaecido y declarar la improcedencia del mismo.

Para llegar a esta conclusión, el TSJ de Cataluña se centra en el análisis de los efectos que cabe atribuir al despido de la trabajadora motivado en su situación de IT derivada del accidente *in itinere*. Para ello, el Tribunal recuerda la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, recogida entre otras en su sentencia de 29 de enero de 2001 que, como ya se ha indicado a lo largo de este comentario, en supuestos como el ahora planteado aboga de forma general por declarar la improcedencia del despido y no su nulidad.

Por lo que respecta al impacto que sobre dicha doctrina haya podido tener la tantas veces referida STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), el TSJ de Cataluña

¹¹ AS\2014\2723.

mantiene el criterio ya fijado en resoluciones anteriores de que a partir de dicha resolución “no se había producido tal alteración hermenéutica, ni la nueva sentencia producía una mutación en la aplicación normativa realizada en la precedente”. A tal efecto, se mantiene que en todos los supuestos analizados por el TJUE, tanto en cuanto a supuestos de protección frente a la discriminación, como respecto de la discriminación directa e indirecta, se parte siempre de una precisión previa, cual es que “la enfermedad que debe examinarse no es la enfermedad pura y simple, o en palabras del Tribunal Europeo “en cuanto tal”, que no está comprendida en la protección contra la discriminación de la Directiva 2000/78, sino que la única que comprende tal protección es la enfermedad que produce una discapacidad”.

A partir de estas premisas, para el supuesto enjuiciado en la STSJ de Cataluña 1 de julio de 2014 se mantiene que “dado que el propio juzgador “a quo” ha señalado (...) que no había quedado acreditado que el despido se realizó por temor o prevención de que la demandante pudiera quedar parcialmente discapacitada para su trabajo, el análisis del carácter discriminatorio de aquél deberá centrarse únicamente en que lo fue por causa de su situación de IT derivada de accidente *in itinere* y por lo tanto ninguna infracción de tal sentencia se ha realizado”.

Por todo ello, la resolución concluye que la calificación del despido efectuado no puede ser otra que la de improcedencia, en tanto que la decisión de despedir a la trabajadora en situación de IT no comporta una actuación dirigida a atacar su salud o recuperación sino el derecho al trabajo, es decir, a gozar de la suspensión del contrato durante la situación de baja por enfermedad o accidente, regulada en el art. 45.1 c) ET.

La STSJ de Cataluña 1 de julio de 2014, sin embargo, contiene un interesante voto particular, formulado por la Magistrada Matilde Aragón Gassiot, al que se adhieren otros cuatro magistrados, que tras realizar un exhaustivo recorrido por la normativa nacional e internacional y la doctrina del TJUE concluye que “la valoración en el sentido de que “discapacidad” es aplicable a la persona catalogada con un grado de más del 33% y “enfermedad” otro concepto diferente –no susceptible de ser incluido en la tutela antidiscriminatoria del artículo 14 CE y 17 ET–, es un criterio que ya no es sostenible, ya que ciertas enfermedades graves o de larga duración, son o pueden ser efectivamente equiparables a discapacidad, de acuerdo con la definición de la Convención de NNUU de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, referente con el que se tiene que interpretar la Directiva 2000/78/CE”. En otros términos se mantiene que “con el nuevo concepto de discapacidad, efectivamente hay enfermedades que tienen que gozar de la protección de la tutela antidiscriminatoria del artículo 17 ET y 14 CE, con las consecuencias del artículo 55.5 ET”.

A partir de estas consideraciones, el voto particular se plantea si las mismas resultan aplicables al supuesto enjuiciado, teniendo en cuenta, además, que la situación de la trabajadora despedida es similar al previsto en la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring). A tal efecto, se recuerda que la empresa despide a la trabajadora a los diez días de haber sufrido un latigazo cervical por accidente de tráfico, diagnóstico que es incierto respecto a la evolución de la patología pero en todo caso no es leve, puesto que al cabo de los 6 meses la trabajadora aún ha precisado rehabilitación. Por todo ello, el voto particular considera adecuada la valoración de que se trata de una enfermedad de larga duración, causante de una dolencia física que no permite incorporarse al trabajo, equivalente a una

genérica definición de discapacidad. En consecuencia, la decisión de despedir a la trabajadora, por el único motivo de haber causado baja médica por esta causa, vulnera a criterio del voto particular el derecho fundamental de la trabajadora, debiendo ser declarado nulo el despido, por así establecerlo el art. 55.4 ET.

2.4. La doctrina del Tribunal Supremo

El recurso de casación planteado contra la STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016 es resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de marzo de 2018, objeto de este comentario.

Como no podía ser de otro modo, la primera cuestión que se plantea el Alto Tribunal es si se ha producido la necesaria contradicción entre las resoluciones expuestas, respondiéndose al respecto de forma afirmativa en base a que en ambos supuestos las trabajadoras se encontraban en situación de IT cuando fueron despedidas con la única diferencia de que en la sentencia de contraste el despido se produjo a los diez días de iniciada aquella situación mientras que en la sentencia recurrida se comunica la extinción del contrato cuando ha transcurrido un período superior sin agotar el máximo de IT.

Una vez admitido el recurso, el Tribunal constata que con la interposición del mismo la empresa pretende la revocación de la declaración de nulidad del despido que tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ de Galicia han justificado en su condición de discriminatorio, en base a la noción de discapacidad que en ambos casos se extrae de la doctrina emanada del TJUE en su interpretación de la Directiva 2000/78/CE.

El análisis de la cuestión planteada, como no podía ser de otro modo, se apoya en los hechos probados y, en particular, en que se ha producido el despido de una trabajadora en situación de IT que se ha prolongado con posterioridad al despido en base a un “notable rendimiento laboral inferior al pactado” debido a que desde el 1 de mayo de 2014 hasta el día de hoy (31-7-2015) ha estado en alta en la empresa un total de 453 días de los cuales exclusivamente ha estado en disposición de prestar sus servicios en forma efectiva durante 164 días”, así como también, en la constatación de que en tanto que no consta en el relato histórico ningún otro período de ausencia por enfermedad o por otras causas “se entiende que la inasistencia al trabajo es la debida a la baja por IT iniciada el 13-10-2014 y no concluida en la fecha de la extinción del contrato”.

A partir de estas premisas, el Alto Tribunal pone de manifiesto que “lo injustificado del despido disciplinario es del todo evidente ya que ninguna responsabilidad por incumplimiento cabe imputar a la trabajadora cuando su ausencia se halla amparada por una incapacidad temporal”. Ahora bien, para estos supuestos, constata que el art. 55.4 ET otorga la calificación de improcedencia al despido en el que no se acredita el incumplimiento, reservándose únicamente la declaración de nulidad de manera específica en sus apartados a y b del punto 5 a supuestos específicamente protegidos y de manera general en el encabezamiento del punto 5 en supuestos de discriminación prohibidos en la Constitución, en ninguno de los cuales se encuentra comprendida la situación de la demandante.

Pese a ello, el Tribunal Supremo aún se plantea si es posible que el supuesto enjuiciado se halle incluido en la noción de discriminación resultante de la vulneración de la

Directiva 2000/78/CE. En este punto, el Tribunal Supremo es concededor del impacto que ha tenido la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia, como lo prueba el hecho de que la misma haya sido invocada por la sentencia recurrida y por la de contraste con resultados totalmente opuestos. Por ello, el Alto Tribunal analiza dicha jurisprudencia y hasta que punto la misma puede incidir de algún modo en la resolución del supuesto enjuiciado. A tal efecto, el Tribunal acude a sus pronunciamientos más recientes en los que ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que las últimas resoluciones del TJUE han podido tener en esta materia, entre las que cabe citar las sentencias de 3 de mayo de 2016 y de 21 de septiembre de 2017. A tal efecto, el Alto Tribunal constata que dichas resoluciones ya se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de junio de 2006 y el 13 de abril de 2013, a las que cabe añadir además la posterior sentencia de 18 de enero de 2018.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo se remite especialmente a su sentencia de 21 de septiembre de 2017. En la misma, tras recordar el contenido del art. 1 de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina contenida en la STJUE de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), que sobre el concepto de discapacidad a los efectos de la citada directiva establece lo siguiente: a) que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39); b) que el concepto de discapacidad es el siguiente: “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe de la vida profesional (40); c) que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto de discapacidad y enfermedad (44); d) que para que la limitación al trabajo puede incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la posibilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45); e) que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 2000/78/CE para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47); y f) que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51).

Específicamente, sobre la cuestión sobre si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el Tribunal Supremo recuerda que la STJUE de 11 de julio de 2006 considera: a) que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad “en cuanto tal”; b) que la enfermedad “en cuanto tal” no puede considerarse un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos.

A partir de estas premisas, el Tribunal Supremo considera que la dicción de “la enfermedad en cuanto tal”, o sea, considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y, por tanto, protegida por la Directiva.

En este punto, el Alto Tribunal incorpora las previsiones contenidas en la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), que lleva a cabo una interpretación de la

Directiva 2000/78/CE acorde con la Convención de la ONU sobre discapacidad ratificada por la Unión Europea. A tal efecto, se recuerda que la referida Convención reconoce en su considerando e) que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. En base a lo cual, el art. 1, párrafo segundo, de la citada Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En este contexto, el Tribunal Supremo constata que la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), siguiendo la pauta establecida por la citada Convención de la ONU señala que “el concepto de “discapacidad” debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. A partir de esta premisa, el TJUE considera que “si una enfermedad, curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78”.

Por el contrario, como recuerda el Tribunal Supremo, a criterio del TJUE “una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78”. No en vano, la enfermedad “en cuanto tal” no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación.

Para concluir la exposición de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo cita la posterior STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), dictada también en un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de IT, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 2000/78/CE, asignándole a tal efecto un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias.

A partir de este recordatorio de la reciente doctrina del TJUE, la STS de 15 de marzo de 2018 procede a sintetizar la evolución sufrida por la misma en los siguientes términos: “resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre “la enfermedad en cuanto tal” y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esta situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad”.

A partir de esas premisas, el Tribunal Supremo ya está en disposición de dar respuesta al supuesto enjuiciado estableciéndose al respecto que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C-270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debida a “enfermedades atribuidas a la discapacidad de este trabajador” sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones”.

En base a este razonamiento, el Alto Tribunal concluye que “no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora”.

3. LAS REITERADAS RETICENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO A DECLARAR LA NULIDAD DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL ASIMILABLE A DISCAPACIDAD

Tras la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), desde diferentes foros doctrinales y judiciales enseguida se consideró que este pronunciamiento necesariamente debía impactar en el tratamiento que hasta el momento habían recibido las extinciones contractuales que tuvieran como principal motivación la enfermedad del trabajador, cuando la misma pudiera ser asimilada a una discapacidad, de modo que un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no debería ser calificado como improcedente sino nulo y la extinción del contrato por causas objetivas que tomara en consideración las ausencias intermitentes del trabajador que tuvieran su causa en la enfermedad asimilada deberían merecer esta misma calificación. En esta línea parecía manifestarse, aunque sin entrar en el fondo del asunto, la STS de 25 de noviembre de 2014 al afirmar que a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) hay que matizar o precisar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación¹².

Pese a ello, en la primera oportunidad en que el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de enfrentarse a esta materia tras la referida sentencia del TJUE, no satisfizo en absoluto las expectativas creadas al respecto¹³. A tal efecto, la STS de 3 de mayo de 2016, al conocer del

¹² RJ2015/27. De la misma opinión, MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reveses comunitarios a la reforma laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 398, 2016, pág. 150, se refiere a la “aceptación del Tribunal Supremo, si bien aplazada de momento, por razones procesales”. Vid. también, GÁLVEZ DURÁN, S.: “El despido basado en la enfermedad...” cit. pág. 23.

¹³ De forma muy expresiva, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las definiciones de “discapacidad” y “ajustes razonables” en la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido”, *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 129, señala que “todavía resulta más desalentador que el propio TS se sitúe en la interpretación obsoleta del concepto de discapacidad en una bastante reciente sentencia dictada en unificación de doctrina de 3 de mayo de 2016”.

despido de una trabajadora de baja por un accidente *in itinere*, confirma el criterio de suplicación y mantiene que se trata de un despido improcedente y no nulo. En concreto, en esta resolución, tras exponerse la doctrina que emana de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), el Tribunal Supremo mantiene que “a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica del 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. En consecuencia, para el Alto Tribunal, el despido enjuiciado, “no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo” de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring).

Posteriormente, la STS de 21 de septiembre de 2017¹⁴, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015¹⁵, también frustró las expectativas creadas al respecto, al concluir de forma lacónica que en el supuesto enjuiciado, ni por referencia a las previsiones del art. 52 d) ET, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que sustentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante, revocando de este modo la referida sentencia dictada en suplicación.

Pese al inicial desencanto que han podido provocar estos pronunciamientos del Tribunal Supremo a todos aquellos que defienden un tratamiento distinto del despido sin causa legal del trabajador en situación de IT, el Alto Tribunal sí parece haber recepcionado de algún modo la doctrina del TJUE al haber incorporado el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. Ello se deduce, por ejemplo, del hecho de que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de mayo de 2016, al resolver el supuesto enjuiciado, se refiera de un modo expreso a la corta duración de la incapacidad, de únicamente diez días, de lo que parece desprenderse que, si la duración de la incapacidad hubiera sido más larga, hubiera podido equipararse a la discapacidad y, en consecuencia, hubiera recibido un tratamiento distinto¹⁶. Esta percepción sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia se recoge de forma expresa en la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018¹⁷ cuando indica que “como empieza a apuntar el TS, en la STS de 3 de mayo de 2016, el hecho de que haga referencia a la corta duración de la IT

¹⁴ RJ/2017/4307. Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J.: “El difícil recurso a la “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017, págs. 163 a 186. Vid. también, un comentario muy crítico de la misma en MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “Caso Ring””, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 135 a 159.

¹⁵ AS/2016/381. Vid. un comentario de esta resolución judicial en MORENO GENÉ, J.: “La “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, *Iuslabor*, núm. 2, 2016.

¹⁶ De la misma opinión, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir...?” cit. A tal efecto, el autor considera que “la desestimación de la petición concreta efectuada no cierra la opción de la aplicación del concepto de “enfermedad equiparable” a discapacidad para declarar la eventual nulidad de un despido. Antes al contrario, matiza los condicionantes para su consideración efectiva permitiendo a través de los criterios descritos la doctrina reproducida”.

¹⁷ JUR/2018/98667.

padecida por un trabajador despedido, invita a pensar que se estarían sentando las bases para la concreción de un cambio doctrinal en el momento en que el TS hace referencia explícita a la duración de la incapacidad, pues está admitiendo que no puede descartarse categóricamente que la enfermedad no pueda equipararse a la discapacidad y que la duración de la baja, la limitación, es el elemento determinante para posibilitar esta equiparación”.

En este contexto de lenta recepción de la doctrina del TJUE consistente en incorporar en estos supuestos el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad, se incardinan numerosas resoluciones judiciales procedentes de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. A título de ejemplo, la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017¹⁸, atendiendo a lo preceptuado por la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), en el momento de comprobar el carácter duradero o no de la IT de la trabajadora despedida, con buen criterio se apoya en los elementos objetivos de que dispone y, en concreto, en el parte de baja emitido con anterioridad a la fecha del despido, que fijaba una duración estimada de la IT de 100 días. A tal efecto, parece acertado considerar que esta duración estimada de la IT de 100 días puede constituir por sí misma un argumento razonable para considerar que la empresa era conocedora del carácter duradero de la IT y, por tanto, de su carácter asimilable a la discapacidad, en el momento del despido y que, por tanto, su decisión extintiva fue discriminatoria¹⁹.

No es esta la única resolución del TSJ del País Vasco que ha declarado la nulidad del despido de un trabajador que se encontraba en situación de IT, en este supuesto, desde el 19 de febrero hasta el 19 de mayo de 2016, aunque en este caso la misma derivara de una enfermedad profesional consistente en alergias y asma ocupacional. En este supuesto, la STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017²⁰ declara que “la correcta calificación del despido (...) es la de la nulidad, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante (...) Ello permite considerar, en el concreto caso que nos ocupa, una situación de “discapacidad” (...) que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no haber la empresa siquiera intentado acreditar la realidad de las causas económicas invocadas para el despido”. En definitiva, el Tribunal considera que la empresa en el momento del despido era conocedora de que mientras el trabajador estuviera expuesto a los factores laborales que le provocan el asma, su enfermedad se prolongaría en el tiempo, confirmándose de este modo el carácter duradero de la IT.

Otras resoluciones judiciales, sin embargo, se han mostrado menos proclives a considerar como duraderas las incapacidades laborales sufridas por los trabajadores y, en consecuencia, a equipararlas a la situación de discapacidad. Un ejemplo de ello lo constituye la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 que al conocer de un despido por ausencias del trabajador en base al art. 52 d) ET motivadas por diferentes patologías, entre las que se encontraban “dolor de escápula, epicondilitis, problemas gástricos, fascitis plantar y prevención de la diabetes” concluye que “no encontramos conexión causal entre el caso presente y la STJUE 11-4-13 que se refiere a la “discapacidad” en el sentido de una

¹⁸ JUR\2018\33834.

¹⁹ Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J.: “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración”: una de cal y otra de arena”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 420, 2018, págs. 132 a 139.

²⁰ JUR\2017\295881.

limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas de larga duración que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Las dolencias y limitaciones de la actora no han supuesto bajas ni limitaciones para trabajar de larga duración, no superando los 20 días, y desde luego no merecen el calificativo de graves, en el sentido de que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o de otra dolencia que pueda comprometer la vida del paciente si no se trata adecuadamente, pues, en efecto, sus patologías consisten en dolor de escápulas, fascitis plantar y prevención de diabetes, epicondilitis y problemas gástricos”.

En la misma dirección, resulta paradigmática la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017²¹, dictada en el asunto Daoudi, que tras considerar que el trabajador se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se podía calificar de duradera, “pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, el trabajador había sido dado de alta médica sin secuelas”, concluye que la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone la doctrina del TJUE ni tiene cabida a efectos de tutela en la Directiva 2000/78²².

En cualquier caso, incluso en estos supuestos en los que se desestima la petición de declarar nulo el despido de los trabajadores que se encuentran en situación de IT, se toma en consideración el factor tiempo. Así, por ejemplo, la referida STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 toma en consideración la duración de la IT, no en vano, como consecuencia de la recepción de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en especial, de la sentencia de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), y a pesar de que no lo aprecie en el supuesto enjuiciado, parece admitir que el despido de un trabajador que padece una IT “duradera” puede desencadenar la nulidad del despido. Ello se deduce de una lectura a *sensu contrario* de la referida sentencia en la que se afirma que en el supuesto enjuiciado el trabajador despedido “se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20.7.2015”.

Por tanto, puede pensarse que el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hubiera podido ser distinto si hubiera constatado que la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT del trabajador despedido hubiera sido más incierta o, en todo caso, suficientemente prolongada en el tiempo, circunstancias que, a su vez, hubieran tenido que ser apreciadas en el momento en que el trabajador fue despedido y no en un momento posterior. En este supuesto, tal vez la IT del trabajador hubiera podido equipararse a la discapacidad y, por consiguiente, ser declarado nulo el despido.

En la misma dirección de la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017, numerosas resoluciones judiciales tampoco están reconociendo el carácter duradero de la IT del

²¹ AS\2017\1417.

²² Un comentario de esta resolución judicial en CARRILLO LÓPEZ, A.: “La calificación del despido durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal: STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, págs. 159 a 168 y MORENO GENÉ, J.: “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: un nuevo episodio en el “estira y afloja”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 415, 2017, págs. 188 a 195.

trabajador despedido, en base a diferentes consideraciones, a saber: “la identificación pretendida entre discapacidad y enfermedad se produce cuando ésta pueda considerarse como una situación “duradera” y en el caso, se desconoce si lo es, porque ignoramos si (...) el CSIC conocía algún dato médico a través del que pudiera vaticinar el pronóstico, más o menos largo de la enfermedad” (STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2017²³); “ningún dato consta acerca del carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de manera meramente previsible” (STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2017²⁴); “no existe el más mínimo elemento objetivo (documentos médicos), a la fecha en la que se adopta el acto presuntamente discriminatorio, que permita sustentar que el empresario despidió al trabajador por la previsión de que la situación de IT pudiera prolongarse significativamente en el tiempo (STSJ de Extremadura de 19 de septiembre de 2017²⁵); “ningún dato consta acerca del carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de manera meramente previsible” (STSJ del País Vasco de 13 de junio de 2017²⁶); el despido injustificado de una trabajadora “que ha causado baja por IT por extirpación de masa mamaria desde el 5 de julio de 2016 al 22 de agosto de 2016, no puede ser calificado como nulo porque la incapacidad no es duradera porque cuando se extingue el contrato ya estaba dada de alta” (STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2017²⁷); “el despido injustificado de un trabajador que ha sufrido diversos procesos de baja (de corta duración) causados por esguinces de tobillo (incluyendo una intervención quirúrgica) no revisten el carácter duradero a efectos de declarar la nulidad” (STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2017²⁸), “los datos que anteceden permiten afirmar que difícilmente puede atribuirse a la situación del recurrente y a la limitación provisional derivada de su último diagnóstico el valor de durabilidad (larga duración) que permita proyectar al caso la noción de discapacidad” (STSJ de Asturias de 23 de enero de 2018²⁹), etcétera.

Es precisamente en este contexto de gran inseguridad jurídica donde cabe incardinar la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario, puesto que a pesar de que la misma no aprecia en el supuesto enjuiciado la concurrencia de una enfermedad asimilable a discapacidad, ello se debe a que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE”, de lo que cabe interpretar que si se hubiera podido acreditar “una situación duradera de futuro” de la IT en la cual se encontraba la trabajadora, la misma se hubiera podido equiparar a la discapacidad en la noción dada por el TJUE.

Mucho más contundente en esta dirección se muestra el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2018³⁰, que aborda el despido de una trabajadora que como consecuencia de haber sufrido un atraco con arma de fuego sufre estrés postraumático, que le

²³ JUR\2017\45956.

²⁴ JUR\2017\199955.

²⁵ JUR\2017\249000.

²⁶ JUR\2017\229115.

²⁷ JUR\2017\287621.

²⁸ JUR\2017\312610.

²⁹ AS\2018\388.

³⁰ RJ\2018\913.

ha supuesto una baja de IT y recibir tratamiento psiquiátrico³¹. Como consecuencia de este trauma laboral y las secuelas psíquicas que del mismo se derivan, especialmente, el miedo a sufrir una nueva situación violenta, se prescribe médicamente a la trabajadora que trabaje en grandes espacios y con numerosos compañeros. En este contexto y tras diversas vicisitudes, la trabajadora, que se encontraba de baja por IT por los motivos descritos, es despedida por ineptitud en base a lo previsto en el art. 52 a) ET. Frente a este despido, la trabajadora reacciona solicitando la nulidad del mismo, por considerar que la decisión empresarial conculcaba la doctrina del TJUE sobre discriminación por causa de enfermedad asimilable a la discapacidad.

Pues bien, en este contexto, el Tribunal Supremo recuerda que la doctrina del TJUE señala que “la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y que, desde entonces, dicha Convención forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE”. A tal efecto, como ya se ha anticipado, el art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En consecuencia, señala el Tribunal Supremo que “la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Ello supone que la enfermedad –sea curable o incurable– puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esa limitación es de larga duración”.

En este punto, el Alto Tribunal reconoce que nos encontramos ante una precisión respecto a la delimitación conceptual de la discapacidad que había llevado a cabo el TJUE de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE, no en vano, a partir de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), el TJUE ha venido a utilizar ya siempre este concepto de discapacidad que surge de la Convención, como así sucede en la STJUE de 18 de marzo de 2014, de 18 de diciembre de 2014, de 1 de diciembre de 2016 y de 18 de enero de 2017. Todo ello ha llevado a que el Tribunal Supremo desde el 3 de mayo de 2016 haya introducido una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad³². A partir de esta

³¹ Un comentario de esta resolución judicial en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018 y MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable?. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 422, 2018.

³² MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad...” cit. pág. 169, llama la atención al respecto sobre el hecho de que el Tribunal Supremo “trata de crear un puente con sus precedentes para aparentar continuidad –inexistente- con los del TJUE”.

nueva pauta, la situación de discapacidad del trabajador puede existir, pese a que no concurra en el caso una declaración formal en tal sentido³³, apelando a la evolución de la jurisprudencia del TJUE³⁴.

Como puede apreciarse, este planteamiento del Tribunal Supremo se ajusta, aunque sin mencionarlo, a lo previsto por el art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, que ya viene a distinguir entre un concepto más social de discapacidad, en virtud del cual, “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”, y un concepto más médico de discapacidad, en virtud del cual, “además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Aplicando esta nueva “pauta de definición del concepto de discapacidad” al supuesto enjuiciado y, en consecuencia, a la situación en la que se encuentra la trabajadora despedida, la STS de 22 de febrero de 2018 considera que “el cuadro de afectaciones que presenta a la vista de lo que se declara probado podría justificar esta calificación y la activación, por tanto, de las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar”. En definitiva, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo, podría concluirse que la trabajadora despedida se encuentra en una situación asimilable a la discapacidad en los términos previstos por la doctrina del TJUE.

Pese al indudable avance que esta sentencia supone en la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, el mismo todavía no resulta suficiente para que el Alto Tribunal considere que ha tenido lugar un comportamiento empresarial discriminatorio y, en consecuencia, que el despido deba ser declarado nulo. Por el contrario, a criterio del Tribunal Supremo, nos encontramos ante un supuesto en que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva

³³ En esta dirección, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad...” cit. pág. 529, llama la atención sobre “la voluntad judicial de reivindicar la expansión del concepto de discapacidad, y la necesidad de que los operadores jurídicos omitan la asociación de la existencia de una discapacidad a su reconocimiento administrativo”. Igualmente, el autor considera que “el recordatorio por la Sala Social de esta manera de entender la discapacidad, ajena al reconocimiento médico de la misma y muy cercana al paradigma social de tratamiento de la discapacidad, es un paso adelante en la efectiva interpretación del concepto de persona con discapacidad (...) que hasta el momento no había llegado a calar de forma homogénea a nivel judicial”.

³⁴ Resulta muy significativa al respecto la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero) que indica de forma expresa que resulta irrelevante que con anterioridad al despido se hubiera reconocido al trabajador su condición de discapacitado de conformidad con el derecho nacional, así como que, en su caso, esta circunstancia no implica necesariamente que el trabajador tenga una discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE. En la misma dirección, MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M.A.: “Obesidad/discapacidad, absentismo...” cit. pág. 146, señala que ello “significa, desde luego, un cambio importante para la doctrina judicial española”.

2000/78 –así como el art. 2.4 de la Convención de UN–, que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad.

En este punto, el Alto Tribunal recuerda que la propia STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) declara que “procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo”.

A partir de estas premisas, el Tribunal Supremo concluye que la nulidad del despido de la trabajadora despedida por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos ya expuestos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables. A tal efecto, se indica que la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), para el supuesto enjuiciado por la misma, ponía de relieve la falta de ofrecimiento de medida alguna por parte de la empresa.

Además, por lo que respecta a la determinación del alcance que deban tener estas medidas de ajuste, el Tribunal Supremo acude a la doctrina del TJUE que opta por una definición amplia del concepto, señalando al respecto que incluso la enumeración de la propia Directiva 2000/78 que hace en su considerando 20º no es exhaustiva y que las mismas pueden ser “de orden físico, organizativo o educativo”.

Aplicando estos criterios al supuesto enjuiciado por la STS de 22 de febrero de 2018, el Alto Tribunal constata que en este caso consta en hechos probados que la limitación de la trabajadora se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad específica de la empresa para la que presta servicios; así como también consta de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación.

A todo ello, el Tribunal Supremo añade que según el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.

Una vez más, con la exigencia de que se acredite la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables, el Tribunal Supremo está introduciendo un criterio muy amplio y genérico, cuya precisión, sin lugar a dudas, dará lugar a nuevas controversias, en cuanto que priva de criterios suficientemente precisos para “poder llevar a cabo la debida ponderación entre la obligación de acomodación (enfoque de gestión de garantías) y el límite o contrapeso de la razonabilidad de la misma (enfoque del coste de la carga)”³⁵.

³⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad...” cit. pág. 173. Vid. también, sobre la obligación de introducir ajustes razonables, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad...” cit. pág. 526 y ss.

Todos estos razonamientos llevan al Alto Tribunal a concluir que “se hace difícil aceptar que el fallo de instancia es contrario a la doctrina que se plasma en la sentencia de contraste, pues, aunque partamos de un concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado por la STJUE que se aporta de contraste, la situación de la demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica, de suerte que la decisión impugnada mantiene su adecuación a derecho”.

En cualquier caso, pese a no considerarse en el supuesto enjuiciado que se haya acreditado la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad de la trabajadora despedida, no cabe duda del avance que supone esta resolución en la delimitación de la “enfermedad asimilable a discapacidad”, no en vano, en la misma el Alto Tribunal reconoce de forma expresa que las últimas resoluciones del TJUE dictadas en la materia han efectuado una “precisión respecto a la delimitación conceptual de la discapacidad” o, en otros términos, que han introducido un “concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado”, lo que le ha llevado a concluir para el supuesto enjuiciado que la trabajadora despedida se encuentra en una situación asimilable a la discapacidad.

Todo ello permite concluir que a partir del momento en que diferentes resoluciones del TJUE parecen haber ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78, integrando en el mismo las enfermedades de larga duración que generen limitación en el trabajo, los tribunales españoles, incluido el Tribunal Supremo, se han visto obligados a recepcionar, en mayor o menor medida, esta doctrina, incorporando el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. Este proceso de recepción, sin embargo, no está resultando nada sencillo, no en vano, la acreditación en cada supuesto del carácter incierto de la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT o la determinación de cuándo la misma debe considerarse suficientemente prolongada está resultando de una gran complejidad, lo cual se está traduciendo en una inevitable sensación de inseguridad jurídica.

Las dificultades que se plantean en la práctica a la hora de determinar cuándo una IT es duradera y cuando no, a efectos de poder asimilarla a la situación de discapacidad, y por tanto, poder acreditar el carácter discriminatorio del despido sin causa legal del trabajador, ponen claramente de manifiesto la insuficiencia de los criterios fijados para ello por la doctrina del TJUE y, especialmente, por la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi)³⁶. Esta circunstancia hace del todo necesario que se fijen, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, criterios objetivos mucho más concretos que faciliten en la medida de lo posible esta compleja labor. En este punto, resultan del todo imprescindibles los criterios orientativos que poco a poco están facilitando el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia para poder abordar esta controversia.

En este punto, la argumentación empleada por la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario plantea algunas dudas, no en vano, para justificar que no nos encontramos ante una enfermedad asimilable a discapacidad señala que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había

³⁶ DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo...” cit. pág. 129, ya indicaba al respecto que “este concepto no está bien precisado, porque no es fácil determinar qué debe entenderse por limitación a “largo plazo” o de “larga duración”.

agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal”. A tal efecto, de la lectura de esta sentencia parece desprenderse que para admitir dicha asimilación entre la enfermedad y la discapacidad se exigiría el agotamiento del período máximo de la IT o la existencia de una resolución que acreditara el carácter duradero de dicha situación.

La extrema rigidez de este criterio ha comportado, precisamente, que en el supuesto enjuiciado no se haya considerado que la trabajadora se encontraba en una situación asimilable a la discapacidad, pese a que en el momento del despido llevaba más de nueve meses de IT, sin que constaran en ese momento indicios que apuntaran hacia su pronta recuperación, como se constata, además, por el hecho de que la situación de IT se prolongara después del despido de la trabajadora, hasta que dicha situación concluyó por agotamiento de plazo máximo.

En este confuso escenario y a la espera de cambios normativos que permitan dispensar una tutela verdaderamente efectiva a los trabajadores enfermos³⁷, puede resultar especialmente útil la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018, la cual, al conocer del despido objetivo de un trabajador que se encontraba en situación de IT por haber sufrido un infarto cerebral, intenta llevar a cabo una sistematización de los diferentes criterios que deben seguirse para que el despido de un trabajador de baja por IT pueda ser calificado de nulo por discriminatorio. A tal efecto, en la citada resolución, al tiempo que de un modo contundente se indica que “no hay separación entre enfermedad y discapacidad, lo que implica que a efectos del enjuiciamiento de estos casos, lo esencial es la determinación de si la duración de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales son lo suficientemente prolongadas como para entender que pueden quedar subsumidas en el concepto de discapacidad descrito (...) especialmente porque ni la Convención define el concepto del carácter “a largo plazo” ni la Directiva precisa el de limitación duradera de la capacidad”, procede a identificar los siguientes criterios que deben permitir asimilar la enfermedad a la discapacidad:

a) El momento del acto presuntamente discriminatorio, es decir, el momento del despido es el único que puede tenerse en cuenta y no el estado que presenta el trabajador en el momento de celebración del juicio.

A tal efecto, se considera que ello es así en la medida en que la determinación del carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador es esencialmente fáctica y, por tanto, la evaluación de la discapacidad debe efectuarse con los datos que se dispongan en el momento en que se enjuicie el acto presuntamente discriminatorio, por el ser el más cierto. A pesar de desprenderse este criterio con una cierta claridad de la doctrina elaborada por el TJUE en el asunto Daouidi, no siempre es seguida por los diferentes tribunales. A título de ejemplo, la ya citada STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017 para reconocer la nulidad del despido de un trabajador en situación de IT, tomó en consideración, junto a la duración de la IT prevista en el momento del despido de 100 días, la estimada en un momento posterior al mismo de 200 días. Asimismo, la propia STS de 15 de marzo de 2018

³⁷ Una síntesis de estas propuestas en DUEÑAS HERRERO, L.: “¿La situación de incapacidad temporal...”, cit. pág. 428 y 429.

objeto de este comentario también parece tomar en consideración elementos posteriores al despido a la hora de revocar la nulidad del mismo, no en vano, se refiere a la situación de IT en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro.

b) A los efectos de determinar el carácter duradero de la limitación, debe acreditarse que, como consecuencia de posibles secuelas, la limitación puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una dolencia como la que sufre el trabajador.

Según opinión del Tribunal, con este criterio se consigue fijar un parámetro cuantificable/objetivable (el tiempo medio para curar una dolencia como la que padece el trabajador en cuestión) que facilita su determinación y, además, circunscrita a una concreta patología. A tal efecto, de conformidad con lo preceptuado por el art. 2.2 del Real Decreto 625/2015, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, que contiene el mandato de elaborar “tablas de duración óptima” previstas para los diversos procesos patológicos, con la finalidad de mejorar el control preventivo del fraude en la percepción de la prestación por IT, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha publicado el Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal, a fin de servir de criterio orientativo para los médicos³⁸.

c) El conocimiento por el empresario del carácter duradero de la limitación carece de relevancia.

A tal efecto, el TSJ de Andalucía mantiene que esta circunstancia no deja de ser una apreciación subjetiva del empresario y, por tanto, es posible/probable que el empresario tome la decisión sin saber, o eventualmente, teniendo una percepción errónea, sobre el verdadero carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador en la fecha del acto presuntamente discriminatorio, lo cual llevaría a tener que determinar si en el momento que se produjo el despido, que se pretende sea declarado discriminatorio, era razonable o no el que el empresario estimara que la incapacidad no sería duradera³⁹. En consecuencia, la asimilación de la enfermedad a la discapacidad se configura como un concepto objetivo y que, por lo tanto, existe o no con independencia de la apreciación del empresario al respecto.

La aplicación de estos criterios al supuesto enjuiciado por la STS de 15 de marzo de 2018, es decir, al supuesto de una trabajadora que inicia un proceso de IT en fecha de 13 de octubre de 2014, con diagnóstico de trastorno depresivo grave, EPI. Recurrente, que se extiende hasta el 12 de octubre de 2015, en que la misma es dada de alta por agotamiento

³⁸ Aplicando este parámetro al supuesto enjuiciado, la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018 considera que si al momento del despido el tiempo medio de curación era de 120 días, habiéndose producido la baja apenas 60 días antes de la extinción del contrato, no puede concluirse que la limitación era de larga duración ni que iba a persistir más allá del tiempo medio necesario para curar.

³⁹ En esta misma dirección, las Conclusiones del Abogado General en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi, ya apuntaban que “la apreciación del empresario de que el Sr. Daouidi se ausentó durante un tiempo lo suficientemente largo para que se estimase necesario prescindir de él, no puede determinar el carácter duradero de la limitación”.

del plazo máximo de la incapacidad, tal vez hubiera podido llevar a una solución distinta a la dispensada por el Tribunal Supremo, no en vano, como se acaba de indicar, nos encontramos ante el despido de una trabajadora que en la fecha del despido llevaba más de nueve meses de IT, sin que constaran en ese momento indicios que apuntaran hacia su pronta recuperación, como se corrobora, además, por el hecho de que la situación de IT se prolongara después del despido de la trabajadora, hasta que dicha situación concluyó por agotamiento de plazo máximo, habiendo sido además diagnosticada la enfermedad como un trastorno depresivo grave, EPI, “recurrente”. No ha sido esta, sin embargo, la solución dispensada por la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario, lo que lleva a presagiar que la declaración de nulidad seguirá siendo una “rara avis” en la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁰, especialmente, si se tiene en cuenta que en el único supuesto en el que hasta el momento el Tribunal Supremo ha venido a admitir la equiparación entre la discapacidad y la enfermedad de larga duración en los términos expuestos, nos encontramos ante una situación que se alarga durante más de 10 años (STS de 22 de febrero de 2018).

Pero es que, además, en este único supuesto en el que el Tribunal Supremo ha venido a admitir la equiparación entre la discapacidad y la enfermedad de larga duración, ha considerado que la declaración de nulidad del despido injustificado de la trabajadora por vulneración del derecho a la no discriminación requiere de la concurrencia de un segundo requisito, a saber, la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables, si bien, sin que se haya procedido a desarrollar esta exigencia. Ello lleva a analizar en cada caso el cumplimiento por parte del empresario de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 –así como el art. 2.4 de la Convención de UN–, que son exigibles en todos los supuestos en que estemos ante una persona con discapacidad. A tal efecto, cabe recordar que, en esta misma línea, el art. 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, tras establecer que “para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad”, indica que “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa”. A tal efecto, “para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”.

Este planteamiento del Tribunal Supremo supone que, en estos supuestos, a pesar de que se haya producido un despido injustificado de un trabajador que se encuentra en situación de discapacidad en los términos expuestos, el empresario aún pueda eludir la declaración de nulidad del despido si consigue acreditar que ha adoptado las medidas de ajuste razonables, teniendo además en cuenta que no se le puede exigir al mismo que asuma al respecto una carga excesiva. Nos parece este, sin embargo, un planteamiento muy restrictivo, no en vano, el

⁴⁰ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad...” cit. pág. 170.

despido injustificado del trabajador discapacitado supone un trato claramente desfavorable, que no debería verse neutralizado por la posible adopción de medidas de ajuste por parte del empresario y que, por tanto, debería ser calificado como nulo.

Síntoma de infarto y deporte. Relevancia en la consideración como accidente de trabajo

Symptoms of a heart attack and sports. Relevance in its consideration as an accident at work

VÍCTOR RIBES MORENO

DOCTORANDO EN DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

El infarto es, generalmente, una figura controvertida de clasificar a efectos de accidente de trabajo, y que a pesar de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales ha quedado desactualizada debido a la nueva realidad social que afecta a los hábitos de los trabajadores así como las nuevas formas de organización empresarial. En este estudio analizaremos por qué un reciente pronunciamiento judicial ha aceptado que los síntomas previos a un infarto durante la jornada de trabajo y el propio infarto, una vez terminada la jornada, mientras se practica deporte, debe considerarse un accidente de trabajo.

Abstract

A heart attack is, generally, a controversial event to qualify as a work accident and despite numerous court rulings, has been outdated due to the new social situation that affects the habits of workers as well as new forms of business organisation. In this study we will analyse why a recent court ruling accepted that the symptoms prior to a heart attack during the working day and that the heart attack itself, once the day is over if experienced while playing sports, should be considered an accident at work.

Palabras clave

accidente de trabajo; infarto; deporte

Keywords

work accident; heart attack; sport

1. EL INFARTO Y ACCIDENTE DE TRABAJO. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

El infarto es un concepto de acreditada controversia a la hora de clasificarlo como accidente laboral o contingencia común, debido a que entran en juego diversos factores externos, como la situación, lugar y antecedentes al infarto, así como la posterior subjetividad de los tribunales, que pueden decantar la balanza hacia un lado u otro¹. Esta subjetividad viene dada por la inexistencia de una normativa que ayude a determinar el encuadramiento correcto, por lo que esta figura ha tenido que construirse judicialmente analizando caso a caso, siendo el Tribunal Supremo en última instancia y mediante

¹ La sentencia que vamos a tomar de referencia, la STS de 20 de marzo de 2018 (Rec. 2942/2016, Roj: STS 1245/2018) ya advierte de dicha complejidad afirmando que “La determinación de si en un caso concreto existe accidente laboral requiere la ponderación de toda una serie de elementos que dificultan la existencia de supuestos comparables desde la perspectiva del art. 219.1 LRJS. Pese a tal complejidad, esta Sala viene entendiendo que la contradicción debe apreciarse por referencia a los hechos relevantes (siendo inocuas las disparidades colaterales)”.

unificación de doctrina, quien ha establecido los criterios que determinen la calificación del infarto como accidente laboral o común.

De este modo, los tribunales utilizan como criterio principal para determinar un infarto como accidente de trabajo que se pueda demostrar el nexo causal de lugar y tiempo de trabajo², siendo más claro cuando acontece en tiempo y lugar de trabajo, al beneficiarse de la presunción prevista en la LGSS. Y en el caso de los infartos acontecidos *in itinere*³, que no se rompa el nexo de causalidad entre accidente y trabajo⁴. En particular, se ha considerado infarto derivado de contingencias profesionales las siguientes situaciones:

- El infarto de una tripulante de cabina de pasajeros que acaba su jornada laboral sufre un infarto en el parking del aeropuerto mientras se dirige a su hotel para descansar⁵.
- El infarto acontecido en los vestuarios mientras le trabajador se encuentra poniéndose su ropa de trabajo y EPIS⁶.
- La de un transportista *en misión* que finalizada su jornada laboral sufre un ataque al corazón mientras descasaba en la cabina de su camión⁷.

Particular atención merece la enfermedad de trabajo⁸ relacionada con el infarto, pues se admite calificar una enfermedad de trabajo como accidente de trabajo siempre que se

² Determinar el tiempo y lugar de trabajo es uno de los retos a los que se enfrentan los tribunales por el mismo motivo expuesto: los cambios organizacionales, cambios tecnológicos que afectan a la organización del trabajo, etc... por lo tanto y como viene siendo de costumbre, queda mayoritariamente a juicio de los tribunales determinar si un infarto queda dentro de tiempo y lugar de trabajo. No obstante, la STS, de 11 de febrero de 2014 (Rec. 42/2013, Roj: 1037/2014) se utiliza como referencia para determinar el tiempo y lugar de trabajo, a lo que también habrá que ceñirse a los supuestos especiales que podamos encontrar en el convenio colectivo sobre el tiempo y lugar de trabajo, por ejemplo el art 9. del convenio de ciclismo profesional indica que la jornada del ciclista profesional comprenderá la prestación efectiva de sus servicios en competición oficial, en entrenamientos, en concentraciones, en preparación física y técnica y en cualquier actividad en que se encuentre bajo las órdenes directas del equipo o del representante designado por éste, incluidas las actividades publicitarias y promocionales del equipo.

Respecto al tiempo de trabajo la STS 20 de diciembre de 2005 (Rec.1945/2004, Roj: STS 7903/2005) especifica que por tiempo de trabajo debemos entendernos a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo y en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo ya sea físico o intelectual.

En general, sobre el nexo causal en caso de infarto, *vid.* RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., «Infarto de miocardio en el desplazamiento desde el centro de trabajo al aeropuerto y accidente de trabajo *in itinere*», *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2000, pág. 385.

³ El concepto de accidente *in itinere* es un ejemplo de la evolución de la jurisprudencia a partir de la mitad del siglo XX y de cómo debe adaptarse a los nuevos tiempos. Para más información véase SÁNCHEZ PÉREZ, J., «El accidente *in itinere* en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, S/2014/1862)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, págs. 143 y ss., donde se estudia la reinterpretación del requisito mecánico vinculado al accidente *in itinere*.

⁴ Así lo han recordado sentencias como la STS de 18 de enero de 2011 (Rec. 3558/2009, Roj: STS 220/2011) entre muchas otras.

⁵ STS de 1 de diciembre de 2017 (Rec. 374/2017, Roj: STS 4742/2017).

⁶ STS de 4 de octubre de 2012 (Rec. 3402/2001, Roj: STS 7245/2012).

⁷ STS del 22 de julio de 2010 (Nº de Recurso 4049/2009, Roj: STS 4795/2010) esta sentencia es especialmente relevante ya que se basa en la STS 14 de julio de 2005 (Rec. 2447/2004, Roj: STS 4786/2005) y considera que la cabina del camión se considera centro de trabajo.

⁸ Una enfermedad de trabajo es aquella lesión vinculada a una actividad laboral que aun cumpliendo las mismas pautas y características propias de una enfermedad profesional en cuanto a manifestación lenta y progresiva, no

(...)

demuestre la relación causal entre la actividad laboral y la enfermedad contraída. Sin embargo, hay que recordar que la principal diferencia con la enfermedad profesional radica en que el trabajador afectado no se beneficiaría de la presunción *iuris tantum*⁹, ni de la presunción *iuris et de iure* derivada de la lista cerrada de las Enfermedades Profesionales, de modo que tendrá que ser el trabajador afectado quién demuestre la relación causal del trabajo con la enfermedad¹⁰.

Por el contrario, los tribunales han rechazado las siguientes otras.

- La de un entrenador de porteros *en misión* que sufre un infarto el hotel en sus horas de descanso¹¹.
- El infarto *in itinere* acontecido mientras el trabajador se dirigía al lugar donde tenía aparcada la furgoneta con la que se desplazaba al trabajo¹².
- El infarto debido al esfuerzo físico mientras se practica deporte de montaña¹³.

Actualmente, uno de los principales problemas que encuentran los tribunales es que los hábitos de vida y los sistemas de organización empresariales cambian a un ritmo vertiginoso, lo que conlleva adaptar las normas a la nueva realidad social y por consiguiente, tienen que reformular los criterios y argumentos establecidos en la jurisprudencia anterior¹⁴, siendo por lo general, los pequeños detalles los que decantan la balanza hacia el accidente de trabajo o la contingencia común¹⁵.

2. LA STS DE 20 DE MARZO DE 2018, NUM. 2942/2016¹⁶

Estamos ante un caso de un trabajador que padecía cardiopatía isquémica habiéndosele realizado un triple *bay-pass*. El día de su fallecimiento, acudió a su lugar de

tienen a priori la consideración de enfermedad profesional al estar excluidas de la lista RD 1299/2006 ni es susceptible de ser incluida en base a interpretaciones analógicas o ampliatorias.

⁹ Pues en el caso de las enfermedades de trabajo no se admite prueba en contrario, como si se aceptan en las enfermedades profesionales y en el accidente de trabajo.

¹⁰ A modo de ejemplo, se puede considerar como enfermedad de trabajo el infarto de un piloto de avión o alto directivo debido al excesivo estrés.

¹¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2006 (Rec. 152/2006, Roj: STSJ CV 3849/2006).

¹² STS de 18 de enero de 2011 (Rec. 3558/2009, Roj: STS 220/2011).

¹³ STS de 30 de abril de 2001 (Rec.2575/200, Roj: STS 3549/2001).

¹⁴ Indica VICENTE PALACIO que “*El Derecho tiene, no sólo la posibilidad, sino el deber de cambiar, de adecuar esas categorías artificiales a la realidad de los fenómenos sociales, necesidad que se hace especialmente acuciante en materia de seguridad social en la que el bien jurídico protegido – la protección de situaciones de necesidad – exige obviar anacronismos y ajustar la norma a la realidad social en favor de los beneficiarios*” (VICENTE PALACIO, A., «Cambios sociales y cambios jurídicos. Un nuevo ejemplo: el accidente *in itinere* vs el accidente en misión», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, pág. 137).

¹⁵ Por ejemplo, la ya mencionada STS 14 de julio de 2005 (Rec. 2447/2004, Roj: STS 4786/2005) consideraba accidente de trabajo la muerte súbita de un camionero que se encontraba en misión descansando dentro del mismo camión después de la jornada laboral al reparar que se hallaba dentro del mismo centro de trabajo y en vigilancia del vehículo, por lo que existe un nexo con el trabajo, mientras que la STS, de 11 de febrero de 2014 (Rec. 42/2013, Roj: 1037/2014) establece que en una situación similar pero descansando en un hotel no se considera accidente de trabajo.

¹⁶ Cabe mencionar antes de analizar esta sentencia que parte de la doctrina se basa en STS 27 de septiembre de 2007 (Rec. 853/2006, Roj: STS 7119/2007) en la cual un trabajador fallece a priori por causas naturales, aunque después se demostró que fue un infarto durante la jornada de trabajo.

trabajo y allí manifestó diversas molestias físicas, advirtiendo los compañeros de trabajo que se encontraba sudoroso y pálido, le recomendaron que fuese al gimnasio que la empresa abona a sus trabajadores, y una vez allí y fuera de la jornada laboral, le sobrevino el evento cardíaco mientras practicaba deporte.

Declarado por el INSS el infarto como derivado de contingencias comunes y siendo ratificado en primera y segunda instancia¹⁷, se interpone recurso de casación de doctrina que reclamaba el infarto derivado de contingencias profesionales. El TS delibera si los síntomas de malestar durante la jornada y la aparición del problema cardíaco terminada la jornada y mientras se ejercita en el gimnasio, cabe clasificarlo como un accidente laboral o un episodio de origen común.

Para tratar de poner luz sobre la mesa y buscar una adecuada respuesta al recurso, se valoran los siguientes hechos:

1) Manifestación de los síntomas previos.

Este es el principal *quid* de la cuestión, ya que está estrechamente ligado con la presunción de laboralidad. El tribunal determina que la manifestación los síntomas previos en el lugar de trabajo no desvirtúa la presunción de laboralidad y argumenta su decisión en base al art. 156.3 de la LGSS¹⁸.

Por otra parte, si bien reconoce el TS que la dolencia se manifiesta una vez terminada la jornada laboral, no es una causa que exime la laboralidad del accidente, y recuerda, que nos encontramos ante un supuesto de dolencia arrastrada, nacida con carácter profesional porque se detecta en lugar y tiempo de trabajo, y que ese carácter laboral no desaparece por el hecho de que el trabajador termine su actividad laboral. Además, el TS recalca que lo que se valora a estos efectos no es simplemente la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca¹⁹, si no la acción del trabajo como factor desencadenante de una crisis que lleva a la situación de necesidad protegida, y esta acción del trabajo, se beneficia de la presunción legal del art. 156.3²⁰ y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes²¹.

2) Presunción de laboralidad.

Para que entre en juego la presunción de laboralidad, matiza el Alto Tribunal que el empleado debe haber comenzado la actividad laboral, y esto sucede por el mero hecho de

¹⁷ La sentencia recurrida es la STSJ Galicia de 29 de junio (Rec. 2769/2015, Roj: STSJ GAL 5416/2016) que mantiene que la causa del accidente es derivada de contingencias comunes pues considera que la el comienzo de la dolencia cardiovascular no son significativos en el desenlace final debido a que el fallecido mantiene su agenda de trabajo y al finalizar la jornada acude al gimnasio. Terminal el TSJ argumentando que es la actividad deportiva y la exigencia física la que desencadena el infarto por lo que rompe el nexo causal del trabajo.

¹⁸ Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

¹⁹ Ya que no sería apreciable dada la etiología común de este tipo de lesiones.

²⁰ Dicho criterio es utilizado por primera vez en la STS 27 de septiembre de 2007 (Rec. 853/2006, Roj: STS 7119/2007).

²¹ Y en caso de que así fuera, recalca el tribunal que es la crisis cardíaca y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

encontrarse en el centro de trabajo cuando empiezan a manifestarse los síntomas de malestar²².

Por otra parte, el TS rechaza los siguientes argumentos para calificar el accidente derivado de contingencias comunes:

- 1) Que el trabajador tuviera una lesión previa.

El tribunal afirma que la presunción de laboralidad no debe declinarse aunque el trabajador tuviera antecedentes cardíacos y hubiese estado sometido a un triple *bay-pass* pues no tienen influencia en revocar la laboralidad del accidente²³.

- 2) Tiempo y lugar donde ocurre el accidente cardíaco.

El tribunal rehúsa el argumento de que el episodio cardíaco tiene lugar fuera de la jornada laboral del trabajador y del centro de trabajo, al primar en este caso la aparición y manifestación de los síntomas frente al desenlace en sí.

Pese a que el tribunal considera que los síntomas previos son causa suficiente para aceptar la laboralidad en el tiempo y lugar de trabajo, insiste en contradecir el argumento de la sentencia revocada, al especificar que el trabajador fallece en el gimnasio que el empresario subvenciona a sus empleados, y por tanto, las circunstancias en las sucumbe el trabajador no aparecen desprendidas de laboralidad.

- 3) Que el trabajador estuviera practicando deporte.

Constituye junto a la manifestación de los síntomas previos, el principal escollo que debía lidiar el tribunal para decantarse por accidente laboral o declarar contingencia común. La Mutua expone que la presunción de laboralidad queda desvirtuada debido a que el trabajador realmente fallece por las exigencias físicas de la práctica deportiva, de hecho, la sentencia recurrida en el TSJ comparte dicho criterio, alegando que la coetaneidad entre el momento del fallecimiento y la práctica del deporte impide que juegue la presunción de laboralidad, poniendo en duda que el comienzo de los síntomas se produjera durante el trabajo y aventura que pudieron comenzar antes.

No obstante, el TS tiene una visión distinta con arreglo a la doctrina que hemos expuesto en la STS 27 de septiembre de 2007²⁴. Primeramente indica que las conclusiones del TSJ son una suposición y por tanto, opuesta a la crónica judicial del precepto legal que alberga la presunción de laboralidad, y remarca el TS que para excluir la presunción de laboralidad se requiere prueba en contrario que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad. Por consiguiente, es preciso que se

²² Remarca la STS 27 de septiembre de 2007 (Rec. 853/2006, Roj: STS 7119/2007) que para que se omita la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de trabajo, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante o bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

²³ Así lo determinan sentencias como la STS del 26 de abril de 2016 (Rec. 2108/2014, Roj: STS 2230/2016) entre otras.

²⁴ STS de 27 de septiembre de 2007 (Rec. 853/2006, Roj: STS 7119/2007).

trate de enfermedades que no sean susceptibles de una etiología laboral²⁵, hechos que no han podido ser probados en los antecedentes al episodio cardíaco, concluyendo el TS, que el carácter laboral no desaparece por el hecho de que el trabajador haya culminado su actividad laboral y posteriormente se desencadene el infarto.

Para finalizar, el TS dice que tampoco parece que la motivación de ejercitarse físicamente sea estrictamente por motivos deportivos o lúdicos, sino más bien terapéutica, lo que indica que el trabajador hace caso de las sugerencias de las personas que comprueban sus problemas de salud confiando que con el ejercicio podría recuperar la normalidad.

3. DEPORTE PROFESIONAL Y LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

De la sentencia analizada, extraemos que la necesidad de precisar los hechos probados en un infarto, o por extrapolación a cualquier cuestión similar, dificulta la contradicción entre sentencias que llegan al TS en unificación de doctrina, pero no es un impedimento para que prosperen. A tal efecto el TS considera suficiente que haya una similitud de los hechos relevantes sin llegar a exigir una coincidencia milimétrica de factores sobre el tipo de dolencia, edad, rasgos biológicos, actividad desarrollada, etc.²⁶

Por consiguiente, al no exigir los tribunales una absoluta coincidencia entre acontecimientos probados, esta sentencia puede tener un valor añadido si la aplicamos a la relación laboral especial de deportistas profesionales²⁷, un colectivo de sobra conocido por llevar su cuerpo hasta los límites físicos y psicológicos, por ende, están expuestos a un alto riesgo de lesiones, de las cuales por normal general no se manifiestan al instante, sino que existe un lapso de tiempo en el que atleta experimenta las molestias previas que dan la señal de alerta sobre una futura lesión.

Un ejemplo puede ser el de un jugador que durante un entrenamiento aprecia molestias musculares, que si bien no le impiden el desarrollo normal de este, posteriormente dichas molestias se manifiestan en forma de lesión. En este supuesto, en base a la STS de 20 de marzo de 2018 la solución parece sencilla, ya que estaríamos ante unos hechos similares con la sentencia analizada, por lo que podríamos afirmar que estaríamos frente a una contingencia profesional.

²⁵ O que esa etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario.

²⁶ Cuando el tribunal se refiere a que haya una concurrencia de hechos relevantes entrarían en juego otras sentencias similares como la STS de 8 de marzo de 2016 (Rec. 644/2015, Roj: STS 1047/2016) en el cual un trabajador manifestó síntomas previos de infarto durante la jornada laboral en sucesivos días previos al hecho desencadenante. La sentencia recurrida firmada por el STSJ de Asturias rechazaba que el infarto de miocardio sufrido pudiera considerarse en tiempo y lugar de trabajo, partiendo del dato de que éste había comenzado a sentir dolor torácico tres días antes de su ingreso hospitalario, mientras que el TS utilizó el criterio ya mencionado en la STS 27 de septiembre de 2007 (Rec. 853/2006, Roj: STS 7119/2007).

²⁷ Lamentablemente, es sobra conocido el caso de Dani Jarque, ex jugador del Espanyol fallecido por un infarto agudo de miocardio en el hotel donde estaba concentrado su equipo cuando se encontraba en Italia cuando preparando la temporada 2009/2010. Jarque había pasado todos los controles médicos satisfactoriamente y no se había detectado ninguna anomalía previa, incluso los médicos lo habían calificado con una extrema resistencia, no obstante, el día del fatal desenlace manifestó síntomas de malestar previos en el hotel, decidiendo el jugador quedarse en el hotel a pesar de que contaban con la tarde libre, pues según había dicho a sus compañeros no se encontraba demasiado bien.

Este mismo supuesto podría complicarse más aún, pues es conocido que muchos deportistas profesionales suelen quedarse después de los entrenamientos en las instalaciones del club para practicar jugadas, tiros de falta directa, estrategias, etc.²⁸ por lo que no sería descabellado pensar que pudiera experimentar molestias previas por alargar la jornada de entrenamiento. Este hipotético caso sería más complicado de clasificar en base a la sentencia mencionada al tener que determinar si las molestias previas responden a la presunción de laboralidad en tiempo y lugar de trabajo.

En cuanto a lugar de trabajo, es evidente que se cumple el requisito, que además podría expandirse a otras zonas como gimnasios, saunas, etc., con la justificación de querer mejorar y dar el mejor rendimiento al club.

No obstante, respecto al tiempo de trabajo, en principio no cabría duda de que estaríamos fuera de la jornada laboral y por tanto, rompiendo el nexo causal de laboralidad. Para hallar la respuesta, debemos acudir a los convenios colectivos que afectan a dicho colectivo²⁹, concretamente a la regulación de la jornada, lugar de prestación de servicio y tiempo efectivo de trabajo. Eso nos hace llegar a la conclusión de que la infinidad de supuestos diferentes, podría crear un verdadero quebradero de cabeza a los tribunales que de por sí deben lidiar con un gran volumen de detalles, aunque la respuesta a este supuesto la encontramos en el art. 9.1 del RD 1006/1985 que indica que la jornada del deportista profesional comprenderá la prestación efectiva de sus servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma³⁰, lo que excluiría los accidentes concurridos al ejercitarse el deportista por cuenta propia³¹.

Por otra parte, debemos prestar especial atención en la relevancia que juega el sobreesfuerzo físico en relación a la manifestación de síntomas previos y a la posterior lesión, incluso aunque acontezca fuera del lugar y tiempo de trabajo. La STS del 20 de marzo de 2018 rechaza que la causa de fallecimiento del actor fuera el sobreesfuerzo, disipando toda duda acerca de la laboralidad del accidente, entonces cabe preguntarnos si para los

²⁸ El delantero Carlos Tévez explicó que era habitual que Leo Messi se quedara después de los entrenamientos para practicar tiros de falta directa, y que al parecer ese ejemplo lo siguen mucho otros jugadores de primera división.

²⁹ Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional (Código de convenio N° 99002305011989), Convenio colectivo para la actividad de ciclismo profesional (Código de convenio N° 9907355), III Convenio colectivo del baloncesto profesional ACB (Código de convenio N° 9900857011994), IV Convenio colectivo del balonmano profesional (Código de convenio N° 99011755012007).

³⁰ Mismo criterio utiliza el convenio para la actividad de fútbol profesional y el convenio de ciclistas profesionales, siendo este más concreto al indicar que no se computarán a efectos de jornada los tiempos dedicados a la recuperación física, masaje, sauna, etcétera, después de cada jornada de trabajo y entrenamientos individuales, aunque por otra parte amplía los supuestos considerados como jornada laboral al considerar el convenio la competición oficial, los entrenamientos, las concentraciones, la preparación física y técnica y en cualquier actividad en que se encuentre bajo las órdenes directas del equipo o del representante designado por éste, incluidas las actividades publicitarias y promocionales del equipo.

³¹ Lo que también debería servir como un punto de advertencia a los deportistas profesionales que buscan la perfección a toda costa, pues un excesivo sobre entrenamiento fuera de las horas marcadas de entrenamiento que pudiera derivar en una incapacidad permanente, será más que probable clasificada de contingencia común, con las consecuencias que pueda acarrear.

deportistas profesionales utilizaríamos el mismo criterio, siendo la STS 5 de abril de 2018³² la que analizaremos para esclarecer el caso.

El pronunciamiento del tribunal respecto al sobreesfuerzo físico y la presunción de laboralidad, indica que dicha presunción opera fundamentalmente en lesiones cardíacas aunque estén relacionadas con enfermedades que a priori no pueden confirmarse un origen estrictamente laboral. Tampoco se puede descartar que algunos supuestos puedan desencadenarse a raíz de esfuerzos durante la ejecución del trabajo, como podrían ser los deportistas profesionales. Además remarca que la doctrina actual califica como derivado de accidente de trabajo aquellos episodios en el que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal se dé sin necesidad de precisar un sentido en mayor o menor medida, por lo que debe clasificarse de accidente de trabajo cuando no quede acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso.

Por otra parte, el hecho que los infartos lesión tengan una etiología común, no excluye que el trabajo deba de ser un factor desencadenante debido a que el esfuerzo del trabajo es con frecuencia el hecho causante del infarto de miocardio. Aparte, recalca el TS que no es descartable la influencia de los factores laborales en la formación de una crisis cardíaca, ya que las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones de carácter laboral. En consecuencia, no cabe excluir la influencia negativa del trabajo en el inicio y desarrollo de un infarto o lesión.

Este último párrafo, también nos da la respuesta sobre cuál sería la calificación respecto al infarto o enfermedades que no hubieran sido detectadas previamente, por ejemplo en un chequeo médico, y posteriormente se manifesten incluso fuera del lugar y tiempo de trabajo, debido a que la presunción *iusuris tantum* se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, aunque matiza que dichas enfermedades tienen que ser por su propia naturaleza causadas por el trabajo y sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral.

Por otra parte y acorde a la doctrina, podríamos decir que los sobreesfuerzos físicos ligados a la aparición de molestias previas en el tiempo y lugar de trabajo y la posterior lesión, pueden ser relativamente fácil de demostrar la laboralidad del hecho causante. Sin embargo, esta clasificación puede complicarse si nos atenemos a la vía de la enfermedad de trabajo³³, recordemos que los tribunales admiten calificar una enfermedad de trabajo como accidente de trabajo siempre que se demuestre la relación causal entre la actividad laboral y la enfermedad contraída.

³² STS de 5 de abril de 2018 (Rec. 3504/2016, Roj: STS 1459/2018) en los hechos probados encontramos un operario de mantenimiento que encontrándose en su casa y fuera de la jornada laboral y descargando leña empieza a sentir un dolor fuerte en el brazo izquierdo, un así acudió al día siguiente al trabajo dónde se acentúan los dolores, por lo que acude al servicio médico que le declara en proceso de IT por contingencias profesionales. No conforme la mutua, inicia el proceso legal para determinar la no laboralidad del infarto, en el cual el TS finalmente declara que se trata de un accidente laboral.

³³ Recordemos las diversas enfermedades físicas que llevan nombre de algún deporte, como por ejemplo: codo de tenista, codo de golf, rodilla de saltador, pie de atleta, otitis del nadador, picor del deportista, rodilla de corredor, hombro del nadador, etc.

En primer lugar, la diferencia principal con la enfermedad profesional es que el atleta no se beneficiaría de la presunción *iuris tantum* ni de la presunción *iuris et de iure* que beneficia al trabajador de la lista cerrada de las enfermedades profesionales, por esta razón, la controversia viene dada en que el deportista es quien tiene la carga de la prueba, teniendo que demostrar que dicha enfermedad es causada por la práctica exclusiva del deporte, y además probar la efectiva influencia del ejercicio del deporte en la aparición de la patología³⁴.

Por último debemos tener en cuenta que un tribunal puede desmontar los argumentos expuestos anteriormente en base al art. 156. 4. b) de la LGSS que excluye como accidente de trabajo aquellos que sean debidos al dolo o imprudencia del trabajador³⁵, a modo de ejemplo, puede quedar excluido de dicha clasificación las lesiones cardíacas acontecidas a causa de la ingesta de anabolizantes, las lesiones por sobre entrenamientos excesivos por cuenta del deportista y las acontecidas por desobedecer las recomendaciones médicas, siempre y cuando se pruebe que estén relacionadas con dicha imprudencia.

4. CONCLUSIONES

No cabe duda que por extrapolación, los dictámenes de los tribunales pueden tener un gran impacto en los diferentes colectivos de trabajadores como puede ser el caso de los deportistas profesionales³⁶, que se pueden ver beneficiados o incluso perjudicados, por los fundamentos de derecho expuestos en una sentencia en casación de doctrina.

En nuestra opinión, la sentencia del 20 de marzo de 2018 y la posterior de 5 de abril de 2018, facilitan en gran medida a este colectivo la tarea de probar que una lesión cardiovascular pueda clasificarse como accidente laboral de acuerdo a estos dos supuestos.

1) Derivados de sobreesfuerzos físicos.

Acerca del sobreesfuerzo derivado de la práctica deportiva, los deportistas profesionales se ven beneficiados respecto a los trabajadores de una relación laboral común, si bien la STS de 30 de abril de 2001 especifica que el infarto derivado del esfuerzo que tiene su origen en el deporte no puede considerarse como una acción exterior y violenta que caracteriza al concepto de accidente de trabajo, finalmente, los tribunales suelen por lo general, llegar a la conclusión de que este hecho deriva de contingencias profesionales al probar que existe una enfermedad de trabajo, pues dicho criterio no puede extenderse para distinguir entre un accidente no laboral y enfermedad común, sino que busca distinguir entre lesiones debidas a acciones violentas de carácter súbito y externo de los procesos que actúan de forma interna a través de un progresivo deterioro del organismo.

³⁴ STS, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2008 (Nº de Recurso 2716/2006, Roj: STS 1172/2008).

³⁵ Quizá hubiera podido ser un buen argumento para el recurrente de la STS de 20 de marzo de 2018, si hubiera expuesto que con el historial clínico del fallecido y encontrándose sudoroso y en mal estado, debió haber acudido a un centro médico en vez de ejercitarse lo que al final se ha demostrado que se expuso a un riesgo innecesario y quizás a una imprudencia temeraria.

³⁶ Como hemos mencionado anteriormente, el Tribunal Supremo en casación de doctrina busca que exista una contradicción de hechos relevantes en sentencias contradictorias y no que los casos sean milimétricamente exactos.

Además, con la sentencia del 20 de marzo de 2018 se cubre el vacío de los infartos acontecidos debido a los sobreesfuerzos del deportista si se encuentra realizando tareas de recuperación, lo que por extrapolación podemos incluir aquellas terapias y actividades físicas para el mantenimiento y recuperación de este³⁷.

2) Molestias y síntomas previos de infarto o lesión.

Los argumentos de la STS del 20 de marzo de 2018, también facilitan que las lesiones y molestias previas aparecidas en entrenamientos se clasifiquen como accidente de trabajo al primar el momento de la aparición sobre el momento lesivo final, una característica que parece contradictoria, pues para que haya accidente debe existir una fuerza lesiva que provoque que la lesión³⁸, característica que CHACARTEGUI JÁVEGA³⁹ amplía al indicar que los tribunales se han pronunciado en diversas ocasiones admitiendo que la fuerza lesiva de un accidente de trabajo también se puede materializar a través de procesos mórbidos, lentos, larvados o insidiosos que supongan una agresión interna manifestada a través de por ejemplo, una enfermedad.

En conclusión, con la nueva visión jurisprudencial, el deportista profesional tiene una base sólida de argumentos para probar la laboralidad de un infarto o lesión previa. No obstante las verdaderas dificultades aparecen al intentar acceder a una Incapacidad Permanente derivada de contingencias profesionales, tema que da para una extensa investigación, por lo que volviendo a los infartos y lesiones, serán los tribunales quienes normalmente en última instancia decidan sobre la presunción de la laboralidad en base a los hechos probados en cada caso en concreto, aunque a veces no haya consenso entre los miembros del tribunal en la clasificación⁴⁰.

³⁷ Incluso es más que probable que un tribunal se pronunciara a favor de que concurre la presunción de laboralidad en el caso de deportistas que se ejerciten para su recuperación tras una lesión fuera del tiempo y lugar de trabajo si es por recomendación médica.

³⁸ Además dicho elemento debe ser elemento que cause el accidente de trabajo se genere a consecuencia de una acción súbita, imprevista o traumática, cuyo resultado sea una acción de un elemento externo en el cuerpo humano.

³⁹ CHACARTEGUI JÁVEGA, C. *El concepto de Accidente de Trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2008, ISBN 978-84-96721-42-5, pág. 23 y ss.

⁴⁰ Pongo como caso la STS del 4 de abril de 2018, en el cual una trabajadora presenta síntomas de infarto cerebral en su domicilio, aun así, va a trabajar donde los síntomas se acrecientan y tiene que volver a casa a descansar, dónde finalmente la lesión se manifiesta y la trabajadora se ve obligada a llamar al centro médico. El Alto Tribunal dicta sentencia declarado la no laboralidad del accidente, aunque nos encontramos con el voto particular de una magistrada que no comparte la opinión del resto de magistrados al considerar que el acrecentamiento de los síntomas durante la jornada laboral constituyen presunción de laboralidad.

Incidencia de la patología cardiaca en los accidentes de trabajo. Repercusión de la Sentencia de la sala cuarta de Tribunal Supremo número 325/2018, de 1 de marzo de 2018. Recurso 2.942/2016

Incidence of cardiac disease in work accidents. Repercussion of the Judgment of the fourth room of the Supreme Court number 325/2018, of March 1, 2018. Resource 2942/2016

SUSANA MARÍA MOLINA GUTIÉRREZ

MAGISTRADA. SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Resumen

Si resulta incierto para la Ciencia Médica identificar los factores desencadenantes de un concreto proceso vascular, no son menores las dificultades que encontramos los juristas al enfrentarnos a la los diferentes hechos generadores de prestaciones de Seguridad derivados de enfermedades cardio-vasculares. ¿Se ha desnaturalizado el carácter de *iuris tantum* de la presunción contenida en el apartado tercero del artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)? ¿Nos hallamos ante una generalización de los términos tiempo y lugar de trabajo a efectos de calificar un concreto hecho como accidente de trabajo? ¿Existe un real aseguramiento ante los infartos? Éstas y otras cuestiones serán abordadas en el presente trabajo a partir del análisis de uno de los más recientes y polémicos pronunciamientos de la Sala Cuarta, la Sentencia dictada el 1 de marzo de 2018 en Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2.942/2016.

Abstract

If it is difficult for medical science to identify the triggers of a specific vascular process, the difficulties encountered by jurists when faced with the different events generating social security benefits due to cardio-vascular diseases are not to be underestimated. Has the *iuris tantum* status of the rebuttable presumption contained in section three of article 156 of the Consolidated Text of the General Social Security Act (hereinafter LGSS) been distorted? Are we faced with a generalisation of the terms time and place of work in order to qualify a concrete fact such as an accident at work? Is there any real insurance against heart attacks? These and other issues will be addressed in this paper beginning with the analysis of one of the most recent and controversial rulings of the Fourth Chamber, the judgment issued on March 1, 2018 in the Appeal for reversal for doctrine unification 2942/2016.

Palabras clave

Seguridad Social; Contingencias profesionales; Accidente de trabajo; Infarto de miocardio; Lesión cardiaca; Tiempo y lugar de trabajo; Presunción de laboralidad

Keywords

Social Security; Professional contingencies; Work accident; Myocardial infarction; Cardiac injury; Time and place of work; Presumption of ability to work

1. INTRODUCCIÓN

La velocidad con que transcurre la vida cotidiana, el abandono de los hábitos saludables de alimentación, el estrés derivado del trabajo, la contaminación, los factores hereditarios.... Si resulta incierto para la Ciencia Médica identificar los factores desencadenantes de un concreto proceso vascular, no son menores las dificultades que encontramos los juristas al enfrentarnos a la los diferentes hechos generadores de prestaciones de Seguridad derivados de enfermedades cardio-vasculares.

¿Se ha desnaturalizado el carácter de *iuris tantum* de la presunción contenida en el apartado tercero del artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)¹? ¿Nos hallamos ante una generalización de los términos tiempo y lugar de trabajo a efectos de calificar un concreto hecho como accidente de trabajo? ¿Existe un real aseguramiento ante los infartos?² Éstas y otras cuestiones serán abordadas en el presente trabajo a partir del análisis de uno de los más recientes y polémicos pronunciamientos de la Sala Cuarta, la Sentencia dictada el 1 de marzo de 2018 en Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2.942/2016.

En ella se aborda la naturaleza (profesional o común) de la contingencia origen de la pensión de viudedad reconocida a la viuda de un Abogado de empresa, cardiópata fallecido mientras practicaba deporte en el gimnasio concertado por su empleadora tras finalizar la jornada matutina. Tras una aproximación a las particularidades de las contingencias profesionales, partiremos del estudio de las diferentes resoluciones administrativas y judiciales recaídas en el proceso, para descender al análisis de la doctrina de la Sala Cuarta sobre qué ha de considerarse por tiempo y lugar de trabajo a los efectos de poner en juego la presunción de laboralidad a que se refiere el artículo 156.3 de la LGSS, y así analizar desde un punto de vista crítico el sentido de la precitada y controvertida resolución.

La primera dificultad a que nos enfrentamos es la delimitación de la concreta patología a la coloquialmente se denomina “infarto de miocardio” o “infarto al corazón”, pues se trata de dolencia de origen multifactorial que viene unida a gran diversidad de factores. Unos propios de la vida cotidiana (altos niveles de exigencia laboral, largas jornadas de trabajo, una excesiva competitividad, etc) y otros derivados de enfermedades a su vez generada por tales indeseables hábitos (hipertensión, diabetes, sobrepeso, tabaquismo ...) lo que a priori pudiera parecer desterrar su eventual calificación de laboralidad³. Sin embargo, y como más adelante estudiaremos, la ciencia médica ha sido capaz de identificar el factor laboral como uno de los detonantes del infarto de miocardio, sobre todo en lo que respecta al factor del estrés. Este proceso de evolución científica se ha visto reflejado en la evolución de la doctrina jurisprudencial que ha pasado de exigir como *conditio sine qua non* la presencia de elementos de sobrecarga física para apreciar la existencia del accidente de trabajo⁴ a considerar la presión moral como detonante de tales enfermedades⁵.

2. LA ESPECIALIDAD DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES.

2.1. Situaciones de necesidad protegidas

Las contingencias o situaciones de necesidad protegidas por el Sistema de la Seguridad Social son los hechos determinantes de dispensación de prestaciones, cuya característica común es la producción de un exceso de gastos o una reducción de ingresos.

¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre.

² SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. Actualidad Jurídica Aranzadi num.769/2009 parte Tribuna. Cizur Menor. 2009.

³ SANCHEZ PÉREZ, JOSÉ. *El infarto de miocardio y su vinculación con el trabajo*. Actualidad Laboral. Num.4. 2011. Pag. 2.

⁴ Así Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1923 o de 12 de noviembre de 1956.

⁵ Entre otras Sentencia de la Sala Cuarta de 14 de marzo de 2012 (Rcud.4360/2010. RJ 2012,4702) reiterada en Sentencia número 373/2018 de 5 de abril de 2018 (RJ 2018/1661).

A ellas se refiere de forma genérica e imprecisa la Constitución Española en su artículo 41 al encomendar al sistema de la seguridad social que garantice “la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Otras situaciones de necesidad también aparecen recogidas en el texto constitucional para ser objeto de protección por parte de los poderes públicos así: la familia, la salud, la discapacidad y la ancianidad.

El alcance de la acción protectora de estas situaciones “se establece y limita” a las previsiones contempladas en cada uno de los regímenes que componen el Sistema de Seguridad Social, aunque con carácter general, su ámbito de extensión se fija para todo el sistema en la LGSS al posibilitarse que a propuesta del Ministerio de Trabajo, mediante Real Decreto, puedan delimitarse otras “contingencias y situaciones especiales”.

La acción protectora del sistema español de Seguridad Social aparece caracterizada por su falta de uniformidad. Semejante característica es en la actualidad constatable por la pervivencia en el Régimen General de una protección diferente para las contingencias protegidas, según la situación de necesidad encuentre su causa en riesgos profesionales, aquéllos que se derivan del trabajo por cuenta ajena (accidentes de trabajo y enfermedad profesional) o en riesgos comunes, es decir, sin relación con el trabajo.

2.2. Singularidad de las contingencias profesionales.

Desde siempre han sido las contingencias profesionales las que han disfrutado de una posición especial respecto a las contingencias comunes, lo que se demuestra:

- Por la disminución de los requisitos exigidos para tener acceso a las prestaciones que en ellas encuentran su origen⁶
- Por la mejora de las prestaciones económicas, al calcularse éstas sobre una base (salario real que percibe el trabajador), en la que se incluyen las cotizaciones efectuadas por horas extraordinarias⁷
- Por la existencia de prestaciones especiales, como las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes⁸
- Por la regulación especial de su financiación (el empresario asume la totalidad de la cotización) o aseguramiento (ante el INSS o las Mutuas de Accidentes)
- Porque dentro del sistema de la SS sigue operando un mecanismo de aseguramiento obligatorio de una responsabilidad objetiva del empresario que aunque en la mayor parte de los casos no proporcione una reparación íntegra del daño, explica que sus prestaciones sean superiores a las comunes

2.3. Los accidentes de trabajo: concepto y elementos delimitadores.

Es notorio el fenómeno expansivo que ha experimentado la noción de accidente de trabajo a lo largo de la historia siendo fruto tal realidad, en la mayoría de los casos, de la

⁶ Artículo 165.4 LGSS.

⁷ Ver artículo 20 Decreto de 22 junio 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo.

⁸ Artículos 201 a 203 de la LGSS.

copiosa doctrina jurisprudencial nacida de la interpretación del mismo. La primitiva Ley de 1900⁹ en su artículo primero señalaba que para los efectos de la presente ley, entiéndase por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena; por patrono, el particular o Compañía propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste; y por operario, todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena. Siguiendo la referida tradición legal, el Decreto de 22 junio 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo proclamaba en su artículo 1 que será accidente laboral toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

No será hasta 1994 cuando el concepto de accidente de trabajo experimente un desbordamiento en su acepción legal, proclamando el artículo 115 de la LGSS¹⁰ de tal fecha que no sólo es accidente de trabajo la lesión o daño corporal que sufra el trabajador como consecuencia o con ocasión del trabajo prestado por cuenta ajena, sino que también tendrán esa consideración a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa. d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Y g) las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación. Cerraba el legislador la definición legal con una cláusula final que señalaba que se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo. Idéntica redacción se mantiene en el vigente art. 156 de la LGSS, por lo que, a sensu contrario, será accidente no laboral todo aquél que no pueda ser calificado de accidente de trabajo. Se comprueba así cómo se pasa de una protección en los ámbitos industrial y agrario¹¹ a lo que un sector doctrinal ha definido como desbordamiento subjetivo de la noción originaria¹²

⁹ Ley de Accidentes de Trabajo publicada en la Gaceta de Madrid el 31 de enero de 1900.

¹⁰ Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

¹¹ Ver artículo 3 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

¹² MONEREO PEREZ, J.L. "Determinación de contingencias de la Seguridad Social". Revista doctrinal Aranzadi Social núm. 19/100820/2006 parte estudio. Editorial Aranzadi SAU. Cizur Menor. 2008. Pag.5.

Partiendo de la actual configuración legal podemos concluir, por tanto, que configuran el concepto legal de accidente de trabajo los siguientes elementos: el trabajo por cuenta ajena, la lesión o daño corporal que sufre el accidentado y la conexión con la ejecución de un trabajo.

2.3.1. La actividad por cuenta ajena

En el Régimen General el accidente de trabajo se vincula causalmente a un trabajo retribuido ejecutado por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aún de trabajo discontinuo, incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y la naturaleza común o especial de su relación laboral.

Por consiguiente, el ámbito subjetivo de la protección en este Régimen General se condiciona a la previa calificación laboral de la actividad desarrollada, sin que la existencia de contrato de trabajo se vincule a la calificación que hayan otorgado en su caso las partes, sino al contenido de las prestaciones. Para determinar la existencia o no de la relación laboral controvertida en juicio es de primordial importancia contar con el preceptivo informe de la Inspección de Trabajo.

2.3.2. Los sujetos protegidos

También son objeto de protección particular los asimilados a trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen General, aunque en estos casos la propia norma en la que se disponga la asimilación a trabajadores por cuenta ajena ha de determinar el alcance de la protección otorgada. En este sentido, han sido objeto de específica asimilación a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas siempre que no posean su control efectivo, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de funciones de dirección y gerencia y sean retribuidos por ello. Si poseen el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla, han de estar obligatoriamente incluidos en el RETA¹³.

Asimismo, se asimilan a trabajadores por cuenta ajena, a los socios trabajadores que realicen funciones de dirección y gerencia, siendo retribuidos por el desempeño del cargo, con independencia de que estén o no vinculados simultáneamente a la sociedad mediante una relación laboral común o especial y cuando además de realizar las funciones de dirección o gerencia mantienen con la sociedad una relación laboral especial de alta dirección.

¹³ Entre otras sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre de 1988 (EDJ 1988/7014), de 21 de enero (EDJ 1991/498), 13 mayo, 3 junio y 18 junio de 1991, de 27 de enero de 1992 (Rcud.1368/1991.EDJ 1992/657), de 11 de marzo de 1.994 (rcud.1318/1993.EDJ 1994/2224), de 22-12-94 (Rcud.2889/1993.EDJ 1994/9551), de 16-6-98 (rcud.5062/1997.EDJ 1997/7420), de 20-11-2002 (Rcud.337/2002.EDJ 2003/61273), de 26 de diciembre de 2007 (Rcud.1652/2006.EDJ 2007/344056) o de 24 de mayo de 2011 (Rcud.1427/2010.EDJ 2011/140386).

No pueden considerarse en puridad asimilados, sino trabajadores por cuenta ajena, los penados que realicen actividades laborales retribuidas encuadradas en la relación laboral especial penitenciaria¹⁴.

No obstante lo anterior, hemos de señalar que la cobertura en caso de accidente de trabajo no queda reducida al ámbito del trabajo por cuenta ajena, sino que el artículo 26 de la Ley de 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo incluye dentro del ámbito de protección de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos y de los autónomos económicamente dependientes las coberturas sanitarias, las prestaciones económicas y las sociales derivadas de accidente de trabajo, si bien define la propia norma lo que ha de entenderse por accidente de trabajo respecto de este último colectivo 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 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.

2.3.3. Los supuestos expansivos

En este sentido la doctrina jurisprudencial ha ido ampliando el concepto de accidente de trabajo a supuestos que no tenían *ab initio* tal consideración (por no acontecer en tiempo y lugar de trabajo estrictamente) como son el ocurrido al ir o volver del trabajo, el acto de salvamento, etc... Esta configuración expansiva es alabada por parte de la doctrina¹⁵, si bien otro sector considera que tal dinámica hace que numerosos supuestos escapen al control del empresario dificultando la utilización de los efectos preventivos, dando lugar a lo que sea denominado como el desbordamiento de la protección del riesgo desvinculando el concepto del propio desarrollo de la actividad profesional¹⁶. Esta posición invita a configurar la noción de accidente de trabajo a efectos de prevención en un sentido estricto, limitándolo a los acontecidos en tiempo y lugar de trabajo.¹⁷

El ámbito de la protección por accidente de trabajo se amplía incluso a supuestos que quedan al margen de una actividad laboral propiamente dicha, como es el caso:

- a) de los accidentes que se produzcan durante el viaje de salida o regreso de los emigrantes
- b) el sufrido realizando cursos de formación profesional para el empleo¹⁸

¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 1273/2011 de 4 marzo (EDJ 2012/60066); o de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sentencia núm. 682/2015 de 10 septiembre (EDJ 2015/184387).

¹⁵ FERNANDEZ AVILES, JA “El accidente de trabajo en el Sistema de la Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)”. Barcelona. 2007. Pags.96 a 99.

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, J. “el accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional”. En AAVV “Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900”. Madrid, 2000, pag.271.

¹⁷ DURAN LOPEZ, F. “Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España” Madrid. 201, pag.81.

¹⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Burgos, de 26 de enero de 2017 (REC. 708/2016 EDJ 2016/239232).

- c) en el desarrollo de prestaciones personales obligatorias, actualmente principalmente referidas a prestaciones personales obligatorias de carácter y ámbito municipal, y el de los miembros de las mesas electorales
- d) los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo, que si bien no implican la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que le corresponda, no obstante implica la protección de las contingencias profesionales y la obligación de formalizar su cobertura e ingresar sus cuotas por tales entidades.

2.3.4. La lesión corporal

El término lesión, daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad, viene referido tanto a la causa o agente que provoca la lesión sobre el organismo humano (acción súbita, violenta e inesperada), como al efecto o resultado, al daño o detrimento corporal, configurándose una conexión entre causa y efecto que determina la lesión como efecto de la fuerza lesiva, que es su causa (causalidad interna).

El concepto de lesión comprende tanto la sufrida en forma violenta o repentina, como la insidiosa o lenta y derivado de ello además esta concepción de lesión abarca también las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo no incluidas en el concepto de enfermedad profesional.

Lesión ha de ser atendida como resultado. Se trata de cualquier alteración o menoscabo orgánico o psíquico del sujeto accidentado, exista o no repercusión funcional y sea cual sea ésta, comprendiendo por tanto no solo las alteraciones que afecten a la capacidad laboral, reduciendo o anulando absolutamente ésta (muerte), sino también las meras alteraciones físicas o psicológicas, incluso aunque no produzcan efecto invalidante alguno (cicatrices, por ejemplo). Por tanto, la lesión se concibe en sentido amplio, de manera que un esfuerzo puede considerarse accidente de trabajo, siendo difícil, cuando se está atendiendo primordialmente al resultado dañoso, delimitar un accidente laboral de una enfermedad común, lo que sucede, por ejemplo, en el caso de lumbalgias que se manifiestan por esfuerzo durante la ejecución del trabajo, cuando se trata de enfermedades crónicas de larga evolución, desencadenadas en sus manifestaciones por un elemento exterior. En estos casos, aunque se trate de una dolencia de etiología común que ha ido evolucionando con los años no es obstáculo para que pueda calificarse como derivada de accidente¹⁹.

2.3.5. El nexo de causalidad

El tercer elemento que cualifica el accidente de trabajo es la relación entre trabajo y la lesión. En un orden causal, el accidente determina la lesión, pero a su vez, se requiere una

¹⁹ Entre otras Sentencias de la Sala Cuarta de 27 de diciembre de 1995 (EDJ 1995/7495), de 15 de febrero (EDJ 1996/282) y de 18 de octubre de 1996 (EDJ 1996/7160), de 27 de febrero (EDJ 1997/1818) y 20 de marzo de 1997 (EDJ 1997/3117), de 14 de julio de 1997 (EDJ 1997/6597), de 11 de diciembre de 1997 (EDJ 1997/21281), de 23 de enero de 1998 (EDJ 1998/792), de 4 de mayo de 1998 (EDJ 1998/3939), de 18 de marzo de 1999 (EDJ 1999/6334), y de 10 de abril de 2001 (EDJ 2001/10223).

conexión causal entre la lesión y el trabajo, de manera que el trabajo debe haber influido sobre el accidente²⁰.

La lesión corporal debe haber sido sufrida por el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, remarcando de ese modo que el origen de la responsabilidad por accidente de trabajo es de naturaleza objetiva y se halla en el riesgo profesional, no en la responsabilidad culposa del empresario. Por consecuencia del trabajo: o causalidad directa, cuando la lesión tiene como causa única o concurrente el trabajo, entendiéndose por tal, la pluralidad de los agentes lesivos o factores inherentes o específicos del trabajo. El nexo de causalidad directa caracteriza a los accidentes producidos por la acción de los factores específicos del trabajo. Y con ocasión del trabajo. Como causa indirecta o mediata, cuando sin el concurso del trabajo la lesión no se hubiera producido o hubiera tenido la gravedad que presenta, pudiendo encontrarse en la producción del accidente, tanto factores inherentes o específicos del trabajo, como factores no intrínsecamente laborales pero que guardan una cierta relación, así como relaciones de causalidad concurrente o concausalidad entre unos y otros factores y agentes.

El nexo de causalidad indirecta se define, entre otras cosas, por la intervención de agentes o factores humanos o naturales, que sin ser extraños al trabajo tampoco son inherentes a la realización del mismo. Se admite así, que es laboral sea cual sea la causa, cubriendo todo acaecimiento que tenga alguna conexión con el trabajo (o del que no se pruebe que deje de tenerla), incluso los casos de fuerza mayor y accidentes debidos a factores humanos, tales como actos u omisiones del trabajador, del empresario, de los compañeros de trabajo o de terceros.

3. DOCTRINA DE LA SALA CUARTA EN ACCIDENTES CAUSADOS POR PATOLOGÍAS CARDIACAS

Nuestro Alto Tribunal al abordar la muerte del Abogado de empresa comienza su exposición con un interesante análisis acerca de la contradicción en procesos valorativos de Seguridad Social y, tras sintetizar la consolidada doctrina relativa a que las cuestiones de calificación no son materia propia de la unificación de la doctrina²¹ (llegando a afirmar que ese tipo de litigios carece de interés casacional²²); concluye que la determinación de si en un caso concreto existe o no accidente de trabajo requiere la ponderación de una serie de elementos que dificultan la existencia de supuestos comparables, debiendo atender a efectos de contradicción a lo que denomina “hechos relevantes”.

²⁰ Recuerda la Sentencia de la Sala Cuarta de 18 de mayo de 2015 (REC. 1643/2014 EDJ 2015/118065) que la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2007 (recud.2579/2006 EDJ 2007/337966), ya tuvo ocasión de destacar, con cita de las sentencias anteriores de 25 de septiembre de 1991 (recud.460/1991 EDJ 1991/8998); de 28 de enero de 1992 (recud.1333/1990 EDJ 1992/702); de 4 de junio de 1992 (recud.336/1991 EDJ 1992/5747); de 9 de octubre de 1992 (recud.1727/1991 EDJ 1992/4891); de 21 de octubre de 1992 (recud.1720/1991 EDJ 1992/10287); de 5 de noviembre de 1991 (recud.462/1991 EDJ 1992/10902); de 25 de noviembre de 1992 (recud.2669/1991 EDJ 1992/11642), de señalar que “La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 19 de mayo de 1986, ha venido señalando, que a diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la “prueba del nexo causal lesión- trabajo”.

²¹ Así entre otras STS de 16 de septiembre de 2014 (Rcud.2421/2013 EDJ 2014/180834) o STS de 1 de junio de 2016 (Rcud.609/2015 EDJ 2016/88739).

²² SSTS de 23 de junio de 2005 (Rcud.1711/2004 EDJ 2005/166188 y 3304/2004 EDJ 2005/197777) y STS de 2 de noviembre de 2005 (Rcud.3117/2004 EDJ 2005/214151).

3.1. Doctrina general

Antes de ofrecer su decisión, resume la Sala su doctrina sobre determinación de contingencia en supuestos de lesiones cardiacas, y que si bien está en su mayoría referida al antiguo artículo 115. 3 de la LGSS de 1994²³ su idéntica redacción en el vigente artículo 156.3 la hace perfectamente vigente y actual.

La presunción a que se refiere la norma no sólo se extiende a los accidentes sino también a las enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, debiendo excluirse aquéllas otras que por su propia entidad excluyan la etiología laboral²⁴, habiendo de estarse a cada caso concreto para poder determinar este particular; porque lo que respecto de una actividad puede ser enfermedad del trabajo (piénsese, a título de ejemplo, en enfermedades contraídas por facultativos especialistas en enfermedades tropicales por exposición a un raro agente infeccioso) en otros casos se impone la naturaleza común del hecho causante con ruptura de cualquier relación con la prestación del trabajo (misma enfermedad contraída por el trabajador en un viaje de placer a un país tropical).

Juega, por tanto, la presunción legal cuando concurren las condiciones de tiempo y lugar de trabajo, recayendo sobre el demandante la carga de probar el básico hecho de que la lesión se produjo en dichas condiciones. Acreditados estos extremos, se tiene por cierta la presunción debiendo ser quien se oponga su aplicación quien deberá demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo.²⁵ Es este uno de los puntos más críticos de la doctrina de nuestro Alto Tribunal pues surge la duda de qué es lo que ha de entenderse por tiempo y lugar de trabajo.

Cuestión ardua será la individualización de tales circunstancias en cada uno de los supuestos que se sometan a juicio del Tribunal, pues es conocida la enorme dificultad del juicio de contradicción en el acceso a la casación unificadora, mucho más aún cuando los términos de comparación responden a situaciones personales altamente dispares, resultando notorio que no existen dos siniestros exactamente iguales siendo factores de diferenciación datos tales como la edad, los antecedentes patológicos y situación personal del trabajador, la profesión desempeñada y la forma en que ésta se desarrolla o las condiciones de trabajo, entre otras. De entre todos esos elementos aquél al que nuestro Alto Tribunal está confiriendo una mayor, o decisiva, relevancia dentro de los que hemos denominado “hechos relevantes” es al momento en que aparecen los síntomas de la dolencia (criterio cronológico-temporal), con independencia de que el punto más álgido de la crisis acontezca con posterioridad, incluso finalizada la prestación del trabajo.

Y es partiendo de este dato, desde el que la Sala construye su razonamiento para apartarse de la posición del Tribunal de Suplicación casando su Sentencia y declarando la naturaleza profesional del fallecimiento de El Abogado, en tanto que derivada de accidente de trabajo; pues devino la muerte en tiempo y lugar de trabajo.

²³ Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio en vigor hasta el 2 de enero de 2016.

²⁴ STS de 22 de diciembre de 2010 (Rcud.719/2010 EDJ 2010/290732); STS de 14 de marzo de 2012 (Rcud.4360/2010 EDJ 2012/60201), STS de 18 de diciembre de 2013 (Rcud.723/2013 EDJ 2014/188307) o STS de 10 de octubre de 2014 (Rcud.3183/2013 EDJ 2015/36638).

²⁵ STS de 3 de diciembre de 2014 (Rcud.3264/2013 EDJ 2014/229537).

Como ya hemos adelantado la Sala Cuarta ha ido consolidando una doctrina que exige como presupuesto previo de activación de la presunción del artículo 156.3 LGSS la simultanea concurrencia de dos elementos. Uno y otro igual de trascendentes y necesarios. El tiempo y lugar de trabajo. Examinaremos por separado cada uno de ellos.

3.2. Delimitación del lugar de trabajo

El lugar de trabajo ha sido dibujado por la doctrina jurisprudencial de una manera flexible, refiriéndose al espacio en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual. Por consiguiente, parece que no ha de hacerse un paralelismo pleno entre los conceptos laboral y social de “lugar de trabajo”, siendo este segundo mucho más amplio y flexible al definido por el legislador laboral²⁶.

Así, es accidente de trabajo el infarto agudo de miocardio sufrido por un trabajador mientras se encontraba en el vestuario “para ponerse la ropa de trabajo y EPIS, una vez ya hubo fichado, pues afirma la Sala que la doctrina previa sentada sobre los infartos sufridos en los vestuarios no constaba el dato de haber ya fichado el trabajador”²⁷. Dota también de trascendencia el Tribunal a la circunstancia de no encontrarse el trabajador en los vestuarios simplemente para cambiarse de ropa sino para proveerse de los EPIS (equipos de protección individual) que estaban en el vestuario y que tenía obligatoriamente que ponerse antes de su incorporación al puesto de trabajo; así como que percibía un plus hora de puntualidad incurriéndose en falta de puntualidad y pérdida del plus si se incorporaba tarde al puesto de trabajo “cualquiera que sea el retraso” (artículos 79 y 80 del Convenio Colectivo citado). Por lo tanto, el tiempo pasado en el vestuario para proveerse, como era su obligación, de los EPIS antes de incorporarse al puesto de trabajo era imprescindible so pena de perder el plus de puntualidad. Añade la Sala que “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Pero ello no ha impedido que el propio Tribunal Supremo haya considerado “tiempo de trabajo” determinados lapsos temporales en que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo, pero sí realizando operaciones indispensables para incorporarse al mismo. En este sentido cuando “el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar” que no es el de trabajo el “tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar” debe considerarse o computarse como “jornada de trabajo”²⁸.

Es también accidente de trabajo la muerte de un mecánico que trabajaba como tal al servicio de una empresa dedicada a la pesca de arrastre. La actividad laboral del causante se desarrollaba habitualmente en uno de los barcos de la empresa, aunque se encargaba también de la reparación de los vehículos de la misma. La causa de la muerte fue un infarto de miocardio, y el ataque al corazón y el fallecimiento ocurrieron mientras se desplazaba al lugar en que se encontraba un vehículo de la empresa que se había averiado para su arreglo.

²⁶ STS de 11 de julio de 2000 (Rcud.3303/1999 EDJ 2000/27801).

²⁷ STS de 20 de diciembre de 2005 (Rcud.1945/2004 EDJ 20015/250645), dictada el Sala General, cuya doctrina se reproduce en las SSTs de 22 de noviembre de 2006 (Rcud.2706/2005 EDJ2006/343458), de 14 de julio de 2006 (Rcud.787/2005 EDJ 2006/277456, de 25 de enero de 2007 (Rcud.3641/2005 EDJ 2007/8706) y de 14 de marzo de 2007.

²⁸ STS de 24 de junio de 1992.

La avería del vehículo de la empresa se produjo en el viaje de regreso a una lonja donde había vendido pescado. El desplazamiento con propósito de reparación del trabajador fallecido había sido motivado por una llamada telefónica del empresario, que era el conductor del vehículo averiado. El día de los hechos era festivo en la localidad del domicilio del trabajador fallecido y cinco días antes del ataque cardiovascular que le costó la vida el trabajador había sentido un fuerte dolor en el pecho en el barco de destino habitual, que le impidió trabajar y le mantuvo postrado en el camarote. El Tribunal aplica la doctrina de la Sala²⁹ que considera que en las misiones o tareas de trabajo distintas de las habituales contempladas en el art. 115.2 e) de la LGSS son tiempo y lugar de trabajo, a los efectos de la presunción de laboralidad del art. 115.3 de la LGSS, el «tiempo de trabajo efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de actividad», y el «lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual»³⁰.

Y es accidente de trabajo el infarto agudo de miocardio sufrido por la tripulante de cabina de pasajeros demandante cuando, después de haber cubierto los vuelos programados para ese día, así como el realizado “en situación” a fin de regresar a la base operativa a la que había sido destacada de forma temporal, se encontraba en el parking del Aeropuerto para dirigirse al Hotel donde se hospedaba. El trabajo de la demandante, en el marco de la misión encomendada por la empresa, consistía en la realización de los servicios de vuelo programados a poblaciones dispersas geográficamente, sin una localización fija. En segundo lugar, en el momento en que sufrió el ataque al corazón, veinte minutos después de haber finalizado su trabajo y encontrándose en el aeropuerto al que había sido adscrita de manera temporal, permanecía en sus instalaciones, con el uniforme de la Compañía, a fin de desplazarse al establecimiento donde se alojaba, evidencia la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba cuando sufrió la crisis cardíaca y el tiempo y el lugar de trabajo³¹.

3.3. Delimitación del tiempo de trabajo

Éste ha sido definido como el tiempo de trabajo efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de actividad. Se incluyen también determinados lapsos temporales en que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo, pero sí realizando operaciones indispensables para incorporarse al mismo.

Así, se ha considerado accidente de trabajo el infarto agudo de miocardio diagnosticado en las siguientes circunstancias: a) síntomas previos el día anterior en el domicilio del trabajador cuando se hallaba descargando leña, con dolor en el brazo izquierdo que persistió toda la noche; b) agravación de la sintomatología –con mareos y vómitos– al día siguiente mientras prestaba servicios como Operario de Almazara para la empresa desde la 7,00 horas y hasta que a las 11,45 horas, momento en el que abandona su actividad laboral; c) inmediato diagnóstico de pericarditis aguda post IAM.³²

²⁹ STS el 18 de diciembre de 1996 (Rcud.2343/1996 EDJ1996/10089)

³⁰ STS de 11 de julio de 2000 (Rcud.3303/1999 EDJ 2000/27801).

³¹ STS 1 de diciembre de 2017 (Rcud.3892/2015 EDJ 2017/279553)

³² STS de 5 de abril de 2018 (Rcud.3504/2016 EDJ 2018/51392)

Es accidente de trabajo el sufrido por trabajador que se encontraba de servicio, haciendo una ronda de inspección en el coche, sintió un dolor fuerte en el pecho y en el brazo izquierdo, lo que le obligó a parar el vehículo. Tras esperar a que se le pasara el dolor, continuó prestando servicios, haciendo su ronda. Posteriormente se marchó a su casa. De vuelta a la oficina sobre las 10:30 horas, comentó lo que le había sucedido a la empresa, y se le aconsejó que fuera al Hospital; pero por motivos de las tareas que tenía pendiente de hacer en el trabajo, lo pospuso, y sobre las 17.30 horas fue cuando tuvo que ir al Hospital, folios 28 a 31, ingresando de Urgencias, con dolor opresivo, en aumento, refiriendo sudoración, palidez, lio 32. Tras serle realizadas las exploraciones consistentes en TAC sin contraste y con contraste de tórax, se concluye con el siguiente diagnóstico: Disección aórtica tipo A de Stanford con rotura de pared aórtica y hemopericardio y tras tratamiento falleció a las 21.30 horas. El trabajador, no tenía antecedentes de enfermedad y tenía buen estado de salud, Concluye la Sala que no cabe descartar que la elevación de la presión arterial a causa del estrés inherente a la ejecución de su actividad laboral como vigilante de seguridad actuase como factor desencadenante o coadyuvante en la producción del suceso lesivo. Se trata, por tanto, de una dolencia que, manifestada en lugar y tiempo de trabajo, se beneficia de la presunción del art. 115.3 de la LGSS, por lo que no concurriendo ninguna circunstancia que permita desvirtuar los efectos que se derivan de dicha presunción, sin que pueda valorarse como tal el hábito tabáquico que supone otro factor de riesgo, hay que concluir que su fallecimiento se debe atribuir a la contingencia de accidente de trabajo.

Es accidente de trabajo el infarto agudo de miocardio que le sobrevino mientras se cambiaba de ropa, sin haberlo llegado a hacer totalmente, una vez concluida su jornada laboral, no por el juego de la presunción de laboralidad del artículo 115.3 de la LGSS (pues es doctrina unificada la que exige la doble concurrencia de los elementos de tiempo y lugar de trabajo para que aquélla despliegue sus efectos³³) sino porque consta que en la jornada en la que falleció el operario y en la anterior llevó a cabo sus funciones de especialista pintor corriendo andamios, pintando naves bajo un techo de uralita bajo un intenso calor (verano de 2003) a 7 u 8 metros de altura y en condiciones agotadoras (fundamento de derecho segundo y hechos probados primero y cuarto).³⁴

Pero expuesto el panorama doctrinal más reciente en el que enmarca la doctrinal las fronteras de la presunción legal de laboralidad, surge la incógnita de qué ocurre entonces con las enfermedades padecidas con carácter previo por el trabajador y que se agudizan en las condiciones a que se refiere el artículo 156.3 de la LGSS. ¿Ha de ser común la contingencia cuando es común la patología de base que desencadena la crisis? Se trata ésta de cuestión solventada de manera unívoca por nuestro Tribunal Supremo, quien ha considerado accidente de trabajo el sufrido por un Oficial de 1ª siderometalúrgico que desde hacía un año padecía episodios de dolor torácico sin relación con el esfuerzo y que inicia un proceso de incapacidad temporal (IT) con posterior alta médica y propuesta de incapacidad permanente (IP) derivada de enfermedad común que le fue reconocida después como consecuencia de un episodio de dolor torácico opresivo durante quince minutos, entre otros síntomas, en la madrugada del 15-9-05, y tras marchar al trabajo al siguiente día y hallarse en él

³³ Sentencia de 20 de diciembre de 2005 (Rcud.1945/2004 EDJ 2005/250645), en la que se afirma la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS. contiene la doble exigencia de que la lesión que sufra el trabajador se produzca durante el tiempo y en el lugar de trabajo

³⁴ STS de 20 de noviembre de 2006 (Rcud.3387/2005 EDJ 2006/331245).

desempeñando su labor, sufrió otro a las 7 horas 45 minutos, lo que le llevó a consultar al médico de la empresa que decidió derivarlo al hospital, apreciándosele infarto lateral. El Tribunal razona que la presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS (RCL 1994, 1825) como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.³⁵

Ambos elementos han de estar, por consiguiente, presentes en el momento de desencadenarse los primeros síntomas de la patología en cuestión, empleando la Sala criterios de tipo cuantitativo y cualitativo para calificar el suceso, o no, de accidente de trabajo. Y decimos de tipo cualitativo porque atiende el Tribunal a la entidad o intensidad con que aquéllos cursan precisamente durante ese tiempo y en dicho espacio de trabajo, para poder determinar si el núcleo esencial del proceso (o lo que es lo mismo, los síntomas más relevantes o principales), acontecieron en las referidas condiciones espacio-temporales.

Hemos de pensar que no siempre las dolencias cardio-vasculares debutan de manera repentina e irremediable (caso de las aneurismas o roturas espontáneas de vasos, o el caso de la denominada muerte súbita), sino que no son infrecuentes los supuestos en que los primeros síntomas de la enfermedad discurren en el tiempo con una intensidad leve-moderada, perfectamente soportable para quien los padece, siendo compatibles con el transitar de otras patologías menos graves. Así un mero malestar, mareos, sudores o dolores de baja intensidad son sintomatología compartida por diversidad de enfermedades (gripe, gastroenteritis o incluso un mero catarro); sin embargo, dicha clínica puede de manera progresiva ir ganando en intensidad hasta desembocar en el agudo episodio del infarto de miocardio o el ictus cerebral. Esta palpable realidad es la que parece haber presidido el razonar de la Sala Cuarta al abordar los no infrecuentes casos en que pese a haber debutado la sintomatología con anterioridad al comienzo de la ejecución del trabajo, su acusada agravación, una vez principiado aquélla, muta la naturaleza del proceso (o en su caso del fatal resultado de muerte) de común a profesional.

Y decíamos cuantitativos porque habrá de estarse en cada caso concreto al modo en que discurre la crisis, de modo que si la mayor parte (o una sustancial parte) de ella acontece en tiempo y lugar de trabajo habrá de ser calificado el proceso de accidente de trabajo, pese a que la mayor virulencia del proceso clínico, o incluso su fatal desenlace, se produzcan fuera del lugar o del tiempo de trabajo. Se trata de supuestos como el abordado en la Sentencia de 1 de marzo de 2018 respecto del que pudiéramos plantearnos cuál hubiera sido la respuesta ofrecida por los intérpretes jurídicos si en lugar de haber acudido el trabajador al gimnasio tras finalizar la jornada matutina, se hubiera trasladado a instalaciones médico-hospitalarias para ser atendido de un malestar que se remontaba al inicio de la jornada laboral.

³⁵ STS de 18 de diciembre de 2013 (Rcud.726/2013 EDJ 2013/280901).

Recientemente nuestro Alto Tribunal ha tenido ocasión de experimentar la enorme dificultad con que se muestra la materia que nos ocupa siendo el criterio mayoritario de la Sala que no ha de considerarse accidente de trabajo el accidente vascular sufrido por una doctora cuando los síntomas debutaron al despertarse (mareos con cierta rigidez facial), pese a lo cual “de manera imprudente” dice el Tribunal aquélla decidió incorporarse a su puesto de trabajo, agudizándose la clínica y viéndose obligada a retornar a su domicilio donde finalmente es atendida por los servicios de emergencias. Concluye la Sala que no constando se hubiera prestado trabajo alguno no podemos afirmar concurren los elementos de tiempo y lugar de trabajo a que se refiere la Ley General de la Seguridad. En contra de tal sentir mayoritario se formula voto particular discrepante que sostiene que el mero hecho de haberse integrado la trabajadora por sus propios medios a su puesto de trabajo, hacen que hayamos de considerar que la crisis desencadenate del diagnóstico aconteció en tiempo y lugar de trabajo, no acreditándose la fractura del nexa causal.³⁶

4. EL CASO EXAMINADO Y LA RESPUESTA DEL TSJ

4.1. Supuesto debatido

La comprensión del conflicto exige una detallada exposición de los hechos declarados como probados en la Resolución de instancia que sirvieron de soporte para la decisión de nuestro Alto Tribunal, pues permanecieron inalterados (por incombatis) en la sede replicatoria. En este sentido resultan relevante los siguientes datos:

1) El trabajador venía desarrollando su actividad como abogado dentro del Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Padecía una cardiopatía isquémica habiéndosele practicado (en fecha desconocida) un triple bay-pass.

2) El día 22 de mayo de 2009 acudió a una notaría por razones de trabajo donde manifestó que no se encontraba bien, regresando una vez finalizadas las diligencias oportunas a su despacho.

3) Allí sus compañeras lo vieron mal, pero pese a ello acudió a la sede de la empresa en donde estaba gestionando la venta de un buque y tenía reuniones señaladas.

4) En dicho centro los compañeros de trabajo apreciaron que El Abogado estaba sudoroso y pálido, y le recomendaron acudir al Gimnasio del Club Financiero que la empresa abonaba a sus directivos.

5) Una vez allí, y practicando deporte, le sobrevino un evento cardiaco sobre las 13:00 horas causándole la muerte. El médico del Registro civil hizo constar como causa de la muerte “cardiopatía isquémica”.

6) El día 29 de mayo de 2009 la viuda de El Abogado solicitó prestaciones por muerte y supervivencia que le fueron reconocidas por Resolución de 5 de junio de 2009 por importe de 36,07 euros en concepto de auxilio por defunción y pensión de viudedad del 52% de una base reguladora de 2.627,67 euros y efectos económicos de 23 de mayo.

7) Tramitado expediente de determinación de contingencia a instancia de su viuda, el Instituto Social de la Maria acordó en Resolución de 22 de octubre de 2014 declarar el carácter común de la contingencia de dichas prestaciones. Tal decisión fue impugnada judicialmente recayendo Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo de 7 de abril

³⁶ Sentencia de la Sala Cuarta número 366/2018 de 4 de abril (Recud.2191/2016 RJ 2018/1796)

de 2015, que desestimando la demanda confirmaba el sentido de la Resolución de la gestora. Sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de junio de 2016 en Recurso de Suplicación 2769/2015.

4.2. La STSJ de suplicación

Partiendo de los anteriores mimbres fueron tres los elementos que condujeron a la Sala de Galicia a descartar la calificación como accidente de trabajo del fallecimiento del trabajador. A saber:

A.- La ausencia de datos que permitieran afirmar que los primeros síntomas aparecieron en las dependencias de la notaría y no antes de iniciarse la jornada laboral.

B.- La falta de conexión entre la intensidad y forma en que cursaron los síntomas descritos durante el tiempo de trabajo y el fatal desenlace, pues no consta que el trabajador tuviera que interrumpir o suspender en ningún momento su agenda, encontrándose lo suficientemente bien como para ir al gimnasio tras finalizar la jornada matutina.

C.- Fue la actividad deportiva, con sus necesarias exigencias y requerimientos físicos, la que desencadenó la crisis cardíaca que acabó con la vida de El Abogado.

5. RESPUESTA DE LA SALA CUARTA AL CASO

Siguiendo con el estudio de la Sentencia que nos ocupa, toca analizar los concretos criterios que condujeron a la Sala Cuarta a calificar la muerte de El Abogado de accidente de trabajo casando la del Tribunal Superior de Justicia gallego.

En primer lugar, se maneja un criterio estrictamente procesal para combatir el razonamiento de la Sala de Suplicación, al afirmar que las meras conjeturas no son parámetros susceptibles de fracturar la presunción legal de laboralidad del artículo 156.3 de la LGSS; por cuanto no consta acreditado ni que con anterioridad a la llegada a la Notaría El Abogado ya éste se sintiera mal, ni que en el momento de sobrevenirle la muerte se hallare desarrollando una extenuante o exigente actividad física. Y es que es sabido que permaneciendo inalterados los hechos declarados probados en la Resolución de instancia cabe que el Tribunal de Suplicación alcance conclusiones dispares a las del Juzgador de instancia, pero sin apartarse de las reglas de la sana crítica que han de presidir la actividad de valoración probatoria. Y en este sentido, no existe a juicio de la Sala verdad procesal alguna que permita afirmar que con anterioridad al comienzo de la jornada El Abogado arrastrara una clínica similar a la objetivada durante toda la mañana, o que al acudir al espacio deportivo se empleara aquél en actividades altamente extenuantes.

En segundo término, fue el parámetro cuantitativo examinado más arriba el que condujo al Tribunal a afirmar la naturaleza de accidente de trabajo del fallecimiento de El Abogado; por cuanto la casi totalidad del proceso cardíaco transcurrió durante la jornada laboral de la mañana y en las distintas dependencias a las que aquél acudió en el ordinario desempeño de su actividad de abogado de empresa. Considera la Sala que la sola circunstancia de haber acontecido la muerte en un espacio ajeno a las instalaciones de la empresa (aunque en todo caso vinculada con ella), no es elemento que revista la entidad suficiente para romper la presunción de laboralidad legalmente declarada, pues insistimos, el

óbito no deja de ser uno de los síntomas (el más grave sin duda) con que las dolencias cardiovasculares cursan; tratándose de lo que denomina “dolencia arrastrada” detectada en tiempo y lugar de trabajo. Resultaría de aplicación, en definitiva, lo dispuesto en el apartado g) del inciso segundo del artículo 115 (vigente 156.2.g)³⁷.

En conclusión, afirma la Sala que las circunstancias que rodearon el óbito del trabajador no se apartan de un contexto de laboralidad pues el espacio en que acontece está vinculado con la empleadora, siendo el fin perseguido por la visita a tales dependencias el recobro de la salud y no el mero bienestar o un estado lúdico.

6. JUICIO CRÍTICO

6.1. Preliminar

Partiendo de todo lo expuesto, se puede considerar que ninguna doctrina novedosa ha sentado la Sala Cuarta en esta debatida Resolución, en donde lo extravagante, y origen de toda la controversia generada, derivó de las circunstancias geográficas del fallecimiento (un centro deportivo) y no de lo razonado por el Tribunal. En el ámbito de estudio que nos ocupa resulta altamente controvertido para doctrina y jurisprudencia la real incidencia que la prestación del trabajo pueda tener en las enfermedades cardíacas.

6.2. The Lancet

Y en este sentido resulta muy relevante traer a colación un interesantísimo estudio publicado en la prestigiosa revista médica *The Lancet*³⁸, en el que se concluyó que el estrés en el trabajo aumenta en un 23% el riesgo de sufrir un infarto de miocardio, siendo el estudio más amplio jamás realizado sobre la relación entre condiciones laborales y enfermedades del corazón.

Si bien no aclara el documento de qué modo el estrés en el trabajo puede conducir a un infarto, los investigadores y autores han concluido que “sabemos que, en situaciones de estrés, los fumadores tienden a fumar más, las personas con sobrepeso tienden a ganar más peso y los trabajadores tienden a hacer menos actividad física”. Esto indica que el estrés juega un papel indirecto sobre el riesgo coronario, al conducir a conductas poco saludables en quienes lo sufren.

Los autores del estudio apuntan a que el estrés laboral también podría tener un efecto más directo sobre el corazón alterando las hormonas que regulan el estrés o elevando la tensión arterial de manera permanente. Sin embargo, dicho efecto directo no se demuestra en el estudio.

Todos los participantes, carentes de ninguna enfermedad coronaria diagnosticada, completaron cuestionarios al inicio del estudio para evaluar la exigencia de sus trabajos, la carga de trabajo excesiva, la presión temporal y la libertad para tomar decisiones. Los

³⁷ Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

³⁸ M. KIVIMÄKI y otros. *The Lancet*. Volumen 386, Nº10005. 31 de October. Pag.1739-1746.

estudios se prolongaron una media de siete años y medio. Los resultados obtenidos indicaron que el riesgo de sufrir un infarto de miocardio u otra enfermedad coronaria era un 23% superior en el grupo de personas que confesaron estar sufriendo estrés laboral, incluso controlando variables como el estilo de vida, la edad, el sexo y el nivel socioeconómico.

Estos resultados muestran que los empleos en los que se exige mucho de los trabajadores y se les da muy poco control sobre lo que hacen son los que más estrés causan y mayor riesgo de enfermedad coronaria comporta. En el otro extremo, los empleos en que los trabajadores pueden controlar qué hacen y a qué ritmo lo hacen son los de menor riesgo coronario³⁹.

6.3. Vinculación entra actividad laboral y lesiones

Partiendo de esta realidad médicamente constatada, que anuda trabajo y lesiones cardiacas, se han de rechazar las tesis que niegan la vinculación entre estos dos parámetros; si bien habrá de estarse a cada caso concreto para poder afirmar la presencia de un accidente de trabajo, debiendo manejar los criterios geográficos, temporales, cuantitativos y cualitativos definidos por la Sala Cuarta en los términos expuestos más arriba.

En este sentido, la prueba hábil necesaria para desvirtuar la presunción legal de laboralidad habrá de ser contundente e inequívoca, no concurriendo este particular en caso que analizamos, revistiendo la naturaleza de meras suposiciones las afirmaciones vertidas por los Magistrados para apartarse de la aplicación del apartado tercero del artículo 156 de la LGSS. Entiendo que el argumento procesal manejado por la Sala Cuarta para separarse de dichas conclusiones resulta del todo incuestionable por imperativo del derecho constitucional de tutela judicial efectiva⁴⁰ y la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los Poderes Públicos⁴¹, y por cuanto siendo de naturaleza extraordinaria el recurso de suplicación han de sujetarse los Tribunales Superiores de Justicia a las verdades procesales declaradas en la Sentencia de instancia, salvo que se haya instado, y prosperado la revisión de hechos probados, por la vía de la letra b) del artículo 193 de la norma adjetiva laboral⁴², extremo éste no concurrente en el supuesto analizado.

6.4. Las dolencias acreditadas en el caso

Y es que en el singular caso que abordamos son verdades procesales (inatacadas por ninguna de las partes), la de venir refiriendo el trabajador su malestar desde el comienzo de la prestación del trabajo; malestar que resultó ser patente para quienes trataron con el fallecido durante toda la jornada, pues hasta en tres ocasiones le manifestaron sus compañeros que tenía mal aspecto y que se encontraba sudoroso y pálido. Síntomas que resultan ser propios de las crisis de infarto agudo de miocardio según la experiencia y la ciencia médica, y que debutaron sin lugar a dudas en tiempo y lugar de trabajo, desarrollándose durante toda la jornada matutina hasta que, tras finalizar ésta y desplazarse el trabajador a una espacio donde hallaría mayor serenidad y relajación, tratando de recobrar de

³⁹ Federación Española de Asociaciones de Anticoagulados. *El estrés laboral eleva el riesgo de sufrir un infarto*. 21 de septiembre de 2012. <http://www.areadelcorazonhcvv.com/blog/?p=1112> y www.news.anticoagulados.info.

⁴⁰ Artículo 24 de la Constitución Española.

⁴¹ Artículo 9.3 de la Constitución Española

⁴² Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social.

nuevo la salud, devino la muerte; debiendo obviar innecesarios (por inútiles) juicios de valor entorno a lo acertado o no de la invitación de los compañeros del finado de acudir al gimnasio en lugar de a un centro médico en la búsqueda de su recuperación.

Compartiendo, por consiguiente, la postura del Alto Tribunal, hemos de concluir señalando que, si bien las decisiones de la doctrina jurisprudencial se anudan a las particularidades de cada caso concreto, resulta obvia la progresiva conquista a favor de lo profesional de territorios que a priori pudieran ser propios de lo común.

Quizá la finalidad que preside la que podemos ya calificar de asentada doctrina jurisprudencial esté inspirada en un loable mayor rigor científico, pues no puede actuar el Derecho al margen de Ciencia de la Medicina y reservar la naturaleza profesional única y exclusivamente a los eventos iniciados y agotados en tiempo y lugar de trabajo, pues tal proceder se apartaría de la natural forma en que los procesos patológicos cardio-vasculares se desenvuelven, dejando al margen de lo profesional episodios claramente vinculados al desempeño del trabajo.

Igualmente, compartimos que el criterio relativo a que la ausencia del factor geográfico resulta por sí sólo insuficiente para fracturar la presunción legal de laboralidad, sobre todo cuando fuera de ese dato no existieran elementos periféricos que inviten a apartarse de la disposición legal. En el supuesto examinado son desconocidos (quizá por no concurrentes) detalles tales como si la concreta actividad desempeñada por el trabajador en el gimnasio lo era de una moderada o alta intensidad; el tiempo concreto durante el que se extendió la práctica del deporte; o incluso el nivel o carga estresante ordinaria del puesto de trabajo ocupado por el finado. Datos que impiden compartir las conclusiones de la Sala Suplicatoria.

6.5. Epílogo

No obstante lo anterior, solucionadas estas dudas surgirían otras nuevas... ¿es tiempo de trabajo a efectos de la calificación de una contingencia profesional la pausa del bocadillo o aquellos otros periodos de descanso que legal o convencionalmente establecidos interrumpen la jornada para garantizar el necesario descanso del trabajador? O ¿Qué ocurre si pese a no desempeñarse trabajo alguno en dicho tiempo sobreviniere una crisis cardio-vascular? Se trata de cuestiones que aún no han sido abordadas por el Tribunal Supremo dada la dificultad de apreciar contradicción en la materia a que nos referíamos al comienzo, y cuya decisión, en todo caso, deberá transitar por el análisis de los juicios cuantitativos y cualitativos que hemos expuesto. Dichos criterios serán los que faciliten al operador jurídico la obtención de unos parámetros de seguridad en la naturalización de las lesiones vasculares pese a la enorme casuística presente en esta materia, que dificulta la delimitación de conceptos unívocos y universales, válidos para todo supuesto.

La destrucción de la presunción de laboralidad exigirá en todo caso que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral; bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal⁴³.

⁴³ STS de 20 de octubre de 2009 (Reud.1810/2008 EDJ 2009/265821), STS de 18 de diciembre de 2013 (Reud.726/2013 EDJ 2013/280901) y STS de 10 de diciembre de 2014 (Reud.3264/2013 EDJ 2014/229537).

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

Seguridad Social y reforma de la Administración en Italia* Social Security and Administrative reform in Italy

PAOLA BOZZAO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CATEDRÁTICA ACREDITADA)
UNIVERSIDAD “LA SAPIENZA” DE ROMA

Resumen

El ensayo analiza, de manera crítica, el sistema de Seguridad Social que en el curso del último decenio ha interesado las reformas del trabajo público en Italia. El objetivo es resaltar las criticidades que se pueden encontrar, en particular, en el recurso de modalidad de jubilación anticipada coactiva –puntos sobre los que ha vuelto a discutirse en la administración pública, con el objetivo de favorecer la reducción del gasto para el empleo público y el cambio generacional del personal allí ocupado– que puede ser vulnerable ante problemas de compatibilidad con la prohibición de discriminación por razones de edad, sancionado por la directiva 2000/78/CE.

Abstract

This essay critically analyses the Social Security system that in the last decade has involved the reforms of public work in Italy. The objective here is to highlight the criticalities that can especially be found in the appeal for coerced early retirement –points which have been discussed again in the public administration, with the aim of favouring the reduction of spending for public employment and the generational change of personnel employed there– who may be vulnerable to problems of compatibility with the prohibition of discrimination based on age, sanctioned by Directive 2000/78/EC.

Palabras clave

Seguridad Social; empleo público; jubilación forzosa; discriminación por motivos de edad

Keywords

Social Security; public employment; forced retirement; discrimination based on age

1. SEGURIDAD SOCIAL Y REESTRUCTURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: EL CONTEXTO DE REFERENCIA.

En el contexto general de los procesos de reestructuración comenzados en la Administración Pública italiana, el sistema de Seguridad Social, en particular el de jubilaciones, juega un rol cada vez mayor. Los regímenes de pensiones se relacionan con la necesidad de hacer más eficiente la administración pública, a la vez que reducir el gasto público, con especial referencia a los costos de los empleados¹. Entre los factores responsables del bajo rendimiento de las administraciones públicas italianas, algunos documentos europeos recuerdan el problema de edad (y calidad) de los empleados públicos².

En el curso del último decenio se abrió camino con mayor énfasis el recurso a la instrumentación de las pensiones, con el objetivo de “limitar” la condición en servicio de los

* Este escrito constituye, con notas esenciales, el texto de la ponencia al Seminario Internacional sobre Reestructuración de la Administración Pública y Empleo, Málaga, 27 de abril de 2018.

¹ *Recomendación del Consejo sobre el programa nacional de reforma 2015 de Italia*, 13 de mayo de 2015; *Relación por país relativa a Italia 2015*, presentada por la Comisión europea el 18 de marzo de 2015.

² “Casi el 50% de los empleados de la administración pública central y local tiene 50 años o más, y solo el 10% tiene 35 años o menos”: Comisión europea, *Relación por país relativa a Italia 2016*, 26 de febrero de 2016.

empleados ancianos (trabajadores privados, pero principalmente públicos), y generar el rejuvenecimiento de la fuerza laboral, favoreciendo así –en una perspectiva a largo plazo– una más equitativa distribución de los puestos de trabajo entre las distintas generaciones.

Efectivamente en el sector público, el cambio generacional constituye un objetivo prioritario. Como veremos más adelante, se trata de un propósito muy amplio que justifica la dilatación de los espacios de acción de los empleadores públicos y los despidos de los trabajadores a punto de jubilarse. Las medidas conocidas en este ámbito pueden atribuirse a la extensa política de contención del gasto, que ha caracterizado la acción gubernamental de los últimos años. De esta manera se han introducido recortes que, mediante un conjunto de medidas³, afectó considerablemente las dotaciones de personal de casi todas las administraciones, con el objetivo declarado de asegurar la sostenibilidad de la deuda pública y garantizar el eficiente funcionamiento (y, por consiguiente, el buen rendimiento) de la administración pública, ambos impuestos por el art. 97 de la Constitución.

De esta manera, en el área del empleo público, la natural correlación entre el derecho a la pensión y la salida del trabajo, desde siempre basada en el deber de la administración de poner fin el vínculo en el momento en el que el trabajador alcanza los requisitos para acceder a la pensión de vejez, fue desarrollada con nuevas formas que producen la extinción del vínculo laboral. Opciones que pueden –a veces, deben– ser utilizadas por la administración antes de que el trabajador alcance la exigencia de estado civil.

Esto produce un cuadro normativo muy articulado, en el que se encuentran múltiples interferencias entre el sistema de pensiones y la gestión de los que hayan cesado en su actividad profesional⁴; y que acentúa las diferencias de disciplina entre trabajo público y privado que el legislador intentó atenuar, también en materia de pensiones, mediante las reformas regulativas de los últimos veinte años⁵.

Este amplio *corpus* normativo, que fue consolidándose en el tiempo, en los últimos diez años ha sido objeto de investigaciones jurisprudenciales que intentaron verificar su

³ Estas medidas invierten la organización de la administración pública y de la relación funcionarial. Entre otras, basta citar: las nuevas facultades de contratación para el quinquenio 2014-2018; la reducción de las diversas indemnizaciones previstas en caso de transferencias, tanto legales como contractuales; la introducción de nuevos mecanismos de movilidad, inclusive involuntaria, en el intento de realizar una redistribución de los contingentes de trabajadores públicos y, de este modo, re-equilibrar a los orgánicos de las varias administraciones. Para todos, ver ESPOSITO M., “Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative”, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, pág. 331 ss.; MASTINU, E.M. “La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014”, *ivi*, 2014, pág. 603 ss.; RICCOBONO A., *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, ESI, Napoli, 2017.

⁴ BOZZAO P., “Anzianità e uscita dal lavoro: connessioni previdenziali, tra interferenze e resistenze del sistema multilivello”, *Variations su temi del diritto del lavoro*, 1/2017, pág. 73 ss.; y PASSALACQUA P., “La tutela pensionistica nel pubblico impiego tra armonizzazione e spending review”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 4/2017, pág. 679 ss.

⁵ La separación, cada vez más marcada, entre la disciplina del empleo público y la del privado, y que se observa en las reformas legislativas más recientes, es puesto en evidencia por ZOPPOLI L., “Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 168/2013, spec. pág. 10; y por MAINARDI S., “Lavoro pubblico e organizzazione amministrativa nelle riforme del Governo Renzi”, en CARINCI F. (editado por), *Le politiche del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, Adapt, e-book n. 40, pág. 493 ss.

compatibilidad con el principio de no discriminación por motivos de edad en el ámbito laboral, introducido por la directiva n. 2000/78/CE. El asunto ha sido sometido al control del juez europeo; dando lugar a una abundante corriente judicial sobre los límites a la fijación (legal o convencional) de una edad, es decir de una determinada ancianidad contributiva, para acceder a la jubilación obligatoria.

2. EL ACCESO ANTICIPADO A LA PENSIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

Al examinar la normativa italiana, si se presta atención a las reglas para acceder a la pensión, se verá claramente que, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, en el área del empleo público el cumplir con los requisitos de acceso a la pensión de vejez conlleva a una presunción absoluta de la disminución de la disponibilidad de energía laboral del empleado. A partir de ese momento, la continuación del vínculo ya no se considera funcional a la necesidad, a satisfacer mediante el cumplimiento de funciones públicas, del buen curso de la administración. Según una consolidada orientación jurisprudencial⁶, la rigurosidad de esta disciplina se fundamenta en una lectura amplia del art. 97 de la Constitución, que impone, para el trabajo público, en base a disposiciones de ley no derogables por la contratación colectiva, la extinción del vínculo al cumplir una edad máxima.

A esta normativa general sobre el límite máximo de edad se han agregado, en la última década, nuevas normas generales, rápidamente sucedidas de año en año, que han modificado profundamente la legislación previgente, marcando un gradual alejamiento (y, de alguna manera, haciendo resurgir aquellas diferencias que existían desde siempre) entre la disciplina jubilatoria aplicable en el sector público y en el privado.

De esta manera, se ha asistido a una fuerte reorganización de la importancia innovadora de la reforma de las pensiones de 2011⁷, que ha retrasado la edad de acceso a la pensión de vejez y ha endurecido las condiciones de acceso a la pensión anticipada. Este reajuste se ha ejecutado mediante medidas correctoras que –facilitando cada vez más la expulsión de los empleados públicos con una notable ancianidad de servicio y, por lo tanto, particularmente costosos– han reactivado el uso de formas de jubilación anticipada⁸, claramente alejándose de la ratio subyacente a esta reforma⁹.

⁶ C. de Cas., 2 de marzo de 2005, n. 4355; conf. C. Cas. 10 de junio de 2008, n. 15337; C. Cas. 3 de noviembre de 2008, n. 26377; C. Cas 17 de junio de 2010, n. 14628.

⁷ Art. 24, decreto ley del 6 de diciembre de 2011, n. 201, conv. con mod. en ley el 22 de diciembre de 2011, n. 214.

⁸ Una modalidad de salida anticipada del trabajo, que elige el trabajador y con costos que en el sector privado pueden caer sobre la empresa, ha sido introducida por la ley de estabilidad de 2017 de manera experimental para el período 1º de mayo de 2017 - 31 de diciembre de 2019 (llamada APE). Este caso no equivale a una verdadera jubilación anticipada, sino un anticipo financiero de garantía para las pensiones: ante tal medida, la jubilación constituye la garantía de un préstamo bancario que el trabajador podrá pedir a partir de los 63 años, y que debería devolver en cuotas durante el curso del ventenio siguiente al pago del primer importe jubilatorio por parte del Inps (Instituto Nacional de Seguridad Social).

⁹ Para ahondar en este tema: BOZZAO P., *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, espec. Cap. IV.

A partir de 2014, dichas medidas han sido explícitamente puestas en función del objetivo de la rotación generacional¹⁰, y expresamente atribuidas en el amplio cuadro de la *Análisis global de gastos (spending review)*, para contener el gasto público y reducir –allí donde no se alcance a racionalizar, remodelándolos, a los orgánicos– al personal de las administraciones públicas. En esta dirección se mueven tanto la abrogación del instituto de la retención en servicio¹¹ como la ampliación de la resolución unilateral del contrato de parte del empleador público, respecto de los empleados que hayan reunido los requisitos para acceder a la pensión anticipada, con un preaviso semestral y la adopción de una decisión por motivos específicos. A esta última medida, de relevante impacto en el área del empleo público, dedicaré mis siguientes reflexiones.

2.1. EN ESPECIAL: LA JUBILACIÓN COACTIVA ANTICIPADA

La medida fue introducida en 2008 (art. 72, inciso 11, del decreto ley del 25 de junio de 2008, n.11¹², cuando se reconoce a la p.a. la facultad de resolución del vínculo laboral respecto de los trabajadores de edad que hayan cumplido los requisitos de acceso al régimen de pensión anticipada. La norma, objeto de cinco modificaciones legislativas en el lapso de seis años, ha constituido una verdadera piedra en el zapato del legislador¹³; introducida para modernizar a los orgánicos de la administración pública, ha tenido que ser coordinada con el objetivo opuesto de prolongar el tiempo de servicio de los trabajadores ancianos, realizado mediante la agravación de las condiciones de acceso a la pensión.

Esta facultad, introducida en 2008, con carácter excepcional con respecto a la disciplina ordinaria de la jubilación y por un período limitado, luego ha sido temporalmente prolongada y en último lugar se convierte en la norma en 2014¹⁴. Esta última intervención ha sustituido el texto original de la norma, presentando importantes novedades. De hecho no solo el requisito inicial de 40 años de vejez contributiva máxima ha sido alineado a los nuevos criterios de acceso a la jubilación anticipada, establecidos con el decreto Salva Italia¹⁵, sino que, además, ha sido ampliada la platea de las administraciones admitidas para

¹⁰ Tal es así, que el título del art. 1, decreto ley del 24 de junio de 2014 n. 90, conv. con mod. en ley el 11 de agosto de 2014, n. 114, ha sido impostado en términos de “Disposiciones para el recambio generacional en las administraciones públicas”.

¹¹ Se trataba de la facultad - introducida por el art. 16 del decreto legislativo n. 503/1992 - de solicitar permanecer en servicio por un período máximo de un bienio, más allá de los límites de edad establecidos para jubilarse. Tal instituto, degradado en el curso de veinte años de derecho potestativo del trabajador a mero interés puesto a la libre aceptación por parte de la administración pública, con el tiempo ha sido limitado a parámetros cada vez más rigurosos, hasta su final abrogación.

¹² El decreto ley fue convertido con mod. en ley el 6 de agosto de 2008, n. 133. Para examinar tal régimen de pensión en su formulación original, ver BOZZAO P., “Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento”, en ZOPPOLI L. (editado por), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pág. 433 ss.; MORRONE A., “Esonero dal servizio e collocamento a riposo dei dipendenti pubblici”, en CINELLI M., FERRARO G. (editado por), *Lavoro, competitività, welfare*, Giappichelli, Torino, 2009, pág. 393 ss.

¹³ FILÌ V., “Sull’obbligo della pubblica amministrazione di motivare il licenziamento del dipendente con quarant’anni di contributi”, *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, 4/2016, spec. pág. 699.

¹⁴ Art. 1, co. 5 decreto ley n. 90/2014, que sustituye el texto del art. 72, co. 11, decreto ley n. 112/2008.

¹⁵ Para el trienio 2016-2018, de 42 años y 10 meses de contribuciones para los hombres, 41 años y 10 meses para las mujeres.

hacer uso de ella¹⁶, y fueron reformuladas las premisas sustanciales y formales para la rescisión.

En el curso del tiempo, el legislador ha corregido las reglas en materia de motivación del acto de rescisión. De hecho, frente a un primer vacío normativo, en 2011 ha sido aclarado que el ejercicio de tal facultad no necesita mayores justificaciones siempre que “si la administración interesada determinara, en términos generales, criterios apropiados con un acta general de organización interna, sometido a la supervisión de órganos de control”¹⁷. La rescisión es posible, entonces, únicamente frente a criterios organizativos generales adoptados por la pública administración; por que de otra manera rige la obligación de indicar una justificación explícita.

El art.1, in. 5, del d.l. (decreto legislativo) n. 90/2014, al sustituir la previsión original de 2008, ha establecido que la resolución deba responder a necesidades específicas del ente público, y ser explicada al destinatario en referencia a las “necesidades organizativas y criterios de elección aplicados, y sin perjuicios para el normal desenvolvimiento de servicios”. De este modo, se determinó una ruptura entre los recesos anteriores y los posteriores a la entrada en vigor de la novedad de 2011. Ruptura netamente recalada por una primera jurisprudencia que, apreciando el carácter innovador –más que interpretativo– de la novedad legislativa, había circunscrito la necesidad de la motivación para el ejercicio del recesso únicamente a despidos intimados post art.16, inciso 11, decreto ley n. 98/2011¹⁸. Pero luego “rectificar el tiro” y sistemáticamente considerar que “el deber de motivación –solo sustituida *de futuro* por el acta general– ya existía para regular la justificación originaria del decreto ley del 2008, art. 72, coma 11”; la motivación, entonces, debe subsistir *ab origine*, inclusive por las resoluciones como efecto de la disciplina originaria de 2008¹⁹.

El razonamiento del Tribunal Constitucional “tiene su origen en la necesaria imputabilidad de la acción de la administración pública al art. 97 de la Constitución”, también cuando la misma actúa como empleador de funcionarios en régimen contractual²⁰. La Corte Suprema sostiene que la facultad de recesso debe ejercitarse “en referencia a las necesidades globales de la Administración, considerando su estructura y dimensión”; y precisamente el acto organizativo de carácter general es garantía del interés público, que constantemente debe orientar la acción administrativa²¹, de los cánones generales de corrección y buena fe, del principio de imparcialidad y buena marcha del art. 97 de la Constitución, y de la prohibición de discriminación por edad en el ámbito laboral, sancionado en la directiva n. 2000/78/CE. De modo que la resolución facultativa “se traduce en una discriminación prohibida solo si como justificación se cita el haber alcanzado la

¹⁶ Con inclusión de las autoridades independientes; relativamente a los sujetos interesados, son excluidos los magistrados, profesores universitarios y dirigentes médicos responsables de estructuras complejas.

¹⁷ Art. 16, co. 11, decreto ley del 6 de julio de 2011, n. 98, conv. con mod. de la ley del 15 de julio de 2011, n. 111.

¹⁸ Cas. 23 de octubre de 2015, n. 21626.

¹⁹ Cas. 6 de junio de 2016, n. 11595; ver también Cas. 14 de septiembre de 2016, n. 18099; Cas. 23 de septiembre de 2016, n. 18723; Cas. 12 de diciembre de 2016, n. 25378; Cas. 21 de diciembre de 2016, n. 26475; Cas. 24 de enero de 2017, n. 1754; Cas. 3 de julio de 2017, n. 16354; Cas. 18 de octubre de 2017, n. 24583. Acerca de la necesidad, *ab origine*, de la obligación de motivación, ver BOZZAO P., *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento*, cit., pág. 442.

²⁰ FILI V., “Sull’obbligo della pubblica amministrazione...”, cit., spec. pág. 698.

²¹ Art. 5, co. 2, decreto legislativo 30 de marzo de 2001, n. 165.

antigüedad contributiva, y no cuando la medida esté orientada a la realización del interés público que consiste en una más eficaz y más eficiente organización de la Administración”.

Este interés subsiste incluso sin reducción de personal, desde el momento en el que la renovación generacional puede derivar también de la necesidad de renovar el personal directivos, de “adecuar al evolucionar de las tecnologías el bagaje de conocimientos del personal o de asegurar una clase dirigente que esté en condiciones de medirse con nuevas y diversas temáticas organizativas”. Se trata de necesidades que atañen razones de carácter organizativo, y que –repito– apunten a objetivos de eficiencia y eficacia, así como de reducción de costos; objetivos que se ubican en la libre determinación de la administración, y que no pueden ser revisados.

Evidentemente, en la determinación de estos criterios ronda la convicción de que es preferible expulsar del sistema productivo a los sujetos más ancianos y costosos, considerados, con razón o sin ella, obsoletos y, por consiguiente, poco productivos. Esta es una elección basada en la difundida convicción que hay una conexión directa entre envejecimiento y declive de habilidades laborales de los ancianos, de las que deriva una serie de críticas que orientan las elecciones organizativas de los empleadores, en la fase de expulsión de la fuerza laboral²². Se trata de críticas que, en buena medida, podrían ser superadas si se introdujeran –como desde hace muchos años solicitaron los organismos internacionales y las instituciones europeas²³– condiciones de trabajo que tengan en cuenta las necesidades de los trabajadores. A pesar de las fuertes peticiones presentadas sobre el tema del envejecimiento activo, de la extensión de la vida laboral y de la modificación hacia arriba de la edad jubilatoria²⁴, nuestro país carece de medidas que tengan como objeto la manutención del capital profesional de trabajadores de edad cada vez más elevada, para facilitar una estancia activa y proficua en las organizaciones productivas²⁵.

2.2. JUBILACIÓN COACTIVA ANTICIPADA Y GESTIÓN DE LA EXCEDENCIA DE PERSONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La resolución del vínculo laboral una vez conseguidos los requisitos de acceso a la jubilación anticipada constituye el criterio prioritario que el empleador público debe seguir en la gestión de situaciones de excedencia de personal, luego de periódicas y obligatorias redefiniciones de dotaciones orgánicas. En la fase de inicio del iter del procedimiento de movilidad colectiva²⁶ se dispone que la administración “aplica” el art. 72, inc. 11 del d.l. (decreto legge) 112/2008 (art. 33, inc. 5, decreto legislativo n. 165/2001). La urgencia de la

²² En un sentido crítico acerca de la “concepción estandarizada de la persona anciana”, ver PAPA V., “Il fattore new comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di Giustizia”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 85/2010, pág. 14.

²³ Para examinar este argumento, ver ROTA A., “A proposito di invecchiamento attivo ed in buona salute: quale revisione delle politiche pubbliche nazionali e delle relazioni sindacali?”, *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, págs. 706-707.

²⁴ FERRANTE V., “Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa”, en AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, Jovene, vol. III, 2011, pág. 1187; AVIO A., “L’invecchiamento attivo: se la vecchiaia non ha età”, en *Diritti Lavori Mercati*, 2016, pág. 251; para una multidisciplinaria aproximación al tema, ver TREU T., *L’importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, Bologna, Il Mulino, 2012.

²⁵ Para ahondar en este tema: BOZZAO P., *Anzianità, lavori e diritti*, cit., espec. Cap. I.

²⁶ Así como revisada por los artículos 33, 34 y 34-bis del decreto legislativo n. 165/2001, luego de la reformulación operada por la ley de estabilidad de 2012.

norma parece no dejar espacio a discrecionalidades por parte del empleador público: en la relevación del personal excedente, el criterio del cumplimiento de los requisitos para la jubilación anticipada constituye el “camino más rápido y simple para reducir el personal”²⁷.

Si luego de tales resoluciones el personal excedente no pudiera ser empleado de otra manera en la misma administración o en una administración diferente, el procedimiento concluye con la colocación a disponibilidad²⁸. En el nuevo texto del art. 33, no hay referencias acerca de los criterios para individuar los sujetos para pasar a disponibilidad²⁹; de todos modos se considera que el empleador público debe operar, al igual que en sector privado, según evaluaciones racionales, objetivas y coherentes con el objetivo del instituto³⁰.

En el cuadro de las intervenciones de redimensión de dotaciones orgánicas, operado por la *spending review*, se ha previsto el recurso a la jubilación obligatoria, inclusive en su modalidad anticipada, para reabsorber las excedencias derivadas por la forzada reducción del personal, es decir a la redacción de planos de reestructuración por motivos funcionales o financieros de la administración³¹. De este modo, en el ámbito del procedimiento de movilidad colectivo, se genera un catálogo de medidas a adoptarse según un orden de prioridades, funcionales a evitar la declaración de excedencia³²; solo con el resultado del infructuoso agotarse de tales medidas, la administración procederá a pasar a disponibilidad al personal excedente.

En relación con la presente investigación, aquel catálogo queda abierto por que impone a las administraciones que presentan excedentes, por un lado, la resolución unilateral para las jubilaciones con efecto hasta 2016, con aplicación de las reglas de acceso (y de efectos de la liquidación jubilatoria) anteriores a la reforma de 2011; por otro lado, el recurso al art. 72, inc. 11, decreto ley n. 112/2008 “sin necesidad de motivo”. Entonces en la última hipótesis, la resolución unilateral del vínculo laboral público no solo pierde la característica de la eventualidad, vinculando la acción de la administración pública; sino que se justifica en el mero alcance de la antigüedad contributiva para el acceso a la jubilación anticipada, por

²⁷ FRUGIS M., “La nuova disciplina della mobilità collettiva nel pubblico impiego, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 1-2, pág. 18.

²⁸ Los trabajadores excedentes no son despedidos: permanece su condición de ocupados, son pasados a disponibilidad y reciben una indemnización equivalente al 80% del sueldo (y de la indemnización integrativa especial) por un período máximo de 24 meses.

²⁹ Para colmar lagunas o resolver incertidumbres interpretativas de la normativa aplicable al empleo público, en el texto original del art. 33 había, en cambio, una remisión a la ley n. 223/1991, con referencia explícita al art. 4, co. 11, y 5, co. 1 y 2.

³⁰ Corte. Const. 30 de junio de 1994, n. 268.

³¹ Art. 2, co. 11, lect. a), decreto ley del 6 de julio de 2012, n. 95, conv. con mod. por la ley del 7 de agosto de 2012, n. 135, sobre la cual v. D’ALESSIO G., BOLOGNINO D., “La mobilità del personale pubblico”, *Libro dell’anno del diritto 2013*, Enciclopedia Giuridica Treccani *on line*. El art. 2, co. 3, decreto ley del 31 de agosto de 2013, n. 101, conv. con mod. por la ley del 30 de octubre de 2013, n. 125, ha ampliado la platea de destinatarios de prejubilación por posiciones extra, incluyendo todas las administraciones públicas del art. 1, co. 2, decreto legislativo n. 165/2001 y sucesivas modificaciones integracionales, siempre que se encuentren en condiciones de excedencia declarada por motivos funcionales o financieros (art. 2, co. 14, del decreto ley 95/2012): para las modalidades aplicativas, ver la Circ. Funzione Pubblica 29.7.2013, n. 3; la Circ. Funzione pubblica 28.4.2014, n. 4 y el Mess. Inps 21.5.2014, n. 4834.

³² Entre las otras medidas, la ley prevé el uso del contrato a tiempo parcial para el personal no directivo no reabsorbible en tres años que “en relación a la mayor antigüedad contributiva, sea declarado en excedencia”: art. 2, co. 11, lect. e). Para el personal declarado extra, el período de pase a disponibilidad puede ser ampliado hasta los 48 meses, si antes de cumplirse ese período se alcanzan los requisitos para la jubilación (co. 12).

consiguiente como excepción al principio de necesidad del requisito motivacional, ampliamente compartido por la jurisprudencia de legitimidad³³.

3. ANTIGÜEDAD Y SALIDA DEL TRABAJO, EN LA JURISPRUDENCIA ANTIDISCRIMINATORIA DE LAS CORTES SUPERIORES

De especial relevancia es la evaluación de compatibilidad de la normativa nacional en tema de receso anticipado, con la prohibición de discriminación por edad sancionado por la directiva europea del 2000 y su decreto de actuación (decreto legislativo n. 216/2003). El principio de paridad de tratamiento por motivos de edad acata, como es sabido, a un amplio régimen derogatorio, debiendo el factor anagráfico ser encauzado no solamente a las excepciones comunes a los otros motivos de discriminación previstos por la dir. 78/2000³⁴, sino también a la cláusula general de justificación de las discriminaciones directas, contenidas en el art. 6, par. 1, de la directiva que impone una distinción entre las disparidades del tratamiento justificadas, en particular, por objetivos legítimos de política de la ocupación, mercado laboral y formación profesional, y las que, por el contrario, deben prohibirse³⁵.

Precisamente en el alcance de aplicación de este artículo, en sus complejos enredos con la normativa previsional, se abrió un rico contencioso a nivel europeo. La Corte de justicia ha subrayado que el cese automático del vínculo de los trabajadores que cumplen con los requisitos para la jubilación forma parte, desde hace mucho tiempo, del derecho laboral de numerosos Estados miembros. Estas disciplinas conllevan a una disparidad de tratamiento directamente basadas en la edad, en el sentido establecido por la directiva 2000/78/CE³⁶. Y sin embargo esto en sí no comporta un contraste con la normativa europea, desde el momento en el que los Estados miembros disponen de un amplio “margen de evaluación discrecional” en la definición tanto del objetivo de política social y de la ocupación a perseguir, como de las medidas idóneas a su realización³⁷.

El examen se traslada a la verificación de la legitimidad de las finalidades perseguidas, que deben presentar “un carácter de interés general”, no pudiendo ser atribuidas a motivos puramente individuales propios de la situación del empleador. La Corte se adentra en el análisis de las finalidades legítimas ubicadas en la base del cese de los vínculos laborales de los sujetos que cumplen con los requisitos de la jubilación, en el intento de marcar confines y contenidos. El resultado de esta elaboración desemboca en una interpretación muy elástica de las derogaciones a la prohibición de discriminación por edad.

³³ V. *arriba*, nota 19.

³⁴ En particular, se hace referencia a las exclusiones determinadas por la subsistencia de un indispensable requisito de carácter ocupacional, *ex art. 4, parágrafo 1, de la directiva*.

³⁵ Respecto de esta norma, “Los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”; para un análisis de esta previsión derogatoria cfr. BOZZAO P., *Anzianità, lavori e diritti*, *cit*.

³⁶ V. CGUE 16 de octubre de 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, par. 51; CGUE 5 marzo de 2009, C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, par. 27-28.

³⁷ V. CGUE. 22 de noviembre de 2005, C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, par. 53; sent. *Palacios de la Villa*, parágrafo 68; CGUE 12 de octubre de 2012, C-45/09, *Rosenblatt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, par. 41; CGUE 5 de julio de 2012, C-141/11, *Hörmfeldt c. Posten Meddelande AB*, par. 32.

Derogaciones que se fundan en delicados equilibrios entre aquellos mecanismos y consideraciones de orden político, económico, social, demográfico y/o de presupuesto, cuyo equilibrio depende la elección de prolongar la duración de la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, de prever el acceso a la jubilación de manera anticipada³⁸.

En estos equilibrios, la Corte entra en puntas de pie, mediante argumentaciones que le permiten no interferir con los delicados órdenes internos de política social, frecuentemente orientándola a preservar las elecciones operadas por los legisladores nacionales³⁹. Las finalidades contenidas en las normas que disponen una disparidad de tratamiento resultan, así, notoriamente amplias, y prevalentemente encauzadas en el macro-objetivo del incremento de la ocupación⁴⁰, especialmente si éste está orientado a la promoción de la rotación generacional⁴¹.

Entonces, si en principio podemos considerar legítimas las políticas orientadas a instaurar una más equilibrada repartición de grupos de edad, las medidas aplicadas tal fin deben ser revisadas con atención, debiéndose evaluar si son apropiadas y necesarias respecto del objetivo perseguido (y, por consiguiente, la naturaleza no discriminatoria).

Al respecto, el hilo argumentativo –criticado por la literatura⁴²– que siguieron los jueces sale del asunto de la necesaria jubilación de los ancianos para dejar espacio a los más jóvenes; resulta evidente el *favor* hacia disposiciones orientadas a la repartición solidaria de las oportunidades laborales, inspiradas en el clásico principio de la solidaridad intergeneracional. En el balance entre el daño que tales medidas pueden provocar a los ancianos, y las ventajas que esto comporta para la sociedad en su conjunto y para los individuos que la componen, la aguja se inclina mayormente a favor de los segundos, sin que estas medidas ocasionen “perjuicios excesivos” a los trabajadores en condiciones de jubilación⁴³.

Los mecanismos de cese obligatorio superan de hecho el test de proporcionalidad, especialmente si consideramos el hecho de que no se basan únicamente en una edad determinada, sino que consideran la existencia de un rédito sustitutivo, es decir la pensión⁴⁴, al final de la carrera profesional. De todos modos, entendiéndose que, a fin de demostrar el

³⁸ Sent. *Rosenblatt*, par. 44; sent. *Palacios de la Villa*, par. 69; CGUE 28 de febrero de 2018, C-46/17, *Hubertus John c. Freie Hansestadt Bremen*, par. 24.

³⁹ SCHLACHTER M., “Mandatory retirement and age discrimination under EU law”, *International journal of comparative labour law and industrial relations*, vol. 27, 2011, issue 3, pág. 290; IZZI D., “Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2014, I, spec. pág. 602.

⁴⁰ Sent. *Palacios de la Villa*, par. 62-66.

⁴¹ Sent. *Rosenblatt*, par. 62; CGUE 21 julio 2011, C-159/10 e C-160/10, *Fuchs e Köhler c. Land Hessen*, par. 49-50; CGUE 18 de noviembre de 2010, C- 250/09 e C-268/09, *Georgiev c. Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv*, par. 45; sent. *Hörnfeldt*, par. 29; CGUE 6 de noviembre 2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, par. 62; CGUE 12 de enero de 2010, C-341/08, *Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, par. 68.

⁴² V. BALLESTRERO M.V., “Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull’età”, *Lavoro e Diritto*, 2011, págs. 158-159; e DEWHURST E., “Intergenerational balance, mandatory retirement and age discrimination in Europe: how can the ECJ better support national courts in finding a balance between the generations?“, *Common market law review*, vol. 50, 2013, n. 5, pág. 1351 ss.

⁴³ Sent. *Rosenblatt*, par. 73; sent. *Hörnfeldt*, par. 45.

⁴⁴ Sent. *Palacios de la Villa*; sent. *Georgiev*; sent. *Rosenblatt*; sent. *Fuchs e Köhler*, par. 66; de todos modos, debe tratarse de una jubilación “cuyo nivel no pueda ser considerado irracional”.

carácter apropiado y necesario de la medida específica, ésta no solamente debe resultar razonable al respecto del objetivo perseguido, sino que además debe basarse en elementos que comprendan datos estadísticos, sobre los que tiene que ser el juez nacional a establecer la fuerza probatoria⁴⁵.

La interpretación jurisprudencial del art. 72, coma 1, decreto legislativo n. 112/2008 se ha inspirado mucho a los principios elaborados por los jueces europeos; de hecho, una vez más según la reiterada jurisprudencia de legitimidad, tal norma ha sido encauzada en el ámbito de las excepciones consentidas por la misma directiva. Una vez colocada la norma en el campo de aplicación de dicha normativa antidiscriminatoria –no se puede negar que el criterio aparentemente neutro de la consistente antigüedad contributiva está inseparablemente relacionado a la edad alcanzada según el registro civil⁴⁶– la jurisprudencia de legitimidad ha negado, constantemente, la condición discriminatoria de la norma, considerándola idónea y proporcionada a la realización de los objetivos de política y de trabajo, que las administraciones públicas deben perseguir con prioridad⁴⁷.

Los jueces de legitimidad⁴⁸ –con la inclusión de referencias a la jurisprudencia de la Corte de Justicia– han colocado entre las legítimas finalidades de política social tanto la promoción de los contratos de los más jóvenes⁴⁹ como, en el ámbito del empleo público, “la finalidad consistente en el instaurar una repartición equilibrada de las gama de edades entre jóvenes funcionarios y funcionarios más antiguos para favorecer la ocupación y la promoción de los jóvenes, de optimizar la gestión del personal y, a la vez, de prevenir las eventuales conflictos relacionadas con la capacidad del empleado de ejercer su actividad al llegar a una cierta edad, todo esto orientado a ofrecer un servicio de calidad”⁵⁰. Los jueces administrativos, en cambio, han mayormente resaltado las innovaciones presentadas por la ley constitucional del 20 de abril de 2012, n. 1 que, modificando el art. 97 de la Constitución, ha introducido “el equilibrio de los balances” y la “sostenibilidad del débito público” en esos objetivos⁵¹.

Resultan pertinentes las indicaciones que podemos obtener de una reciente sentencia del juez de las leyes, que intervino para evaluar la legitimidad constitucional de la norma que abrogó el instituto de la retención en servicio de los empleados públicos que superaban los límites de edad⁵². Tal norma, al igual que la examinada, se encuentra en el art. 1 del

⁴⁵ Sent. *Palacios de la Villa*, par. 73; sent. *Georgiev*, par. 54; sent. *Rosenblatt*, par. 48; sent. *Fuchs e Köhler*, par. 66.

⁴⁶ Tal correlación necesaria es constantemente afirmada por la Suprema Corte: ver las sentencias citadas en la nota 19.

⁴⁷ Trib. Milano del 19 de enero de 2010, *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2010, pág. 612; Trib. Milano 9 de diciembre de 2010; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, Ord., 24 de agosto de 2010; relativamente a la posición de los docentes universitarios (investigadores y asistentes ordinarios), ver Tar Toscana, Sez. I, sent., 30 de mayo de 2012, n. 1061; Tar Lazio, Sez. III, 8 de febrero de 2011, n. 1213.

⁴⁸ C. de Cas. n. 24583/2017; Cas. n. 25378/2016, *cit*.

⁴⁹ CGUE 5 de julio de 2012, C-141/11, *Torsten Hörnfeldt c. Posten Meddelande AB*, par. 29; sent. *Georgiev*, par. 45, y *Fuchs e Köhler*, par. 49.

⁵⁰ La referencia es de nuevo a Cas. 12 de diciembre de 2016, n. 25378, que en este pasaje vuelve a la sent. *Commissione c. Ungheria*, *cit*.

⁵¹ Según los jueces administrativos, la disciplina introducida por la norma no contiene ninguna discriminación en base a la edad, sino un mecanismo que, más allá del inevitable cese de la vida laboral (y la relativa y natural discriminación debida a la edad), es modulado según el interés de los mismos trabajadores, considerando el haber alcanzado la máxima antigüedad contributiva: Cons. Stato, Secc. VI, sent. 26 de marzo de 2013, n. 1672.

⁵² V. *arriba*, la nota 11.

decreto l. n. 90/2014; en razón del común objetivo perseguido, se considera que algunos de los pasajes argumentativos desarrollados por la Corte, en referencia a la finalidad del recambio generacional, pueden orientar al intérprete en la evaluación de la compatibilidad de la jubilación anticipada con los principios antidiscriminatorios que encontramos en la directiva europea.

En la sentencia n. 133 de 2016⁵³ el juez de leyes ha distinguido en primer lugar el caso sometido a su examen del otro, relativo a una normativa húngara, ya decidido por los jueces europeos respecto de la incompatibilidad con la directiva de 2000⁵⁴. Ambas normativas han sido consideradas no contrastantes, porque se refieren a institutos diferentes; de hecho, la segunda incide en los límites a la edad de pensión, pero la primera es una excepción respecto a la regla de jubilación, considerando las necesidades generales de contención del gasto.

El análisis se traslada ahora a la compatibilidad de la normativa nacional con la europea. La Corte avala la legitimidad de la norma derogatoria desde el momento en el que ésta persigue la finalidad de “*promover el recambio generacional del sector de trabajo público, y de favorecer ahorros en el gasto con la reducción del monte salarial derivante de la sustitución de trabajadores más antiguos, a los que normalmente les corresponden niveles retributivos más elevados, con personal nuevo, por lo tanto menos costoso*”. Además se trata de un resultado “*a largo plazo, aunque la primera aplicación de las medidas muestre un difícil balance entre mayores gastos por la erogación anticipada de las pensiones y las indemnizaciones por cese de la relación laboral y sus correspondientes ahorros. Como se indica en la relación técnica, según la cual desde 2018 comienza la gradual disminución de las cargas de la nueva disciplina, la actuación de las medidas en examen se demuestra útil para facilitar ahorros de ceses capaces de liberar nuevos recursos renovables para el deseado cambio generacional, en un periodo de tiempo más amplio*”. Sin demoras, el Tribunal coloca esta necesidad entre las legítimas finalidades de política laboral (dir. n/ 2000/78/CE), recordando precisamente que en esta dirección se ha orientado la Corte de Justicia, que ha reconocido amplios márgenes a la discrecionalidad de los legisladores nacionales⁵⁵.

Es evidente que la finalidad del recambio generacional comprende un alcance extremadamente amplio, que incluye el conjunto de la administración pública. Sin embargo, en la práctica operativa, dicho objetivo resulta bastante marginal con respecto a la evidente prioridad de la *spending review*, un verdadero *traite d'union* de las políticas de reducción de los orgánicos y de reorganización de las administraciones públicas.

⁵³ C. Const. 10 de junio de 2016, n. 133, para un primer examen, ver MASTROIANNI R., “La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi “anticomunitarie”: il passo del gambero?”, *www.dirittoinioneuropea.eu*, julio de 2016.

⁵⁴ Sent. *Commissione c. Ungheria, cit.*, en la que los jueces europeos censuraron la normativa nacional húngara, que había determinado el repentino descenso de la edad para la jubilación obligatoria de jueces, fiscales y escribanos (de 70 a 62 años) sin prever ninguna gradualidad y con un período de preaviso limitado a pocos meses: la medida, por otro lado, no ha sido considerada apropiada respecto a la finalidad de mejorar las posibilidades de acceso de los jóvenes juristas a las profesiones de la justicia.

⁵⁵ La Corte cita, *ex plurimis*, la sentencia *Fuchs e Köhler, cit.*

4. JUBILACIÓN ANTICIPADA COACTIVA, RECAMBIO GENERACIONAL Y *SPENDING REVIEW*: ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Trasladando estas conclusiones a la resolución del vínculo laboral por alcanzar la máxima antigüedad contributiva, es evidente que tal opción deberá resultar funcional a una más eficaz y eficiente organización de la administración interesada; solo de esta manera podrá realizarse el balance razonable de diversos intereses constitucionalmente protegidos, necesario para superar el test de proporcionalidad.

En verdad, este último es un punto delicado de la reconstrucción operada por la jurisprudencia nacional. Frente a la legitimidad de los objetivos perseguidos por la legislación acerca de la *spending review*, el delicado equilibrio entre la protección de los derechos sociales y la sostenibilidad financiera⁵⁶ requeriría una investigación más puntual sobre la conveniencia y la necesidad de los medios adoptados, respecto a las finalidades perseguidas por el legislador; finalidades atribuibles, como hemos recordado, a la reducción del gasto para el empleo público y el recambio generacional del personal allí ocupado.

Bajo el primer perfil (reducción del gasto), no solo los costos relacionados a la resolución anticipada del vínculo laboral vuelven directamente al sistema jubilatorio, con un inmediato aumento de las cargas sociales⁵⁷, sino que la medida no parecen llevar ahorros de gasto considerable para las cuentas públicas⁵⁸. El Tribunal Constitucional ha subrayado que el ahorro de gasto se espera “a largo plazo” y que, en consecuencia, el deseado cambio generacional requerirá un lapso “más amplio”. En presencia de una dilatación temporal tan elástica, los ahorros del gasto público “laboral” se descargan en el “jubilatorio”, y gravan sobre un sistema de *welfare* –basado en un mecanismo financiero a repartición– cada vez más “inadecuado” y económicamente insostenible. En ausencia de una virtuosa circularidad del trabajo, la jubilación obligatoria determina así un peso para las cajas previsionales, sin el contextual refuerzo de los contribuyentes, necesarios para garantizar la sostenibilidad del sistema.

Bajo el segundo perfil (cambio generacional), se observan las medidas de reducción de las dotaciones orgánicas y de contención de nuevas contrataciones en el empleo público, concretizadas en la adopción de apremiantes políticas limitativas del *turn-over*⁵⁹, que

⁵⁶ Al respecto ver las reflexiones de SCIARRA S., “I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 3/2017, pàg. 347 ss.

⁵⁷ Esto en consideración del elevado importe de los tratamientos jubilatorios erogados a estos trabajadores, mayormente determinados según las más favorables reglas de cálculo del sistema retributivo, como así también de los tratamientos de final del servicio correspondientes, calculados según las más generosas reglas previamente vigentes a la reforma de 1995.

⁵⁸ Y de hecho, si se considera el incremento de los requisitos establecidos por el decreto ley n. 201/e la circunstancia por la cuál la disposición es en buena parte absorbida, en caso de administraciones que presentan sobreabundancias, del artículo 2 co. 11, del decreto ley n. 95/ 2012 (que permite la resolución unilateral, para pensiones hasta 2016, con requisitos inferiores) “se puede considerar que de la disposición no derivan efectos apreciables para las finanzas públicas, y que la disposición se materialice en una racionalización de la gestión del empleo público con efectos de hecho que pueden descuidarse en la mismas finanzas públicas”: así, el *dossier* de la Cámara de los Diputados A.C. 2486, n. 123 del 15 de julio de 2014.

⁵⁹ Los vínculos especialmente apremiantes que gravan sobre las nuevas contrataciones de las administraciones estatales fueron puestos en evidencia en la *Audizione della Corte dei Conti sul disegno di legge di stabilità per l'anno 2016* (Audición de la Corte de auditores sobre el proyecto de ley de estabilidad para el año 2016), 3 de noviembre de 2015, pàg. 18.

contestan seriamente la veracidad del asunto del cambio generacional en los programas de gobierno para los nuevos puestos de los últimos años. Las nuevas contrataciones por tiempo indeterminado resultan subordinadas a la obligación de enjugar al personal disponible, incluso de digerir los candidatos que ya superaron la oposición⁶⁰ y favorecer la estabilización de los trabajadores precarios. Asimismo las administraciones están obligadas a respetar los vínculos contractuales, cada vez más imperiosos, que limitan notablemente e indistintamente para todos los sectores la realización del ya citado cambio generacional⁶¹.

De esta manera, estamos en presencia de un turn-over indiferenciado e imperfecto, que por un lado no permite adaptar las políticas de cambio laboral basándose en las necesidades profesionales específicas propias de cada sector, y por el otro impide verificar la correlación efectiva entre jubilaciones (anticipadas y no anticipadas) y contrataciones de jóvenes. Y se corre el riesgo de que el sacrificio de jubilación impuesto a los trabajadores antiguos no valga para colmar las expectativas ocupacionales (o sea de las pensiones) de las generaciones futuras.

⁶⁰ Art. 4, co. 3 ss., decreto ley. n. 101/2013; de año en año, la eficacia de las graduatorias ha sido prorrogada por las leyes de estabilidad (ver art. 1, co. 1148, ley del 27 de diciembre de 2017, n. 205).

⁶¹ En el trienio 2016-2018, las nuevas contrataciones para las administraciones estatales (al igual que para las regionales y locales) se permiten dentro de los límites de gasto equivalentes a un cuarto del personal cesado el año anterior (art. 1, co. 227-228, ley del 28 de diciembre de 2015, n. 208). Considérese que la ley de estabilidad para 2014 (que no fue modificada por la del año siguiente) preveía, en cambio, la posibilidad de contratar, en 2016, en el límite del 60% del gasto para el personal recientemente jubilado; el porcentaje era del 80% y, a partir de 2018, estaba previsto el recambio integral del personal.

El auxilio por defunción. Un análisis crítico-comparatista, desde la perspectiva del derecho francés de la Seguridad Social*

Death assistance. A critical-comparative analysis, from the perspective of the French Social Security law

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Resumen

Se estudia aquí la protección pública para cubrir los gastos de sepelio que ocasiona la muerte de quien tiene la consideración legal de sujeto causante, comparando a tales efectos la regulación legal del tema en dos Estados miembros de la Unión Europea, como son España y Francia. En ambos Estados, dicha protección pública aparece configurada como una concreta prestación de Seguridad Social, articulada a través de un régimen específico en el que tanto el sujeto causante como el sujeto beneficiario tienen que cumplir una serie de requisitos. Al margen de las semejanzas existentes, lo cierto es que el estudio comparado del Derecho de ambos Estados permite concluir que hay diferencias importantes, que se evidencian en su regulación legal, singularmente en todo lo relativo a la cuantía de la indemnización establecida para hacer frente precisamente a esos gastos de sepelio.

Abstract

Public protection is studied here to cover burial expenses that are caused by the death of those who are legally considered deceased, by comparing the legal regulation of the subject in two Member States of the European Union, as are Spain and France. In both States, said public protection is a specific Social Security benefit, articulated through a specific system in which both the deceased and the beneficiary have to meet a series of requirements. Regardless of the existing similarities, the fact is that the comparative study of the Law of both States allows us to conclude that there are significant differences in their legal regulation, especially in relation to the amount of compensation established to deal with burial expenses.

Palabras clave

Derecho comparado de la Seguridad Social; gastos de sepelio; auxilio por defunción; España; Francia

Keywords

Comparative Social Security Law; burial expenses; death assistance; Spain; France

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AUXILIO POR DEFUNCIÓN EN ESPAÑA

Como se sabe, la primera de las prestaciones contributivas por muerte y supervivencia previstas 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 Social¹, es la que aparece contenida en su artículo 218, precisamente con el título de «auxilio por defunción» –un tema aparentemente

* Trabajo realizado con la cobertura del proyecto de investigación estatal DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

¹ BOE de 31 de octubre de 2015. Sobre estas prestaciones, véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4 edición, Atelier Libros Jurídicos (Barcelona, 2017), páginas 175-195.

menor, pero que sigue suscitando interés doctrinal²–, que es el mismo que ofrecía la tercera Ley general de la Seguridad Social de 1994³, a diferencia tanto de la primera como de la segunda Ley general de Seguridad Social de 1966 y 1974 respectivamente, que empleaban la expresión formal de «subsidio de defunción»⁴. De acuerdo con este precepto, la finalidad de esta prestación no es otra que ayudar a quien debe «hacer frente a los gastos del sepelio» del sujeto causante fallecido a que alude el artículo 217 de nuestra cuarta y actual Ley General de Seguridad Social de 2015⁵. Es algo sobre lo que repara implícitamente el propio artículo 217, cuando excluye el cobro del auxilio por defunción en los casos de «trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente», que, por el contrario, sí «podrán causar [el resto de] las prestaciones por muerte y supervivencia»⁶.

1.1. Su dispersión normativa

Conviene advertir que las fuentes reguladoras legales de esta concreta prestación por muerte y supervivencia no se agotan con lo establecido al respecto en la nuestra actual Ley general de Seguridad Social de 2015, en la medida en que su régimen jurídico se encuentra disperso en diferentes normas de desarrollo reglamentario. Figuran entre ellas algunas que, incluso, son de desarrollo directo de nuestra primera Ley general de la Seguridad Social de 1966, como es el caso del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas⁷, y la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las

² Sobre el mismo, véanse GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P., *Las prestaciones de supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social*, Cedecs (Barcelona, 1996), páginas 57 y siguientes; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D. y DEVESA CARPIO, J.E., «El auxilio por defunción en la seguridad social española: pasado, presente y futuro», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 388 (2015), páginas 95 y siguientes; y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., «Auxilio por defunción e indemnización por muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional», en MONEREO PÉREZ, J.L. (Director) y RODRÍGUEZ INIESTA, G., MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, A.L. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Laborum (Murcia, 2017), páginas 167-173.

³ Véanse los artículos 171.1, letra a), 172.3, 173 y 178 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994).

⁴ Teniendo en cuenta que la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social (BOE de 30 de diciembre de 1963), hablaba en su Base Décima («Muerte y supervivencia») de «subsidio de defunción» [véase su punto cuarenta y uno, letra a)], el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE de 22 de abril de 1966) hacía lo mismo en sus artículos 157.1, letra a), 159 y 165.4; al igual que el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 20 de julio de 1974), como puede comprobarse con la lectura de sus artículos 157.1, letra a), 158.3, 159 y 165.

⁵ Relativo, como se sabe, a los «sujetos causantes» de las prestaciones por muerte y supervivencia, que son «las personas incluidas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 165.1» [véase su apartado 1, letra a)], «los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el periodo de cotización que, en su caso, esté establecido» [véase su apartado 1, letra b)] y «los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente» [véase su apartado 1, letra c)].

⁶ Véase su apartado 3, inciso primero, que declara expresamente al respecto lo siguiente: «excepción hecha del auxilio por defunción».

⁷ BOE de 30 de diciembre de 1966.

prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General⁸. Esta desperdigada regulación normativa –agravada por la complicación propia de nuestras fuentes de Seguridad Social– exige el esfuerzo de tener que proceder a la lectura sistematizada y actualizada de estas normas, siempre con el fin de atenuar de alguna manera la inseguridad jurídica que todo esto supone y que no corrige la versión consolidada –de carácter informativo y sin valor jurídico– que ofrece de algunos de estos textos legales el sitio en Internet del Boletín Oficial del Estado, como se evidencia en los textos consolidados del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y de la Orden de 13 de febrero de 1967 (publicados con la indicación «Última modificación: 21 de marzo de 2009»), cuyos contenidos resultan ser al día de hoy anacrónicos en la denominación de la prestación, en la relación de personas beneficiarias o incluso en lo relativo a la cuantía de la misma⁹.

1.2. Su humana, flexibilizadora e individualizadora interpretación jurisprudencial

La percepción del auxilio por defunción está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos, relativos tanto al sujeto causante como a la persona beneficiaria de esta prestación. Además de su fallecimiento, al sujeto causante solamente se le exige estar en alta o en situación asimilada al alta cuando no tenga ni la condición de perceptor de «subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido», ni la condición de titular de «pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente», que es lo que establece el artículo 217 de nuestra Ley general de Seguridad Social de 2015, cuando dispone que también pueden causar derecho al auxilio por las «personas incluidas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 165.1»¹⁰. Y a la persona beneficiaria de esta prestación –entre las que, con toda lógica, no están los sujetos causantes, precisamente por haber muerto– se le exige ser integrante de la unidad familiar que hubiera soportado los gastos del sepelio, presumiéndose a este concreto efecto, «salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, los hijos y los parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente»¹¹.

Con todo, debe indicarse que nuestros tribunales de lo social han mitigado de algún modo el tenor literal de las normas que imponen estos requisitos exigidos tanto al sujeto causante como a la persona beneficiaria del auxilio por defunción, al interpretar y aplicar con cierta flexibilidad sus preceptos desde criterios más humanos e individualizadores. Así se desprende de la jurisprudencia que trae causa de pleitos sobre prestaciones por muerte y supervivencia –viudedad y orfandad, principalmente–, en que también se discutía el derecho a percibir el auxilio por defunción, poniéndose de manifiesto en ella, además, la estrecha

⁸ BOE de 23 de febrero de 1967.

⁹ Véanse artículo 30 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y artículos 1, 4, 5, 6, 31, 32 y 33 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

¹⁰ Este artículo 165.1 dispone al respecto que «para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario».

¹¹ Véase artículo 218 de la Ley general de Seguridad Social de 2015.

ligazón existente entre estas tres concretas prestaciones¹², hasta el punto de registrarse casos en los que, reconociéndose judicialmente el derecho a lucrar prestaciones de viudedad y de orfandad derivadas de muerte por accidente laboral sin mención expresa en el fallo al auxilio por defunción, se obliga a su pago¹³, que en estos supuestos «nace también por imperativo legal, por lo que el derecho a la percepción de la prestación surge “ope legis”, sin necesidad de reconocimiento previo por una sentencia judicial»¹⁴. La labor de nuestros tribunales de lo social también ha servido para dejar claro que el derecho a percibir la prestación de auxilio por defunción por parte de quien ha hecho frente a los gastos del sepelio «no precisa más requisitos que el de encontrarse el causante en alta o en situación asimilada a la fecha del fallecimiento»¹⁵, en la medida en «que, para lucrarlo, no se requiere período previo de carencia, concediéndose de modo inmediato, con la sola condición de afiliado y en alta o situación asimilada del causante»¹⁶.

Desde luego, es innegable el impacto de la jurisprudencia en el requisito del alta o de la situación asimilada a la misma que debe cumplir el sujeto causante de esta prestación en el momento de su fallecimiento. Y lo es en el sentido de que dicho requisito –siempre según esta jurisprudencia social tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia– no debe ser exigido con un rigor formalista, sino atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, por cuanto sería contrario al espíritu «*pro beneficiario*» que debe informar la aplicación de la normativa de Seguridad Social¹⁷. Puede afirmarse que la interpretación de este requisito de encontrarse el sujeto causante en situación asimilada a la de alta –señaladamente el relativo al paro involuntario– ha sido casi una constante en la aplicación de nuestra segunda Ley general de Seguridad Social de 1974¹⁸ y de nuestra tercera Ley General de Seguridad Social de 1994¹⁹, pero con ciertos matices cuando la inscripción

¹² Ligazón que no obsta que existan diferencias, por ejemplo, en relación con la «imprescriptibilidad» a que alude el artículo 230 de la Ley general de Seguridad Social de 2015, según el cual «el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud».

¹³ Entre otras, véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social) de 17 de septiembre de 2004, con la referencia *Aranzadi Westlaw* AS 526 de 2005.

¹⁴ Véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 18 de junio de 2001, con la referencia *Aranzadi Westlaw* AS 3500 de 2001. En igual sentido, véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social) de 17 de septiembre de 2004, con la referencia *Aranzadi Westlaw* AS 526 de 2005.

¹⁵ Véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social de Sevilla) de 28 de enero de 2015, con la referencia *Aranzadi Westlaw* JUR 79077 de 2015.

¹⁶ Véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Social) de 7 de abril de 2016, con la referencia *Aranzadi Westlaw* JUR 167893 de 2016.

¹⁷ Pero no otro tipo de normativa, como puede ser la tributaria, dado que el alta en el pago de ciertos impuestos no surte derechos a los efectos que aquí interesan. En relación con un caso de falta de alta en el Régimen especial de trabajadores autónomos de persona que seguía de alta en el impuesto de actividades económicas, véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social de Granada) de 5 de septiembre de 2000 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 16118 de 2001), que confirma la denegación de auxilio por defunción.

¹⁸ Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 1989 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 1589 de 1989).

¹⁹ Véanse, entre otras, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social de Valladolid) de 8 de octubre de 1996 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 4301 de 1996), Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 1997 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 4667 de 1997), Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de marzo de 1999, con cita expresa de Sentencias del Tribunal Supremo (referencia de *Aranzadi Westlaw* 5751 de 1999), Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de diciembre de 2000, con cita expresa de Sentencias del Tribunal Supremo (referencia de *Aranzadi Westlaw* 64697 de 2001),

(...)

como demandante de empleo no ha sido ininterrumpida y no se justifica ninguna circunstancia como causa de dicha interrupción –por ejemplo, padecimientos sufridos con grado de minusvalía reconocido, que sí la justifica²⁰–, pues en estos casos no procede la concesión del auxilio por defunción²¹.

Aunque el artículo 218 de la Ley general de Seguridad Social es muy claro en su redacción en relación con quienes son potenciales beneficiarios del auxilio por defunción –incluyendo expresamente al «sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221»²²–, no conviene dejar de mencionar que nuestros tribunales de lo social también se han pronunciado al respecto en su día con cierto impacto. Es el caso de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) de 8 de abril de 2003²³, dictada en un pleito en el que, estando ya disuelto por divorcio el matrimonio, se discutía el derecho a cobrar el auxilio por defunción al amparo de lo que establecía el artículo 173 de nuestra tercera Ley general de Seguridad Social de 1994 antes de su reforma por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social²⁴, para incluir expresamente al «sobreviviente de una pareja de hecho»²⁵. La sentencia en cuestión –a pesar de que dicho artículo solamente establecía que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: Por el cónyuge superviviente, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente»²⁶– reconoce el auxilio por defunción a una divorciada, declarando que, «siendo cierta la

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre 2006, con cita expresa de Sentencias del Tribunal Supremo (referencia de *Aranzadi Westlaw* 118544 de 2007), Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de noviembre de 2007, con cita expresa de Sentencias del Tribunal Supremo (referencia de *Aranzadi Westlaw* 300 de 2008), y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 7 de abril de 2016, con cita expresa de Sentencias del Tribunal Supremo (referencia *Aranzadi Westlaw* 167893 de 2016).

²⁰ En relación con pensionista de incapacidad no contributiva, véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de enero de 2010 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 1070 de 2010).

²¹ Entre otras, véanse Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social de Sevilla) de 30 de octubre de 1997 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 5366 de 1997), Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social de Sevilla) de 8 de enero de 1998 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 473 de 1998), Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 1998 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 7268 de 1998) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia de 30 de noviembre de 2017 (referencia de *Aranzadi Westlaw* 117430 de 2018).

²² Señaladamente en su apartado 2, en virtud del cual: 1) «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años» (véase su párrafo primero); y 2) «la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja» (véase su párrafo segundo, inciso primero), debiendo haberse producido «tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público ... con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante» (véase su párrafo segundo, inciso segundo).

²³ Referencia de *Aranzadi Westlaw* JUR 159434 de 2003.

²⁴ BOE de 5 de diciembre de 2007.

²⁵ Su artículo 5.2 daba, en efecto, una nueva redacción a dicho precepto en los siguientes términos: «El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente».

²⁶ Véase su inciso segundo.

presunción que se establece y ésta podría, prima facie, quedar rota por el divorcio existente entre actora y su difunto marido, también lo es que... que había real convivencia al momento del óbito, lo que apoya el Magistrado en concreta prueba que fue base de su convicción».

1.3. Su insignificante prestación económica

Como se trata de hacer frente a los gastos del sepelio, resulta del todo lógico que el auxilio por defunción sea una prestación económica. Su cuantía inicial fue establecida por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, que ascendía a la cantidad de «cinco mil pesetas [esto es, 30 euros y 5 céntimos]»²⁷, manteniéndose así congelada hasta la promulgación de la citada Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Pero, con todo, su incremento no puede decirse que supusiese un verdadero auxilio para encarar los gastos del sepelio, en la medida en que dicha disposición normativa establecía al respecto que se incrementaría «en un 50 por ciento en los próximos 5 años» (esto es, entre 2008 y 2012), aunque a razón sólo «de un 10 por ciento anual»²⁸, actualizándose luego «con arreglo al índice de precios al consumo»²⁹, que es lo que justifica que la actualidad el importe sea de 46, 50 euros³⁰.

La regulación de este tema en el Régimen General que se está analizando contrasta, por el contrario, con la de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado³¹, en la cual se concede un «subsidio por defunción»³², que no debe confundirse con la denominada «ayuda de sepelio»³³. La cuantía de esta prestación económica varía en función de la edad del causante³⁴. Y lo destacable aquí –al margen del hecho de que el beneficiario puede ser no sólo la persona que sea cónyuge del sujeto causante, sino también la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad a la de cónyuge³⁵– es que esta cuantía variable, incluso tras los recortes aquí aplicados en el año 2012³⁶, nunca puede ser inferior a la

²⁷ Véase su artículo 30.

²⁸ Véase su disposición adicional décima, inciso primero.

²⁹ Véase su disposición adicional décima, inciso segundo.

³⁰ Sobre dicho incremento, véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Pensiones de viudedad y orfandad: últimas reformas y cuestiones pendientes*, Tiran lo Blanch (Valencia, 2011), páginas 19-20.

³¹ Se trata del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (BOE de 11 de abril de 2003).

³² Véase su artículo 133.

³³ Que percibe, en su variante principal, el funcionario mutualista –siendo causante de la misma alguno de los beneficiarios de dicho funcionario (como, por ejemplo, su cónyuge o hijos)–, teniendo en cuenta que su «cuantía se fijará y, en su caso, se actualizará por orden del Ministro de Administraciones Públicas» (véase su artículo 134 del citado Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo), ascendiendo su importe actual a 450,76 euros.

³⁴ Según el citado artículo 133, «el fallecimiento de un mutualista dará derecho a la percepción, por una sola vez, de un subsidio por defunción, cuya cuantía se determinará en función de la edad del fallecido, aplicando un módulo multiplicador, y con un mínimo garantizado» (véase su apartado 1).

³⁵ Véase el artículo 133.2, que remite al apartado 1 del artículo 15 el propio Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo.

³⁶ Véase la Orden APU/95/2004, de 12 de enero, por la que se dictan normas para la aplicación del subsidio por defunción en el régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (BOE de 27 de enero de 2004), tras los cambios operados en la misma por Orden HAP/2786/2012, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Orden de 29 de julio de 1987, por la que se establece, con el carácter de prestación de asistencia social, una ayuda económica para la adquisición de viviendas por mutualistas de MUFACE, la Orden de 30 de diciembre de 1988, por la que se revisan las cuantías de determinadas prestaciones económicas de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, y la Orden APU/95/2004, de 12 de enero, por la que se dictan normas para la aplicación del subsidio por defunción en el régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (BOE de 27 de diciembre de 2012).

cantidad de 751,28 euros (antes de dichos recortes, la cantidad era de 1.502,53 euros), alcanzando incluso un máximo de 3.756,40 euros (antes de dichos recortes, la cantidad era de 7.512,80 euros) cuando el sujeto causante falleciese a la edad de cuarenta años.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL *CAPITAL DÉCÈS* EN FRANCIA

2.1. Su concentrada y ordenada regulación legal

La legislación francesa de seguridad social también regula una específica prestación para cubrir los gastos ocasionados por la muerte de quien tiene la condición de sujeto causante de la misma, identificada formalmente con la expresión «indemnización por fallecimiento [*capital décès*]». La búsqueda y localización de su regulación aparecen facilitadas aquí con la aprobación del Decreto número 2002-1064 de 7 de agosto de 2002, «relativo al servicio público de difusión del Derecho por Internet» [*relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet*], en virtud del cual se procede a la creación de «un sitio denominado Légifrance (www.legifrance.gouv.fr) [*un site dénommé Légifrance (http://www.legifrance.gouv.fr)*]³⁷, que «tiene por objeto facilitar el acceso del público a los textos en vigor, así como la jurisprudencia [*a pour objet de faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence*]³⁸, y que se efectúa «gratuitamente [*gratuitement*]³⁹. Además, la gran ventaja de este sistema público es que ofrece una versión consolidada de los textos normativos que a través de él se difunden –incorporando, por consiguiente, todas las modificaciones que hayan podido realizarse en los mismos–, mediante la elaboración de códigos de legislación que, a diferencia los clásicos o tradicionales, son de Derecho constante y permanentemente puestos al día como garantía de seguridad jurídica⁴⁰, que es el caso del «Código de Seguridad Social [*Code la Sécurité Social*]⁴¹, en el que precisamente se contiene el conjunto de disposiciones reguladoras de esta indemnización por fallecimiento⁴².

En efecto, el Código de la Seguridad Social regula esta prestación en el Capítulo primero («Disposiciones generales [*Dispositions générales*]») del Título 6 («seguro de defunción [*Assurance décès*]») del Libro 3 de su parte principal o «Parte legislativa [*Partie législative*]». Esta parte se completa con lo dispuesto –siempre en relación con esta prestación– en los Capítulos primero («Disposiciones generales [*Dispositions générales*]») y segundo («Disposiciones comunes al seguro de enfermedad, al seguro de maternidad y al seguro de defunción [*Dispositions communes à l'assurance maladie, à l'assurance maternité et à l'assurance décès*]») del Título 6 («seguro de defunción [*Assurance décès*]») del Libro 3 de su parte reglamentaria secundaria o «*Partie réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat*». Y también,

³⁷ Véase su artículo 2, párrafo primero.

³⁸ Véase su artículo 1, párrafo segundo.

³⁹ Véase su artículo 1, párrafo tercero.

⁴⁰ Alertando del impacto en Francia del principio de eficiencia económica sobre la seguridad jurídica, véase SACHS, T., «Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique», *Droit Social*, número 12 (Diciembre, 2015), páginas 1019-1024

⁴¹ Al respecto, véase ARUFE VARELA, A., «Dos modelos contrastantes de codificación de la legislación de seguridad social: el continental europeo y el norteamericano», *Revista de Derecho Social*, número 44 (2009), páginas 121 y siguientes.

⁴² Sobre esta prestación, en el contexto de las reformas de las prestaciones económicas francesas de seguridad social, véase BADEL, M., «La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation!», *Droit Social*, número 3 (Marzo 2016), páginas 263-271.

por último, se completa igualmente con lo establecido en el Capítulo primero («Disposiciones generales [*Dispositions générales*]») del Título 6 («seguro de defunción [*Assurance décès*]») de su parte reglamentaria accesoria o «*Partie réglementaire-Décrets simples*».

2.2. Su conjunto de condiciones de concesión

Partiendo de la distinción legal entre «asegurado [*assuré*]» y «derechohabientes del asegurado [*ayants droit de l'assuré*]», el Código francés de Seguridad Social impone una serie de condiciones a quienes están en alguna de estas dos categorías cuando se produce el hecho causante de la muerte⁴³. En el caso del asegurado –sujeto causante, o «*le de cujus*» en palabras del propio Código⁴⁴–, se le exige «probar, durante un periodo de referencia, bien haber percibido remuneraciones sujetas a cotizaciones en el sentido del artículo L. 242-1 al menos iguales a una cantidad fijada por referencia al salario mínimo de crecimiento, bien haber completado un número mínimo de horas de trabajo asalariado o asimilado [*justifier, au cours d'une période de référence, soit avoir perçu des rémunérations soumises à cotisations au sens de l'article L.242-1 au moins égales à un montant fixé par référence au salaire minimum de croissance, soit avoir effectué un nombre minimum d'heures de travail salarié ou assimilé*]», que es lo establece el artículo L313.1 del Código de la Seguridad Social⁴⁵, por remisión del artículo L361-1 del mismo cuando dispone «sin perjuicio de la aplicación del artículo L. 313.1 [*sans préjudice de l'application de l'article L. 313-1*]». El propio artículo L361-1 añade otras condiciones que debe cumplir el asegurado, al establecer que «el seguro de defunción garantiza... el pago... cuando el asegurado, menos de tres meses antes de su muerte, ejercía una actividad asalariada, percibía una de las prestaciones a que se refiere el primer párrafo del artículo L. 311-5, era el titular de una pensión de invalidez mencionada en el artículo L. 341-1 o de una pensión concedida en virtud de la legislación sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales mencionadas en el artículo L. 371-1, o cuando se beneficiaba, en el momento de su fallecimiento, del mantenimiento de sus derechos al seguro de defunción en virtud del artículo L. 161-8 [*l'assurance décès garantit... le paiement... lorsque l'assuré, moins de trois mois avant son décès, exerçait une activité salariée, percevait l'une des allocations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 311-5, était titulaire d'une pension d'invalidité mentionnée à l'article L. 341-1 ou d'une rente allouée en vertu de la législation sur les accidents du travail et maladies professionnelles mentionnée à l'article L. 371-1, ou lorsqu'il bénéficiait, au moment de son décès, du maintien de ses droits à l'assurance décès au titre de l'article L. 161-8*]»⁴⁶.

⁴³ Según el artículo R361-2, «la indemnización por fallecimiento se acuerda incluso en caso de muerte ocurrida, bien como consecuencia de accidente de trabajo, bien durante el día de la defensa ciudadana obligatoria, bien durante un período de llamada o movilización, bien en el curso del período de presencia de servicio militar voluntario en tiempos de guerra [*Le capital décès est accordé même en cas de décès survenu soit à la suite d'un accident du travail, soit pendant la journée défense citoyenneté obligatoire, soit pendant une période d'appel ou de mobilisation, soit au cours d'une période de présence sous les drapeaux comme volontaire en temps de guerre*]».

⁴⁴ Véase su Artículo L361-4, párrafo segundo.

⁴⁵ Véase su apartado I, punto 3º.

⁴⁶ Según lo dispuesto en el artículo R361-3, párrafo segundo, las personas pensionistas por jubilación también pueden tener la condición de sujeto causante a los efectos del pago de esta indemnización, en la medida en que establece al respecto que «se considera que los titulares de una pensión de jubilación tienen la condición de asegurados que otorgan derecho a la indemnización por fallecimiento siempre que cumplan las condiciones establecidas en el mencionado artículo L.313-1 [*Les titulaires d'une pension de vieillesse sont considérés comme ayant la qualité d'assurés ouvrant droit au capital décès tant qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article L. 313-1 précité*]».

Y en el caso de los derechohabientes, que la doctrina francesa –con toda lógica y pedagogía– denomina «beneficiarios [*bénéficiaires*]»⁴⁷, el Código francés de Seguridad Social establece que «el pago de la indemnización se efectúa con carácter prioritario a las personas que estaban, el día del fallecimiento, a cargo efectivo, total y permanente del asegurado [*le versement du capital est effectué par priorité aux personnes qui étaient, au jour du décès, à la charge effective, totale et permanente de l'assuré*]»⁴⁸. Aunque esta regla de la prioridad pone de manifiesto que la persona beneficiaria no tiene que mantener una relación de parentesco con el sujeto causante, lo cierto es que, «en caso de pluralidad de personas que puedan valerse del derecho de prioridad [*en cas de pluralité de personnes pouvant se prévaloir du droit de priorité*], «la indemnización se pagará en orden de preferencia al cónyuge o pareja de un pacto civil de solidaridad, a los hijos y a los ascendientes [*le capital est versé par ordre de préférence au conjoint ou au partenaire d'un pacte civil de solidarité, aux enfants, aux ascendants*]»⁴⁹. Ahora bien, dicha prioridad debe ser invocada en el plazo de un mes a contar desde el fallecimiento del sujeto causante⁵⁰, puesto que, en caso de no que sea así, la indemnización corresponderá «al cónyuge supérstite no separado legalmente o de hecho, a la pareja con la cual el difunto estaba vinculado por un pacto de solidaridad civil o, en su defecto, a los descendientes y, en el caso de que el *de cuius* no deja cónyuge sobreviviente, ni pareja de un pacto de solidaridad civil, ni descendientes, a los ascendientes [*le capital est attribué au conjoint survivant non séparé de droit ou de fait, au partenaire auquel le défunt était lié par un pacte civil de solidarité ou à défaut aux descendants et, dans le cas où le de cuius ne laisse ni conjoint survivant, ni partenaire d'un pacte civil de solidarité, ni descendants, aux ascendants*]»⁵¹.

Aunque no aparezca expresamente mencionada, la unión de hecho (o «*concubinage*») con el sujeto causante de esta prestación también permite beneficiarse de la misma. De acuerdo con la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, así se ha pronunciado la doctrina francesa, indicando que «la pareja de hecho también puede reclamar el beneficio de la indemnización por fallecimiento, siempre que pruebe que estaba, el día de la muerte, a cargo efectivo, total y permanente del asegurado [*le concubin peut également prétendre au bénéfice du capital décès, dès lors qu'il établit qu'il était, au jour du décès, à la charge effective, totale et permanente de l'assuré*]»⁵². La propia doctrina francesa, siempre sobre la

⁴⁷ En este sentido, véanse DUPEYROUX, J.-J., BORGETTO, M., LAFORE, R. y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, 15 edición, Dalloz (París, 2005), página 617. Y también, en el mismo sentido, véase GRANDGUILLOT, D., *Droit du Travail et de la sécurité sociale*, 4 edición, Gualino éditeur (París, 2001), página 230.

⁴⁸ Véase su artículo L361-4, párrafo primero. Lógicamente, dicha carga debe estar justificada y probada, que es sobre lo que incide la Sala de lo Social de la *Cour de Cassation* –entre otras– en sus Sentencias de 6 de abril de 1995 (número de recurso 92-18432, no publicada en el *Bulletin*) y de 11 de marzo de 2003 (número de recurso 01-21013, no publicada en el *Bulletin*).

⁴⁹ Véase el artículo R361-3, párrafo tercero, del Código de la Seguridad Social.

⁵⁰ El plazo en cuestión viene establecido concretamente en el artículo R361-5, en virtud del cual «el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo L. 361-4, tras el que la indemnización por fallecimiento puede atribuirse a las personas mencionadas en el mismo párrafo, se fija al mes siguiente del fallecimiento del asegurado. [*Le délai prévu au deuxième alinéa de l'article L. 361-4, après lequel le capital décès peut être attribué aux personnes mentionnées à ce même alinéa, est fixé à un mois suivant le décès de l'assuré*]».

⁵¹ Véase artículo L361-4, párrafo segundo, del Código de la Seguridad Social.

⁵² Con cita expresa de la Sentencia de la *Cour de Cassation (Assemblée plénière)* de 30 de enero de 1970 (publicada en el *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Assemblée plénière* N° 1, página 1, número de recurso 68-10108), véase PRETOT, X., *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, 2 edición, Dalloz (París, 1998), página 264. Y también, KESSLER, F., *Droit de la Protection Sociale*, 2 edición, Dalloz (París, 2005), página 224.

base de lo indicado al respecto por la *Cour de Cassation*⁵³, ha puesto de manifiesto que la determinación de quienes pueden beneficiarse de esta indemnización «obedece a sus propias reglas, como una especie de “sucesión social” [*obéit à ses regles propres, comme une sorte de “successión sociale”*]», de modo que se aparta de las «soluciones del Derecho de Sucesiones [*aux solutions du droit des successions*]»⁵⁴.

2.3. Su reformada prestación económica

Como se desprende de su denominación legal, la prestación consiste en el pago de una indemnización, indicando al respecto el Código francés de Seguridad Social que «el importe de la indemnización por fallecimiento es igual a 3.400 euros [*le montant du capital décès est égal à 3.400 euros*]»⁵⁵, que «se revaloriza cada año en la fecha y en las condiciones previstas en el artículo L. 341-6 [*est revalorisé chaque année à la date et selon les conditions prévues à l'article L. 341-6*]»⁵⁶, redondeándose el importe así obtenido al euro superior⁵⁷. Se trata de una cantidad que trae causa de las reformas operadas aquí por Ley 2014-1554 de 22 de diciembre de 2014, de financiación de la Seguridad Social para el año 2015⁵⁸, que sustituye la regla que existía con anterioridad para el cálculo del importe de la indemnización —«el pago de una indemnización equivalente a un múltiplo de las ganancias diarias básicas tal como se define en el artículo L.324 [*le paiement d'un capital égal à un multiple du gain journalier de base tel qu'il est défini à l'article L. 323-4*]»— por la actual —«el pago de una indemnización igual a un importe a tanto alzado determinado por decreto [*le paiement d'un capital égal à un montant forfaitaire déterminé par décret*]»⁵⁹—, lo que ha supuesto un cambio considerable, en la medida en que ahora solamente es uno su importe. Y es que antes de la reforma en cuestión resulta que, aplicando la regla de cálculo, dicha indemnización tenía un importe variable, que oscilaba entre un mínimo de 380,40 euros y un máximo de 9.510 euros⁶⁰.

⁵³ Entre otras, véase su Sentencia de la Sala de lo Social 7 de marzo de 1984 (publicada en el *Bulletin* 1984 V, Nº 91, número de recurso 81-14961).

⁵⁴ Véase DUPEYROUX, J.-J., BORGETTO, M., LAFORE, R. y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, 15 edición, cit, página 617.

⁵⁵ Véase su artículo D361-1, párrafo primero.

⁵⁶ Véase su artículo D361-1, párrafo segundo, inciso primero.

⁵⁷ De acuerdo con su artículo D361-1, párrafo segundo, inciso segundo, según el cual «la cantidad obtenida se redondea al euro superior [*le montant obtenu est arrondi à l'euro supérieur*]».

⁵⁸ Publicada en *Journal officiel de la République française* número 0297 de 24 de diciembre de 2014.

⁵⁹ Véase su artículo 72, según el cual «el capítulo 1º del Título VI del libro III del código de la seguridad social se modifica así : 1º En el artículo L. 361-1, las palabras “múltiplo de las ganancias diarias de base tal y como se definen en el artículo L.323-4” se reemplazan por las palabras: “importe a tanto alzado determinado por Decreto” [*Le chapitre Ier du titre VI du livre III du code de la sécurité sociale est ainsi modifié: 1º A l'article L. 361-1, les mots: “multiple du gain journalier de base tel qu'il est défini à l'article L. 323-4” sont remplacés par les mots: “montant forfaitaire déterminé par décret”*]». El Decreto en cuestión es el número 2014/1715 de 30 de diciembre de 2014, publicado en *Journal officiel de la République française* número 0302 de 31 de diciembre de 2014.

⁶⁰ De acuerdo con lo indicado, antes de su reforma, tanto en el artículo R361-1 (« la indemnización por fallecimiento prevista en el artículo L.361-1 es igual a 91,25 veces las ganancias diarias de base tal y como se definen en el artículo L. 323-4. Sin embargo, para la aplicación del párrafo séptimo del artículo R. 323-4, el techo que toma en cuenta es el mencionado en el artículo L. 241-3 [*Le capital décès prévu à l'article L. 361-1 est égal à 91,25 fois le gain journalier de base tel qu'il est défini à l'article L. 323-4. Toutefois, pour l'application du septième alinéa de l'article R. 323-4, le plafond pris en compte est celui mentionné à l'article L. 241-3*]») como en su artículo R361-2 («la indemnización otorgada a título de seguro de defunción no puede ser

(...)

El reconocimiento del pago de esta prestación económica supone haber iniciado el correspondiente procedimiento administrativo con la presentación de formal de la solicitud por parte de la persona interesada. A ello se refiere también el Código francés de Seguridad Social, indicando que las «solicitudes del pago de la indemnización prevista en los artículos L. 361-1 a L. 361-4 se dirigirán a la caja primaria del seguro de enfermedad [*demandes tendant au paiement du capital prévu aux articles L. 361-1 à L. 361-4, sont adressées à la caisse primaire d'assurance maladie*]»⁶¹, especificándose en caso de «descendientes menores [*descendants mineurs*]» que «solicitud se realiza por el representante legal [*la demande est formée par le représentant légal*]»⁶² o por el «juez del tribunal de instancia [*juge du tribunal d'instance*]» –cuando no resulte operativo lo del representante legal–, que además designará a «la persona o institución que debe recibir en depósito, en nombre de los menores, las cantidades que les corresponden [*la personne ou l'établissement qui doit recevoir en dépôt, pour le compte des mineurs, les sommes qui reviennent à ceux-ci*]»⁶³. El procedimiento concluye con la «decisión de la caja [*décision de la caisse*]», que «se notifica a los interesados [*est notifiée aux intéressés*]»⁶⁴ y que, en el supuesto de ser favorable al reconocimiento, supone el abono de la indemnización en cuestión, pero con la advertencia legal de que la misma «es intransferible e inembargable, excepto para el pago de deudas alimentarias o la recuperación de la indemnización indebidamente pagada como resultado de una maniobra fraudulenta o de una declaración falsa [*est incessible et insaisissable sauf pour le paiement de dettes alimentaires ou le recouvrement du capital indûment versé à la suite d'une manoeuvre frauduleuse ou d'une fausse déclaration*]»⁶⁵.

En relación siempre con el procedimiento para solicitar esta indemnización, no conviene pasar por alto la interpretación y aplicación que ha realizado al respecto de sus requisitos formales la Sala de lo Social de la *Cour de Cassation*, en relación tanto con los plazos para presentar la solicitud como con la propia forma de la solicitud. Sobre la primera cuestión, su

inferior a 1% del importe del techo mencionado en el artículo L. 241-3. No puede ser superior a la cuarta parte del importe de este techo. Se acuerda incluso en caso de fallecimiento ocurrido, bien como consecuencia de un accidente de trabajo, bien durante el servicio nacional obligatorio, bien durante el período de llamada o movilización, bien en el curso del período de presencia en servicio militar voluntario en tiempos de guerra [*Le capital attribué au titre de l'assurance décès ne peut être inférieur à 1 % du montant du plafond mentionné à l'article L. 241-3. Il ne peut être supérieur au quart du montant de ce plafond. Il est accordé même en cas de décès survenu soit à la suite d'un accident du travail, soit pendant le service national obligatoire, soit pendant une période d'appel ou de mobilisation, soit au cours d'une période de présence sous les drapeaux comme volontaire en temps de guerre*]).

⁶¹ Véase su artículo R361-4, párrafo primero. Siempre sobre la base de que la formalización de esta solicitud debe tener presente que se cumplen todas las condiciones en el momento del fallecimiento del sujeto causante, dado que es lo que establece el artículo R361-3, párrafo primero, cuando dispone que «para la aplicación de los artículos L. 361-1 a L. 361-4, las condiciones requeridas por el artículo L. 313-1 deben cumplirse en la fecha del fallecimiento [*pour l'application des articles L. 361-1 à L. 361-4, les conditions requises par l'article L. 313-1 doivent être remplies à la date du décès*]».

⁶² Véase su artículo R361-4, párrafo tercero, inciso primero.

⁶³ Véase su artículo R361-4, párrafo tercero, inciso segundo, que, siempre en relación con el representante legal y la actuación del juez, habla expresamente de «en caso de falta del representante legal [*en cas de carence du représentant légal*]».

⁶⁴ Véase artículo R361-4, párrafo segundo.

⁶⁵ Véase artículo L361-5 del Código francés de Seguridad Social. Esta devolución presenta algunos matices cuando se trata de errores cometidos por la propia Administración, según se desprende de la Sentencia de Sala de lo Social de la *Cour de Cassation* de 15 de junio de 2000 (número de recurso 99-10665, no publicada en el *Bulletin*). Sobre fraude y prescripción de este tipo de acciones, véase KEIM-BAGO, M., «Fraude et prescription de l'action des caisses de sécurité sociale», *Droit Social*, número 7/8 (Julio-Agosto, 2015), páginas 654-655.

Sentencia de 20 de enero de 2000⁶⁶ se ve en la obligación de tener que precisar –con toda su lógica– que una cosa es el plazo de un mes de los artículos L361-4 y R361-5, a contar desde la muerte del sujeto causante, que tienen las personas beneficiarias para invocar el derecho de prioridad o preferencia en el cobro de la indemnización, y otra muy distinta es el plazo de dos años del artículo L332-1, a contar también desde la muerte del sujeto causante, que tienen todas las personas beneficiarias para solicitar el cobro dicha indemnización, cuyo vencimiento supone la prescripción de la acción y, por consiguiente, la pérdida de sus derechos⁶⁷; aclarándose en su Sentencia de 9 de marzo de 1995⁶⁸ que este plazo de los dos años solamente comienza a computarse el día en que se tenga conocimiento por parte de las personas beneficiarias de la muerte del sujeto causante, de modo que la prescripción de la acción para el pago de la indemnización se inicia el día de la revelación de la muerte a las personas beneficiarias, pero siempre que el desconocimiento de la muerte que da lugar al derecho tiene carácter legítimo. Y en relación con la segunda cuestión, su Sentencia de 27 de febrero de 1992⁶⁹ pone de manifiesto que es admisible una solicitud de atribución de indemnización por fallecimiento hecha por carta y recibida en la Caja Primaria del Seguro de Enfermedad antes del vencimiento del plazo de dos años, en la que se incluye la expresión «solicitud de información y derechos [*demande de renseignements et de droits*]» y la referencia a la muerte del asegurado, razón por la que constituye una solicitud a tales efectos.

3. 3. EL BALANCE DE LA COMPARACIÓN

El recurso al dicho de que las comparaciones son odiosas –muy habitual por parte de quien sale desfavorecido del cotejo– debe quedar aquí necesariamente exceptuado, al menos en lo que se refiere a las principales conclusiones que pueden ser extraídas del presente estudio. Se trata de unas breves conclusiones, a través de las cuales pretende ofrecerse el balance de la comparación de la regulación legal del auxilio por defunción, o indemnización por fallecimiento, tanto en España como en Francia. Atendiendo a las semejanzas y a las diferencias registradas, tales conclusiones pueden agruparse en dos grandes apartados, que son los siguientes.

El primero de ellos es el relativo a los parecidos existentes en el Derecho de estos dos Estados miembros de la Unión Europea. En ambos se reconoce que la muerte de quien tiene la condición de sujeto causante implica para quien conviviere con él, además de una pérdida permanente de ingresos, unos «gastos excepcionales [*dépenses exceptionnelles*]» por causa de su sepelio⁷⁰, razón por la que sus respectivas legislaciones internas regulan una concreta prestación económica de pago único, que es una indemnización para cubrir una situación de necesidad estrictamente coyuntural. Y además, la regulan como una concreta prestación de seguridad social por muerte y supervivencia, a la que se accede previo cumplimiento de una

⁶⁶ Publicada en el *Bulletin* 2000 V, Nº 34, página 25 (número de recurso 98-12495).

⁶⁷ Según este artículo L332-1, párrafo segundo, «la acción de los derechohabientes del asegurado para el pago de la indemnización prevista en el artículo L. 361-1 prescribe a los dos años a partir del día del fallecimiento [*L'action des ayants droit de l'assuré pour le paiement du capital prévu à l'article L. 361-1 se prescrit par deux ans à partir du jour du décès*]».

⁶⁸ Publicada en el *Bulletin* 1995 V, Nº 82, página 59 (número de recurso 92-13992).

⁶⁹ Publicada en el *Bulletin* 1992 V, Nº 143, página 88 (número de recurso 89-13694).

⁷⁰ Como reedición del libro publicado en 1959 por el autor en la editorial Sirey, véase NETTER, F., *La Sécurité Sociale et ses principes*, Dalloz (París, 2005), página 141.

serie de requisitos, tanto por parte de quien la ocasiona como parte de quien la disfruta, que obedecen a los mismos principios.

Y el segundo de los dos apartados se refiere a las diferencias existentes siempre en el Derecho de ambos Estados, que las hay y que son considerables. Desde un punto de vista formal, se evidencia en las distintas estructuras normativas de Seguridad Social existentes, en la medida en que, a diferencia del ordenado y concentrado modelo francés de codificación de su Derecho de Seguridad Social (siempre puesto al día con sus versiones consolidadas), en España la regulación dispersa de esta prestación dificulta su conocimiento con cierta seguridad jurídica, permitiendo afirmar que nuestro Derecho de Seguridad Social es aquí también un campo minado, que puede esquivarse en parte con ayuda de la jurisprudencia de nuestros tribunales de lo social. Y desde el punto de vista material, al margen de que las condiciones impuestas para la concesión de esta indemnización, es claramente llamativa la diferencia existente en cuanto al importe para hacer frente a los gastos de sepelio, que en España –a pesar de la reforma realizada para su incremento– es realmente insignificante y ridícula, a diferencia de Francia, cuya reforma en la materia no impide seguir afirmando que se trata de una cuantía que sí permite encarar de algún modo la situación de necesidad que supone tener que asumir los gastos de sepelio del sujeto causante de la prestación.

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

-Empleo.- Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo de 16 de julio de 2018 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 224, 5-9-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (DOUE C 334, 19-9-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2017, sobre la creación de una estrategia industrial ambiciosa de la Unión Europea como prioridad estratégica para el crecimiento, el empleo y la innovación en Europa (2017/2732(RSP)) (DOUE C 334, 19-9-18)

-Resolución de la Asamblea Parlamentaria Euronest sobre la lucha contra el trabajo informal y no declarado y la mejora de la seguridad social de los empleados en la Unión Europea y los países de la Asociación Oriental (DOUE C 343, 25-9-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre las políticas económicas de la zona del euro (2017/2114(INI)) (DOUE C 346, 27-9-18)

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Comunicación sobre una nueva alianza entre África y Europa para la inversión y el empleo sostenibles: Un paso más en nuestra asociación para la inversión y el empleo [COM (2018) 643, 12-9-18]

-Formación.-Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de mayo de 2017, sobre el Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente (2016/2798(RSP)) (DOUE C 307, 30-8-18)

-Igualdad.-Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2017, sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones (2016/2061(INI)) (DOUE C 331, 18-9-18)

2. PROTECCIÓN SOCIAL

-Mutuas.- Resolución de 9 de octubre de 2018, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas (BOE 18-10-18)

El art. 24.1 de la Orden ESS/55/2018, de 26 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para 2018, en cuanto a la financiación de las funciones y actividades atribuidas a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena al servicio de sus empresas asociadas, establece el coeficiente general a aplicar en el 0,051 de la cuota íntegra correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes

y, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General de la Seguridad Social, ese coeficiente lo fija en el 0,030 de la respectiva cuota íntegra correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes.

No obstante, esta norma dispone que dichos porcentajes podrán elevarse (hasta el 0,055 y 0,033, respectivamente) para aquellas mutuas que acrediten la insuficiencia financiera del mencionado coeficiente general en base a circunstancias estructurales.

Conforma a dicha regulación, esta Resolución, por un lado, define el requisito de insuficiencia financiera del coeficiente general mediante la estimación del resultado negativo o déficit al cierre del ejercicio 2018 en el ámbito de la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes después de aplicada en su integridad la reserva de estabilización específica de esta gestión.

Por otro lado, respecto del requisito adicional de que tal déficit sea consecuencia de circunstancias estructurales, determina que se considera existente cuando la duración media de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena protegidos por la mutua en el año 2017 sea superior a 33 días, o bien cuando el índice de incidencia media mensual durante el mismo periodo, de los mismos procesos, haya superado en el año 2017 el 21 por mil, siempre que se justifique por la mutua interesada el desarrollo por su parte de actuaciones de control y seguimiento de los referidos procesos de baja médica por incapacidad temporal.

Asimismo, por razones de eficiencia en la gestión, se acomoda la financiación de este ámbito a las singularidades de las distintas mutuas en lugar de incrementar de forma indiscriminada el coeficiente general, ya que un mayor coeficiente general, además de ser más gravoso para el Sistema, generaría en algunas de las mutuas, las de mayores o más homogéneos niveles de implantación, una holgada financiación y superávit frente a otras, en las que aquel coeficiente seguiría siendo insuficiente.

Finalmente, se establece el procedimiento al que han de ajustarse las solicitudes que a tal efecto lleven a cabo las Mutuas.

-Personas con discapacidad.- Real Decreto 1341/2018, de 29 de octubre, por el que se establecen medidas transitorias para el mantenimiento, en favor de las personas con discapacidad, del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (BOE 30-10-18).

El Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, estableció un sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral no estaban incluidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Muchas de esas prestaciones han sido integradas en el sistema sanitario, en el sistema de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, en el Sistema para la Autonomía y

Atención a la Dependencia, así como en las prestaciones reconocidas en las leyes de servicios sociales de las comunidades autónomas.

Sin embargo, el citado Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, todavía regula los requisitos y condiciones del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte y de la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica.

En relación con dichas prestaciones, el artículo 32 del Real Decreto establece el nivel de recursos personales vinculado al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas, fijando como cuantía de referencia el salario mínimo interprofesional. No obstante, en virtud del artículo 2 y siguientes del 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, las referencias que realiza al salario mínimo interprofesional han de entenderse hechas al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante, IPREM) creado en esta norma.

Pero la cuantía del IPREM no ha sido actualizada para el ejercicio 2018, ya que no se ha previsto su modificación en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Ello supone que tras el incremento de la cuantía de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez para el ejercicio 2018, parte de los perceptores han dejado de cumplir con el requisito de carencia de rentas fijado en el artículo 32 del Real Decreto 383/1984, por superar la cuantía de la pensión no contributiva el setenta por ciento del IPREM, quedando, en consecuencia, este colectivo excluido del reconocimiento al derecho al subsidio ya mencionado.

Se considera en la Exposición de Motivos que esta situación resulta incompatible con el espíritu del real decreto, ya que una moderada elevación de rentas deja a las personas con discapacidad fuera del ámbito protector del subsidio que atiende a sus necesidades específicas, y que han venido percibiendo hasta el momento de producirse la entrada en vigor de la citada Ley 6/2018, de 3 de julio. En virtud de ello, se considera necesario aprobar una disposición que corrija esta situación no deseada.

De esta forma, este Real Decreto establece que las personas con discapacidad beneficiarias de una pensión no contributiva de la Seguridad Social, que como consecuencia del incremento experimentado en la misma por la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, hayan perdido su derecho a percibir el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte como consecuencia de la superación de los porcentajes de recursos personales previstos en el artículo 32 del RD 383/1984, continuarán percibiendo el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte hasta la próxima actualización del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

Además, se establece que los órganos gestores correspondientes de las comunidades autónomas y las Direcciones Territoriales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, según corresponda, iniciarán de oficio el procedimiento para abonar a las personas con discapacidad indicadas los importes no percibidos en concepto de subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte devengados desde el 5 de julio de 2018 hasta la entrada en vigor de este real decreto.

-Clases pasivas: Viudedad.- Real Decreto 1413/2018, de 2 de diciembre, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 en materia de pensiones de viudedad del Régimen de Clases Pasivas del Estado (BOE 3-12-18)

Mediante este Real Decreto se adecúan las pensiones de viudedad a las modificaciones normativas llevadas a cabo por la Disposición final segunda de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que introduce una modificación del apartado 3 del artículo 39 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril), en la que se prevé un incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora, en cuatro o dos puntos, para el cálculo de las pensiones ordinarias de viudedad, cuando en la persona beneficiaria concurren los requisitos de ser mayor de 65 años, no tener derecho a otra pensión pública española o extranjera, ni percibir otros ingresos por realización de trabajo o de capital en cuantía relevante.

Además, la referida LPGE añade una nueva disposición adicional, decimonovena, al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, que establece que el incremento del porcentaje será aplicable a las pensiones ordinarias de viudedad causadas al amparo de la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984 y de la legislación especial de guerra, cuando se cumplan los mismos requisitos.

La mejora de la pensión de viudedad prevista en este real decreto tendrá efecto a partir de la entrada en vigor de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. No obstante, conforme a su disposición adicional cuadragésima quinta, las pensiones de viudedad causadas antes de su entrada en vigor y vigentes en dicha fecha, a las que deba aplicarse el incremento de porcentaje establecido en el artículo 39.3 y en la disposición adicional decimonovena del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, por concurrir los requisitos exigidos, se revisarán de oficio con efectos económicos del día primero del mes siguiente a la entrada en vigor de la citada Ley de Presupuestos.

Por otro lado, en la disposición adicional quincuagésima quinta de la LPGE para el año 2018 se prevé que, a partir de 1 de enero de 2019 el incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de viudedad de las personas beneficiarias que cumplan los requisitos legalmente establecidos, se eleve en ocho o cuatro puntos.

Conforme a todo ello, este Real Decreto establece las normas de desarrollo correspondientes, dirigidas, por un lado, a facilitar la revisión de oficio de las pensiones que se estén percibiendo en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y por otro, a establecer las condiciones para el reconocimiento del derecho a la mejora de la pensión.

Así, lo dispuesto en este RD se aplicará a las personas beneficiarias de la pensión ordinaria de viudedad del Régimen de Clases Pasivas del Estado y de la legislación especial de guerra, que reúnan los siguientes requisitos: a) Haber cumplido una edad igual o superior a los 65 años. b) No tener derecho a otra pensión pública española o extranjera. c) No percibir ingresos por la realización de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. d) No percibir rendimientos del capital, de actividades económicas o ganancias patrimoniales, que

en cómputo anual superen el límite de ingresos establecido en la correspondiente LPGE para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad.

Cuando concurren dichos requisitos el importe de la pensión ordinaria de viudedad se fijará aplicando a la base reguladora que corresponda el porcentaje que se determina en los apartados siguientes: a) Si se trata de pensiones de viudedad reconocidas al amparo del Título I del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, el porcentaje será del 54 por 100. El porcentaje será del 27 por 100 cuando la persona causante de los derechos pasivos hubiera fallecido después de haber sido declarada incapacitada o inutilizada en acto de servicio o como consecuencia del mismo y de haberse señalado en su favor la correspondiente pensión extraordinaria. b) Si se trata de pensiones de viudedad causadas conforme a la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984 o a la legislación especial de guerra, el porcentaje que corresponda se incrementará en 4 puntos.

A partir de 1 de enero de 2019, conforme a la Disp. Adic. quincuagésima quinta de la LPGE para el año 2018, los porcentajes previstos en la letra a) del apartado anterior serán del 58 por 100 y del 29 por 100, respectivamente, y el porcentaje para el cálculo de las pensiones a las que hace referencia la letra b) del apartado anterior se incrementará en 8 puntos.

Esta mejora de las pensiones de viudedad se reconocerá a solicitud de las personas interesadas, siempre que reúnan los requisitos exigidos.

-Administración de Justicia. Incapacidad temporal.- Resolución de 6 de noviembre de 2018, de la Dirección General de la Administración de Justicia, sobre retribuciones en los casos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros del personal al servicio de la Administración de Justicia, en el ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia. (BOE 14-11-18)

La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, a través de su disposición adicional 54ª, ha establecido un nuevo marco normativo para el régimen de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que elimina las restricciones existentes hasta este momento. Con este nuevo marco normativo, se permite que cada Administración Pública determine, previa negociación colectiva, las retribuciones que ha de percibir durante la situación de incapacidad temporal el personal a su servicio y al de sus Organismos y Entidades públicas dependientes. El apartado Cinco de dicha disposición adicional establece que lo previsto en la misma resulta de aplicación, entre otros, al personal al servicio de la Administración de Justicia, en cuyo ámbito se habían establecido restricciones por la Ley Orgánica 8/2012 de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, que modificó la LOPJ respecto a las situaciones de incapacidad temporal, para adecuarlas a lo establecido en el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Esta Resolución será de aplicación al personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, comprendido en el artículo 470 LOPJ, del ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, a efectos del reconocimiento del complemento para alcanzar el cien

por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando, según lo establecido en séptimo párrafo del artículo 504.5 de la citada LOPJ.

Conforme a lo previsto en dicha disposición adicional 54ª, a los efectos indicados, se considerarán excepcionales y debidamente justificadas todas las situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes.

En consecuencia:

-Se aprueba para dicho personal que esté incluido en el Régimen General de la Seguridad Social que el complemento retributivo desde el primer día en situación de incapacidad temporal o licencia por enfermedad, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance el cien por cien de sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal.

-Se aprueba para dicho personal que esté incluido en el Régimen de la Mutuality General Judicial en situación de incapacidad temporal al que se le haya expedido la correspondiente licencia, que las retribuciones a percibir durante el período que no comprenda la aplicación del subsidio por incapacidad temporal previsto en dicho Régimen sean del cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal; complementando el Ministerio de Justicia las cantidades que correspondan a partir del día ciento ochenta y uno con el fin de que los funcionarios adscritos a este régimen no perciban una cantidad inferior a la que corresponda a los funcionarios adscritos al régimen general de la Seguridad Social.

Se deroga la Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, sobre retribuciones en los casos de incapacidad temporal para el personal al servicio de la Administración de Justicia, en el ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia.

-Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. Incapacidad temporal.- Resolución de 6 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Modernización de la Justicia, Desarrollo Tecnológico y Recuperación y Gestión de Activos, sobre retribuciones en los casos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. (BOE 14-11-18)

La misma regulación anteriormente reseñada se aplica en este caso, en virtud de esta Resolución de 6 de noviembre de 2018, a los miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, a efectos del reconocimiento del complemento para alcanzar el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando, según lo establecido en séptimo párrafo del artículo 504.5 de la LOPJ.

-Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.- Orden TMS/1289/2018, de 29 de noviembre, por la que se fijan para el ejercicio 2018 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 4-12-18)

Conforme al artículo 130.Ocho de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, para la determinación de las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, correspondientes al periodo de 1 de agosto a 31 de diciembre de 2018, se aplicará el procedimiento descrito en las reglas contenidas en el citado precepto, facultando al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social para fijar la cuantía de las citadas bases de cotización.

A las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes correspondientes al periodo de 1 de enero a 31 de julio de 2018, que no pueden ser actualizadas en virtud del artículo 130.Ocho de la Ley 6/2018, de 3 de julio, les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 106.Ocho de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado del año 2017, debido a la prórroga automática de los Presupuestos del ejercicio 2017 hasta la aprobación de los correspondientes al año 2018, en virtud de la previsión contenida en el artículo 134.4 de la Constitución Española.

A esta finalidad responde el contenido de esta orden. A través de ella se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2017, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

-Jubilación parcial.- Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España (BOE 8-12-18)

Este Real Decreto-Ley aborda una serie de aspectos referidos a la competitividad del sector industrial, entre ellos la regulación del contrato de relevo para adaptarlo a la singularidad de la industria manufacturera. También se adoptan medidas de apoyo al sector industrial y, muy especialmente, a las empresas electrointensivas y, por último, se aprueban determinadas disposiciones en materia de seguridad industrial. Se complementa además con algunas medidas concretas que inciden en la competitividad del sector comercial, como la regulación de la limitación de la venta con pérdida, adaptando la regulación española a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la supresión de los Registros de Franquiciadores y de Ventas a Distancia.

Se señala en la Exposición de Motivos que, actualmente, la industria manufacturera representa el 14,1 por ciento del empleo, que se caracteriza por la alta calidad de sus empleos, con un alto grado de contratación indefinida, donde se ofrecen oportunidades de desarrollo profesional, aprovechando la mayor permeabilidad en el mercado laboral a través

de la Formación Profesional y la Formación Profesional Dual. Se indica asimismo que la productividad y la flexibilidad se erigen como los dos ejes vertebradores del desarrollo industrial de los últimos años, y que, para seguir creando empleo y continuar siendo competitivos, hay que avanzar sobre estos dos factores, en el marco del diálogo social, con medidas consensuadas que ofrezcan al sector herramientas para competir en estos ámbitos, como lo es el contrato de relevo, que se considera un instrumento valioso para minorar los porcentajes de desempleo que, de forma particularmente acusada, afectan a la población activa de menor edad.

Como establece la Exposición de Motivos, las reformas operadas en los últimos años en las normas reguladoras de la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, han venido a dificultar en la práctica el acceso a dicha modalidad de jubilación. Se considera que, como consecuencia de ello, el uso del contrato de relevo ha disminuido en los últimos años, poniendo de manifiesto la existencia de determinadas disfuncionalidades en la actual regulación de la figura de la jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, lo que, a su vez, ha venido a frustrar en parte la finalidad perseguida por esta modalidad de jubilación parcial, que no es otra que la de procurar el rejuvenecimiento de las plantillas, el fomento de la contratación indefinida y el incremento de la productividad de las empresas.

El 31 de diciembre de 2018 finaliza el plazo de aplicación de la disposición transitoria 4ª del texto refundido de la LGSS, sin que se haya completado el ciclo, poniendo en riesgo la competitividad futura, a medio y largo plazo, de las plantas de fabricación y montaje. Por ello se considera necesario y urgente alargar el período de aplicación de dicha disposición transitoria, con el fin de evitar que la misma se extinga. Esto se lleva a cabo en el artículo 1 de este RDL mediante la correspondiente modificación del texto refundido de la LGSS. No obstante, para garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social se lleva a cabo una reforma transitoria y limitada de la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, orientada particularmente a sectores profesionales industriales y, dentro de estos, a aquellos colectivos de trabajadores que vienen prestando servicios que comportan relevantes esfuerzos físicos y, además, han alcanzado ciertas cotas de edad, antigüedad y cotización mínima.

Se espera que la incorporación de esta medida, alargando el periodo de aplicación de la mencionada disposición transitoria, impulse la competitividad de la industria y facilitará las decisiones de nuevas inversiones, contribuyendo a asegurar la transición ecológica de la industria, manteniendo su actividad y sus empleos.

De esta forma, se añade un nuevo apartado 6 a la disposición transitoria cuarta del texto refundido de la LGSS, en relación con la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, que dispone que se seguirá aplicando la regulación para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a pensiones causadas antes del 1 de enero de 2023, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera.

b) Que dicho trabajador acredite un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial (computándose, a tal efecto, la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa conforme al art. 44 ET o en empresas pertenecientes al mismo grupo).

c) Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa con contratos por tiempo indefinido supere el 70 por ciento del total de los trabajadores de su plantilla.

d) Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

f) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años (veinticinco en el caso de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento) en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

Por otra parte, en la disposición adicional primera del real decreto-ley se exige a las grandes empresas industriales manufactureras cuyos empleados se hayan acogido a la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo establecida en el artículo 1, que incluyan entre la información no financiera de sus informes de gestión, aquella referida a las medidas que la empresa adopte en el marco de la transición justa hacia una economía descarbonizada.

-Permiso de paternidad.- Resolución de 22 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publican los acuerdos para la ampliación del permiso de paternidad a dieciséis semanas y para la aplicación de la bolsa de horas prevista en la Disposición Adicional centésima cuadragésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE 5-12-2018)

Mediante esta Resolución se publican, para hacerlos efectivos, los Acuerdos firmados, con fecha 29 de octubre de 2018, en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado: el Acuerdo para la ampliación del permiso de paternidad a dieciséis semanas, y el Acuerdo para la aplicación de la bolsa de horas prevista en la

disposición adicional centésima cuadragésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

En el Acuerdo para la ampliación del permiso de paternidad a dieciséis semanas, se acuerda aprobar para todo el personal, funcionario, estatutario o laboral, al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes, que el permiso de paternidad por nacimiento, guarda con fines de adopción, adopción o acogimiento de un hijo/hija se amplíe a un total de 16 semanas. Aprobar que dicho permiso sea no transferible, y se distribuya a opción de la persona solicitante, con determinados límites.

La implementación de este permiso de paternidad se llevará a cabo de forma progresiva: 8 semanas en 2019; 12 semanas en 2020; 16 semanas en 2021.

Por su parte, en el Acuerdo para la aplicación de la bolsa de horas prevista en la disposición adicional 144 de la LPGE para el año 2018, se acuerda aprobar para todo el personal, funcionario, estatutario o laboral, al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes una bolsa de horas de un 5% de la jornada anual de cada empleado o empleada, individualmente considerados.

Esta bolsa de horas es una medida de flexibilidad horaria y en ningún caso sustituye a los permisos existentes ni a las licencias en esta materia; se aplicará a los casos de cuidado de hijos o hijas menores de edad y para la atención de personas mayores y personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad; su utilización tendrá carácter recuperable, fijándose un plazo máximo de 3 meses, desde el hecho causante, para la recuperación de las horas utilizadas, debiendo cumplir al final de año con el total de la jornada anual correspondiente; podrán acumularse en jornadas completas siempre que exista una razón justificada para ello, considerando las peculiaridades de la prestación del servicio público.

La Secretaría de Estado de Función Pública dictará, en su caso, las oportunas instrucciones para la adecuada implantación y gestión de la flexibilidad horaria prevista en el presente acuerdo.

3. EMPLEO

-Política de empleo.- Resolución de 7 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021

Con este Plan de Choque por el Empleo Joven se persigue buscar la mejora de la competitividad y el valor añadido de la estructura productiva española para alcanzar niveles de crecimiento económico que permitan generar una oferta sustancial de empleo, estable o flexible, sobre la base del desarrollo de sectores de futuro y con alto valor añadido; fortalecer el compromiso con la formación integral y con la cualificación de las personas jóvenes; y desarrollar iniciativas de retorno a la escuela, de apoyo a la formación en competencias estratégicas, a la formación profesional dual, al empleo con derechos, al emprendimiento de los jóvenes, al fomento de la participación sindical de las personas jóvenes y del asociacionismo empresarial.

El Plan engloba cincuenta medidas, divididas en seis ejes, diseñadas bajo una perspectiva integral y sistémica, que permiten su combinación y ajuste a cada perfil y a las necesidades existentes en cuanto a inserción. A través de los ejes se definen, en línea con los objetivos establecidos, los ámbitos de actuación considerados prioritarios en los próximos tres años: recuperar la calidad del empleo, luchar contra la brecha de género en el empleo y reducir el desempleo juvenil.

Este Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021 se ha elaborado en colaboración con las Comunidades Autónomas y se ha consultado a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con aportaciones asimismo de las Entidades Locales, distintos interlocutores sociales y económicos, así como entidades responsables de juventud, educación y servicios sociales.

En todo caso, los compromisos que se deriven de la aplicación de este Plan quedan condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en los ejercicios 2019, 2020 y 2021 de acuerdo con la senda de consolidación fiscal fijada por el Gobierno. Asimismo, en el caso de las actuaciones para las que resulten competentes las Comunidades Autónomas, el contenido del presente Plan no tendrá carácter obligatorio.

Los 6 Ejes que se establecen son: 1. Orientación. 2. Formación. 3. Oportunidades de empleo. 4. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. 5. Emprendimiento. 6. Mejora del marco institucional.

Entre las principales medidas que se establecen destacan:

-Contratación de 3000 técnicos orientadores para ayudar a buscar empleo (funcionarios interinos por un máximo de 18 meses hasta la consolidación de las plazas).

-Orientación integral de forma particular para personas jóvenes migrantes, que tomará como referencia el programa KAUSA que se desarrolla en Alemania.

-El impulso en el ámbito de la contratación laboral de actuaciones para dotar de mayor calidad al marco de relaciones laborales y erradicar las situaciones de precariedad. Entre ellas, el impulso de programas mixtos de empleo y formación. Estos programas incluyen una apuesta decidida por las Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo 4.0, así como por otros programas de formación en alternancia.

-La recuperación de la cotización por desempleo en los contratos para la formación.

-El impulso del contrato de relevo, que permita la transmisión de conocimientos por parte de las personas trabajadoras en jubilación parcial y la persona trabajadora contratada a través del contrato de relevo, de forma que parte de la jornada de trabajo de ambos se promoverá que se destine a la formación del relevista por parte del jubilado parcial, compatibilizando ambas jornadas.

-La puesta en marcha de un portal único de empleo para los contratos formativos (siguiendo la iniciativa de Reino Unido).

-Reforzar la causalidad en la contratación temporal y en el contrato a tiempo parcial. En relación con ello, se prevé establecer un control más efectivo de dichos contratos, y límites a la duración temporal de los contratos temporales del mismo trabajador con un mismo empresario.

-Regular un Estatuto de prácticas no laborales. Con ello se trata de luchar contra abusos y falsos becarios. Sus objetivos son: establecer una garantía del carácter formativo de las prácticas; garantizar una protección social adecuada; y garantizar asimismo un apoyo económico durante su realización. Dicho Estatuto deberá ser negociado en la Mesa de Diálogo Social y recogerá los derechos de los representantes de los trabajadores y el papel de la Inspección de Trabajo en relación con la protección de dichos becarios.

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)

- "Tratado de Derecho de la Seguridad Social", 2 Tomos, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, Á.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R. y MALDONADO MOLINA, J.A.: Manual de Seguridad Social, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, 808 + 869.
- ROS BENAVIDES, M. J.: Derecho de la protección social, Madrid, CEF, 2017, 445 págs.
- "PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIOLABORAL (TOMOS I Y II)" por VV.AA., GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA, FRANCISCO ORTIZ CASTILLO Y POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO (COORD), Murcia, Laborum, 2018, 752 páginas Tomo I y 880 Tomo II

1.2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de Septiembre de 2018. Asunto C-527/16, Caso Alpenrind

Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Reglamento (CE) n.º 987/2009 – Artículos 5 y 19, apartado 2 – Trabajadores enviados a un Estado miembro distinto de aquel en que el empleador ejerce normalmente sus actividades – Expedición por el Estado miembro de origen de certificados A1 tras el reconocimiento por del Estado miembro de acogida de la sujeción de los trabajadores a su régimen de seguridad social – Dictamen de la Comisión Administrativa – Emisión indebida de los certificados A1 – Constatación – Carácter vinculante y retroactivo de dichos certificados – Reglamento (CE) n.º 883/2004 – Legislación aplicable – Artículo 12, apartado 1 – Concepto de persona “enviada en sustitución de otra persona”.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 5, apartado 1, en relación con el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento (UE) n.º 1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010, debe interpretarse en el sentido de que los certificados A1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro al amparo del artículo 12, 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, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, vinculan no solo a las instituciones del Estado miembro en que se ejerza la actividad sino también a los tribunales de este mismo Estado miembro.

2) El artículo 5, apartado 1, en relación con el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n.º 987/2009, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que los certificados A1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro al amparo del artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, vinculan tanto a las instituciones de seguridad social como a los tribunales del Estado miembro en que se ejerza la actividad mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que hayan sido emitidos, aun cuando las autoridades competentes de ese último Estado miembro y del Estado miembro en que se ejerza la actividad hayan elevado el asunto a la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social y esta haya llegado a la conclusión de que los certificados habían sido emitidos indebidamente y de que procedía retirarlos.

3) El artículo 5, apartado 1, en relación con el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n.º 987/2009, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que los certificados A1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro al amparo del artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, vinculan tanto a las instituciones de seguridad social como a los tribunales del Estado miembro en que se ejerza la actividad, en su caso con efecto retroactivo, aun cuando los certificados únicamente se hayan expedido después de que el segundo Estado miembro hubiera determinado la sujeción del trabajador en cuestión al seguro obligatorio con arreglo a su legislación.

4) El artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un trabajador enviado por su empleador a otro Estado miembro para realizar un trabajo sea sustituido por otro trabajador enviado a su vez por otro empleador, ha de considerarse que el segundo se ha «enviado en sustitución de otra persona» a efectos de esa disposición, de modo que no podrá acogerse a la norma particular establecida en la disposición para seguir sujeto a la legislación del Estado miembro en que su empleador ejerza normalmente sus actividades.

5) No es relevante a este respecto la circunstancia de que los empleadores de los dos trabajadores de que se trate tengan su domicilio social en el mismo Estado miembro o en su caso mantengan vínculos personales u organizativos.

1.3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Julio de 2018. Número de Recurso 800/2018

Acción de reintegro de prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo ejercitada por una Mutua por descubiertos en cotización. Falta de competencia funcional: irrecurribilidad de la sentencia de instancia por razón de la cuantía.

Expone el Tribunal Supremo que: “... el acceso a la suplicación ha de ajustarse a la regla general contenida en el párrafo g) del art. 191.2 LRJS , a tenor de la cual tal recurso no procede en los procesos sobre reclamaciones cuya cuantía no exceda de 3.000 euros.

Pues bien, en el supuesto de autos la cantidad cuyo reintegro solicita la Mutua demandante no supera el umbral cuantitativo establecido en el mencionado precepto y ni la

sentencia recurrida, ni la de instancia, han suscitado el problema del acceso a la suplicación por la vía de la afectación general ni por ninguna otra de las previstas legalmente, limitándose el Juzgado de lo Social a afirmar la recurribilidad de la sentencia en virtud de lo dispuesto en el art. 191 LRJS, sin mayor precisión y sin razonamiento alguno al respecto.

En todo caso, tampoco concurre la excepción contemplada el párrafo b) del art. 191.3 LRJS que posibilita la suplicación cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”.

1.4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)

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 16 de mayo del 2018, Recurso número 528/2018

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 suplicación 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 Supremo de 28 de junio de 2018, Número de Recurso 690/2018

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 29 de junio de 2018, Número de Recurso 698/2018

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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 2018. Número de Recurso 711/2018

Vacaciones e Incapacidad Temporal: se aplica la misma garantía de salvaguarda del derecho a disfrutar de las mismas en el año siguiente y tras el alta, aun cuando se trate de días de vacaciones de Navidad.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018. Número de Recurso 736/2018

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. Número de Recurso 737/2018

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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Septiembre de 2018. Número de Recurso 837/2018

Seguridad Social. Recargo en las prestaciones de enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad en Uralita y sus efectos económicos. El artículo 43.1 LGSS (53.1 Texto Refundido) contiene un plazo de prescripción para las prestaciones que sean susceptible de ello de cinco años y una fecha de efectos retroactiva de tres meses desde la solicitud cuando no haya prescrito el derecho. Al recargo del art. 123.1 LGSS le resulta aplicable el plazo de prescripción de cinco años y los efectos económicos del mismo se producirán con una retroacción de tres desde la solicitud, prevista en aquél precepto. Reitera doctrina SSTS 4ª 13, 15, 16, 20 y 27 de septiembre de 2016 y 11/05/2018 (rcud. 3346/2015), entre otras.

1.6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018, Número de Recurso 667/2018**

RCUD: 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 sí 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, fijando condiciones que garanticen la extracción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018. Número de Recurso 739/2018

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).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Septiembre de 2018. Asunto C-41/17, Caso González Castro

Procedimiento prejudicial – Directiva 92/85/CEE – Artículos 4, 5 y 7 – Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores – Trabajadora en período de lactancia – Trabajo nocturno – Trabajo a turnos realizado parcialmente en horario nocturno – Evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo – Medidas de prevención – Impugnación por parte de la trabajadora afectada – Directiva 2006/54/CE – Artículo 19 – Igualdad de trato – Discriminación por razón de sexo – Carga de la prueba.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

“1) El artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

2) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la del litigio principal, en la que una trabajadora, a quien se ha denegado la concesión del certificado médico que acredite que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia

natural y, por consiguiente, se le ha denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, impugna ante un tribunal nacional u otra autoridad competente del Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, cuando la trabajadora expone hechos que puedan sugerir que esta evaluación no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. Corresponde entonces a la parte demandada probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación”.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de Octubre de 2018. Asunto C-12/17, Caso Dicu

Procedimiento prejudicial – Política social – Ordenación del tiempo de trabajo – Directiva 2003/88/CE – Derecho a vacaciones anuales retribuidas – Directiva 2010/18/UE – Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental – Permiso parental no considerado período de trabajo efectivo.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

“El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas que dicho artículo garantiza a un trabajador respecto de un período de referencia, no considera período de trabajo efectivo la duración de un permiso parental disfrutado por ese trabajador durante el citado período”.

1.6.3. Jubilación

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 2018. Número de Recurso 714/2018

Coefficientes reductores de la edad de jubilación. Trabajadores ferroviarios (Conductores de Vagoneta de Línea Electrificada). Debe fracasar la reclamación judicial de reconocimiento del coeficiente para una actividad omitida en el artículo 3.1 del RD 2621/1986, pues tal régimen es excepcional y no puede ser objeto de interpretación extensiva o analógica. Para obtener lo pedido ha de seguirse el procedimiento previsto en el RD 1698/2011, a instancia de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Reitera doctrina de STS 549/2017 de 21 junio (rec. 157/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 2018. Número de Recurso 721/2018

Jubilación anticipada: cese por despido objetivo. Requisito de haber percibido la indemnización. Acreditación del percibo: no es admisible el documento privado suscrito entre trabajador y empresa sin acreditar el ingreso efectivo de la indemnización en el haber del primero.

Indica el Supremo que: “El art. 161 bis LGSS fue añadido por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (RCL 2007, 2208) , mas la redacción del precepto en los términos antes expuestos

obedece al RDL 5/2013, de 15 de marzo (RCL 2013, 425, 514), de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

De este modo el legislador incidió en el régimen de la jubilación anticipada endureciendo, sin duda, el acceso a la misma en atención al objetivo de sostenibilidad del sistema de pensiones. Desde esa perspectiva hemos de explorar la interpretación que debe hacerse de la disposición legal que aquí está en juego, en particular, la que se contiene en el último párrafo del precepto y que se refiere a la forma de acreditación del percibo de la indemnización, puesto que fue una de las novedades incorporadas con aquella modificación legislativa.

Más concretamente, ante la falta de explícita mención al respecto, lo que se suscita en el presente litigio es qué ha de incluirse en la cláusula abierta que permite que, de no aportarse transferencia bancaria, se acredite mediante “documentación equivalente” haber percibido la indemnización.

Dar una respuesta a la cuestión nos exige destacar que la norma legal controvertida delimita de modo muy específico la capacidad probatoria de la parte solicitante de la prestación. En cierta medida se estrecha así el margen de análisis de la prueba, el cual queda sometido al mandato de rango legal.

4. La primera conclusión a la que cabe llegar fácilmente es que el legislador quiso eliminar la posibilidad de que se alegara por el trabajador haber percibido la indemnización en metálico sin constancia documental.

Pero, además, la exigencia de transferencia bancaria sitúa la necesidad de que la documentación alternativa, al tener que ser equivalente, deba reunir las características de aquélla. Sin duda, se pretende la constatación de que el importe de la indemnización ha entrado efectivamente en el patrimonio del trabajador y que tal constatación pueda efectuarse a través de elementos objetivos, como son aquéllos que permite seguir las trazas de ese ingreso en el acervo económico de aquel por la intervención de terceros, ajenos al negocio jurídico, y sujetos a la máxima garantía de control y transparencia a estos particulares efectos.

Lo que el precepto persigue es eliminar toda sombra de fraude, en la misma medida que se prevé en el art. 229 LGSS, que apunta a una misma intención del legislador. Por consiguiente, la norma exige la aportación de la prueba del pago, mediante un instrumento que resulte inmune a la eventual simulación.

5. Estos razonamientos nos llevan a afirmar que, precisamente, el instrumento inadecuado será aquel que únicamente consigne la manifestación de voluntad de las partes de saldar el débito indemnizatorio de la empresa en favor del trabajador, puesto que lo que la ley exige no es que el trabajador entienda satisfecho su crédito, sino que, de modo efectivo y contable, se haya producido el percibo de la indemnización, de forma tal que no pueda dudarse de la realidad de la propia extinción del contrato por las causas legales”.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de Septiembre de 2018. Asunto C-17/17, Caso Grenville Hampshire

Procedimiento prejudicial – Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario – Directiva 2008/94/CE – Artículo 8 – Regímenes complementarios de previsión – Protección de los derechos a prestaciones de vejez – Nivel mínimo garantizado de protección.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

“1) El artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de insolvencia del empresario, cada trabajador asalariado individual debe disfrutar de prestaciones de vejez equivalentes al menos al 50 % del valor de sus derechos adquiridos en virtud de un régimen complementario de previsión profesional.

2) El artículo 8 de la Directiva 2008/94, en circunstancias como las del litigio principal, tiene efecto directo, de modo que puede ser invocado ante un órgano jurisdiccional nacional por un trabajador asalariado individual para impugnar una decisión de un organismo como *The Board of the Pension Protection Fund* (Comité Directivo del Fondo de Protección de Pensiones, Reino Unido)”.

1.6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.6.5. Prestaciones familiares

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.6.6. Desempleo

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 2018. Número de Recurso 757/2018

Desempleo. Acceso al recurso de suplicación cuando el objeto del litigio es la resolución administrativa que en aplicación de la LISOS impone una sanción de suspensión o extinción de la prestación de desempleo. Se trata de un acto administrativo en materia de seguridad social que afecta al contenido de una prestación, al que se aplica por este motivo la regla general de los 3.000 euros calculada conforme al art. 192.4 LRJS, que no la singular de 18.000 euros prevista para la impugnación de actos administrativos en materia laboral en el art. 191. 3 g) LRJS. Reitera doctrina, SSTS 11/5/2018 (rcud. 1800/2006); 28/2/2018 (rcud. 1554/2016); 2/11/2017 (rcud. 66/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018, Número de recurso 658/2018

Desempleo. Incompatibilidad con la realización de actividades agrícolas por cuenta propia no aplicable cuando el rendimiento neto es de 790,42 euros anuales.

El Alto Tribunal reitera la doctrina del la STS/4ª de 5 abril 2017 (rcud. 1066/2016) (RJ 2017, 2264), dictada en un supuesto en el que el demandante desarrolló en un concreto mes gestiones de intermediación comercial por las que obtuvo unos ingresos de 1.283,46 €, con un beneficio de 64,35 €.

4. El supuesto enjuiciado tiene encaje en la excepción a la regla general de la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo por cuenta propia que establece el art. 231.1 LGSS, dado que los trabajos de recolección de aceituna realizados por el actor en el año 2012 le proporcionaron un rendimiento neto de 790,42 €; cuantía que, a todas luces, resultaría insuficiente para atender sus necesidades básicas, y podría calificarse en sí misma de manifiestamente irrelevante. Y esa misma calificación de insuficiente e irrelevante hay que mantener aun cuando se tome en consideración el importe de los ingresos íntegros (3.415,10 €), puesto que éstos, en todo caso, seguirían siendo inferiores al 75% del SMI, que es el parámetro de rentas de cualquier naturaleza que determina el acceso al subsidio (art. 215.1. 1 LGSS).

Esa misma línea fue la seguida por esta Sala, en la STS/4ª de 27 de abril y 12 y 14 de mayo de 2015 anteriormente citadas, en las que se trataba de supuesto en que los rendimientos anuales objeto de análisis eran también de cuantía insignificante, como ya se ha señalado. Es cierto que en la la STS/4ª de 1 febrero 2005 (rcud. 5864/2003), se declaró la incompatibilidad en un supuesto en que lo obtenido ascendía a 3.272,80 €, mas no sólo no se tenía allí constancia de cuál era el beneficio neto obtenido por el trabajador demandante, sino que se trataba de un importe que presumiblemente se valoró en atención al nivel económico de la anualidad a la que aquellas rentas correspondían (2001).

Nuestra doctrina, para un supuesto como el presente, es la que queda plasmada en la ya mencionada STS/4ª de 5 abril 2017, a cuyo tenor, la regla general de la incompatibilidad se ha de matizar “en casos extremos en los que los rendimientos generados por la actividad económica que pudiere haber llevado a cabo el perceptor de las prestaciones de desempleo son especialmente insignificantes, ridículos y de tan escasa relevancia, que no permiten siquiera que pudieran considerarse como fruto de una verdadera actividad laboral”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018, Número de recurso 660/2018

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).

Destaca el Tribunal Supremo que: “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”.

Dada la esencial igualdad ante la reclamación que da origen a las presentes actuaciones y la resuelta por la doctrina de mérito procede su aplicación en igual medida por razones de homogeneidad y seguridad jurídica al no existir nuevos condicionamientos que aconsejen su modificación”.

1.6.7. Prestaciones Sanitarias

1.7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018. Asunto C-679/16. Caso A. contra

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, Número de recurso 673/2018

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.

Las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo son las siguientes:

“A) El Convenio Colectivo estatal a que venimos aludiendo se firma el 1 de julio de 2014, aunque su vigencia se retrotrae a 1 de enero de 2012 y se publica en el BOE el 2 de octubre de 2014.

Cuando unos días después (15 de octubre) se alcanza del Acuerdo de inaplicación es claro que el mismo opera sobre el entramado construido en el convenio estatal para fijar su eficacia temporal: retroactividad importante (“con independencia de su fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado” aclara el artículo 4º) y previsión de que tras los dos años de vigencia siga aplicándose mientras se desarrollan las negociaciones del nuevo.

Si el Acuerdo de inaplicación despliega sus efectos durante un tiempo *coincidente con la vigencia temporal del Convenio Colectivo* y ésta la mantiene, tiene razón la sentencia recurrida, al igual que el Ministerio Fiscal, cuando considera que la pretensión sindical no puede prosperar.

B) La situación del convenio estatal tras su denuncia es jurídicamente clara: se encuentra vigente y sigue siendo una norma. Al final del artículo 5º del Convenio Estatal se indica que mientras dura la nueva negociación “permanecerá igualmente vigente el texto de este convenio”.

Es difícil atribuir a ese resultado una naturaleza diversa a la que el contenido del convenio ha tenido hasta final de 2016. Su artículo 4º indica que “*extenderá su vigencia*” hasta esa fecha.

Permanecer vigente y extender la vigencia son locuciones que no parecen comportar diferencias significativas.

C) Siempre es compleja la tarea de indagar la voluntad de las partes de un negocio jurídico (máxime de alcance colectivo). De ahí que la atención al texto y contexto de lo pactado resulten palancas interpretativas de primer orden.

Los recurrentes sostienen que no quisieron superponer la vigencia del Acuerdo de descuelgue a la del convenio colectivo (que es lo permitido por el ET) sino mejorar ese resultado y referirla al 31 de diciembre de 2016. Desde luego, eso era perfectamente posible, pero el tenor de lo reflejado en el Acuerdo dista de ser claro; además, tanto la empresa cuanto el juzgador de instancia sostienen lo contrario.

Puesto que el convenio estatal dispone un término final claro en su artículo 4º, el Acuerdo de inaplicación hubiera podido referirse o a esa fecha, o a ese precepto, o a un concepto similar (“periodo inicial de vigencia”), para así reflejarlo. Al no haberlo hecho así más bien se alcanza la conclusión contraria, de acuerdo con lo que hemos expuesto.

D) En suma: consideramos acertada la interpretación que de las previsiones del Acuerdo de inaplicación del convenio colectivo ha realizado la Audiencia Nacional, a la vista de su redacción, de lo previsto por el convenio de referencia y por el propio ET”.

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

MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Curso de Derecho del Empleo Público*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, 488 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L. et altri: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

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.

SEMPERE NAVARRO, A.V., BARRIOS BAUDOR, G. (Dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. VI: Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Navarra, Aranzadi, 2018, 272 páginas.

TARANCÓN PÉREZ, E., ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la Seguridad Social*, 5ª ed., Albacete, Bomarzo, 2018, 323 páginas.

2.2. Obras *específicas* de Seguridad Social y materias conexas

CASALE, D.: *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, BUP, 2018, 384 páginas.

GARCÍA GIL, M. B.: *Protección de los desempleados*, Navarra, Aranzadi, 2018, 419 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: *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.

ROMERO RÓDENAS, M. J.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2018, 224 páginas.

TRILLO GARCÍA, A. R.: *Cotización, liquidación y recaudación de cuotas de la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2018, 1113 páginas.

2.3. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)

SUÁREZ CORUJO, B.: *El derecho a la revalorización de las pensiones*, Albacete, Bomarzo, 2018, 146 páginas

3. RECENSIONES

“LA CARENCIA DE RENTAS EN LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS”

FRANCISCO VILA TIERNO

*PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

Junto a las monografías y estudios clásicos sobre las pensiones no contributivas realizadas por los profesores Sánchez-Rodas Navarro, Blasco Lahoz, Fernández Orrico, Fargas Fernández, Sempere Navarro y Barrios Baudor, viene a proponerse por el prof. Álvarez Cortés un interesante y complejo estudio de un requisito como es la carencia de rentas en las pensiones no contributivas, que se convierte en cuestión crucial ya que ello viene a determinar la situación de pobreza o necesidad del solicitante a efectos de que tales prestaciones sean concedidas. A pesar de ser un trabajo de enorme complejidad, tanto por la sistematización de los criterios interpretativos del IMSERSO como de las interpretaciones de los Tribunales, permite tener una visión completa y sistematizada de la calificación de las rentas como computables o no para acceder a las pensiones no contributivas españolas previa demostración de tal requisito.

Como es conocido, el nivel no contributivo o universal de nuestro sistema de Seguridad Social, propuesto por el art. 41 CE al establecer que los poderes públicos han de mantener un régimen público de Seguridad Social “para todos los ciudadanos” que garantice la asistencia y prestaciones suficientes “en caso de necesidad”, fue diseñado de forma incompleta ya que lo fue para una protección parcial (mayores y discapacitados, además de prestaciones familiares) y con una débil intensidad por lo que se refiere a la calidad y suficiencia de las prestaciones que ofrece.

Esa “débil” intensidad se traduce en la concesión de exiguas prestaciones, con cuya cuantía difícilmente conseguirá cumplir una función compensatoria que permita a los beneficiarios de tales prestaciones hacer frente a las necesidades materiales básicas. Por lo que más que evitar la pobreza, generan pensionistas pobres.

Pues bien, de los requisitos que se exigen, actualmente, a los pensionistas no contributivos, tanto para jubilación como para invalidez, hay dos que son comunes: el de residencia y el de carencia de rentas. Y es en este segundo en el que se centra el libro “La carencia de rentas en las pensiones no contributivas”. El solicitante de las pensiones no contributivas (también el beneficiario anualmente) ha de demostrar la carencia de recursos o la acreditación de la pobreza. No es únicamente carecer de recursos, ya que pueden tenerse recursos y ser beneficiario de tales prestaciones cuando la cuantía de los mismos sea inferior al límite establecido por la norma, teniendo en cuenta siempre y en todo caso la situación familiar en la que se encuentra el solicitante o beneficiario, ya que las rentas familiares también serán tenidas en cuenta para comprobar la existencia de una situación de necesidad.

A lo largo del trabajo que ahora se reseña, el Prof. Álvarez Cortés viene a realizar un análisis exhaustivo de las rentas computables a tal efecto. Un trabajo necesario ya que, aunque la norma viene a determinar cuáles son o no son las rentas que han de computarse, norma además que tuvo la necesidad de ser desarrollada reglamentariamente por la Orden

PRE/3113/2009, de 13 de noviembre, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, sobre rentas o ingresos computables y su imputación, no hemos encontrado a lo largo del tiempo numerosos criterios interpretativos por parte del IMSERSO (a veces contradictorios entre sí) y por parte de los Tribunales (también, a nivel de aplicación, a veces contradictorios entre sí) que se han adoptado a lo largo de los años.

Así pues, desde 1990 que fue cuando se incluyeron las prestaciones no contributivas en nuestro sistema a través de la Ley 26/1990, se han producido más de 300 criterios interpretativos (referidos tanto a lo que ha de entenderse como rentas, a cómo ha de determinarse el umbral de pobreza y a cuestiones accesorias referidas a la convivencia familiar elemento fundamental para la determinación con precisión de dicho umbral). Los Tribunales no se han quedado atrás, han sido numerosas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo al respecto, todas ellas han sido tenidas en cuenta por el autor en esta monografía, pero también ha tenido como referencia muchas otras interesantes sentencias, a veces curiosas, de los Tribunales Superiores de Justicia.

La monografía que ahora se recensiona, tras un primer capítulo introductorio referido a los sistemas de Seguridad Social y a los modelos no contributivos, se centra a continuación en la unidad económica de convivencia, ya que como se advirtió anteriormente, la vida en familia tiene importantes efectos en la determinación de la carencia de rentas, por lo que ha de conocerse quiénes han de entenderse como familiares convivientes y el modo en que tiene que producirse dicha convivencia. El capítulo tercero es el central y más extenso: analiza las rentas computables y todos los criterios que han sido adoptados por el IMSERSO al respecto, examinando el cómputo de las rentas de trabajo (por cuenta propia o por cuenta ajena), prestaciones de cualquier régimen público o privados de previsión o protección social, rentas de capital mobiliario e inmobiliario y otras rentas. El capítulo final analiza las rentas no computables empezando por las incluidas en el listado del art. 7 Orden PRE/3113/2009, otras de carácter general y, se cierra con el análisis de la excepcional situación de la compatibilidad limitada de la actividad lucrativa con las pensiones de invalidez no contributiva.

En definitiva, una obra técnica que puede ser útil al operador jurídico o al profesional en su día a día y a la doctrina para avanzar en una cuestión que, cercana al derecho financiero, no había sido tratada con profundidad hasta el momento.

“PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIOLABORAL (TOMOS I Y II)”

por VV.AA., GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA, FRANCISCO ORTIZ CASTILLO Y POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO (COORD), Murcia, Laborum, 2018, 752 páginas Tomo I y 880 Tomo II

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*

El *II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS sobre "Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral"*, celebrado en la sede de la Tesorería General de la Seguridad Social de Madrid, los días 25 y 26 de octubre de 2018, constituyó un encuentro inigualable de intercambio de ideas y de debate a propósito de esta espinosa cuestión. Fruto del éxito alcanzado en esta reunión de amplia repercusión y reconocido recorrido científico nace la obra aquí recensionada: "Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral". Libro que se publica en dos grandes tomos gracias al generoso impulso de la editorial Laborum y todo ello en homenaje a su director, Francisco Ortiz Castillo. Este manuscrito pretende no sólo recordar a la figura emblemática del Socio de Honor, Abogado, Profesor Asociado de la Universidad de Murcia y director de la editorial Laborum, Francisco Ortiz Castillo, sino también reconocer su labor al frente de la AESSS. Se trata de una novedad bibliográfica muy atractiva, pues no sólo aborda desde una visión de conjunto toda la problemática de la familia en relación con la Seguridad Social, sino lo que es mejor, lo hace teniendo en cuenta la incidencia que sobre esta materia ha desplegado la actual crisis económica mundial. Una monografía colectiva de esta talla no podía dejar de contar con profesionales de reconocido prestigio, como lo son coordinadores de la misma: Guillermo Rodríguez Iniesta, Francisco Ortiz Castillo (Director editorial) y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano (Coord). Todos ellos firmemente comprometidos con una tarea investigadora que desnuda las bases mismas de los procesos de previsión social y prevención de riesgos laborales. De ahí que formen parte todavía de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Como autores, se presenta un selecto conjunto de personalidades (profesores, becarios de investigación, letrados, inspectores de trabajo...) provenientes de las diferentes ramas del derecho laboral y cuya puesta en común permite al lector adquirir un inestimable conocimiento acerca de la temática expuesta, fundamentado en un agudo enfoque heterogéneo. Y es que la controvertida cuestión de la Seguridad Social se comprende mejor cuando se confronta desde diferentes perspectivas de análisis.

Este interesante bibliografía se sistematiza, a lo largo de sus dos grandes tomos, en seis grandes partes, que se corresponden con cada de uno de las ponencias y comunicaciones que fueron analizadas en el *II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS sobre "Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral"*. En concreto, el Tomo I queda compuesto por las siguientes partes: Título I. "Familia y derechos de conciliación en la Constitución"; Título II. "Salud y familia" y Título III. "Conciliación familiar desde la perspectiva de la Seguridad Social". Por su parte, el Tomo II lo conforman los siguientes apartados: Título IV. "La protección normada a la familia por el sistema de Seguridad Social"; Título V. "La protección social ante los nuevos retos y desafíos de la familia y de los derechos de conciliación" y Título VI. "¿El trabajo y la familia son compatibles? La visión de los interlocutores sociales y de la Administración".

En definitiva, nos encontramos ante una extraordinaria obra de carácter científico, que cubre perfecta y detalladamente toda la maraña político-social que encierra el sistema de la Seguridad Social en su relación con los derechos de familia y conciliación de la vida familiar-laboral. No sólo eso, sino que el hecho de que este estudio sea producto del trabajo de un impresionante equipo multidisciplinar, que combina soberbiamente diferentes campos del saber jurídico desde una perspectiva teórico-práctica, termina haciendo de este ejemplar un instrumento muy valioso para la adquisición de amplios conocimientos en la materia. Lo que a su vez, le facilita al lector la emisión de un fundado juicio crítico. Ciertamente,

cualquier centro dependiente o ligado a la Administración Pública debe prever la enorme utilidad de esta guía, dado que a la postre, son estas entidades el verdadero escaparate de las buenas maneras en lo que a Seguridad Social se refiere. Pero hay que subrayar también la excepcional oportunidad que representa para el sector privado, donde toda empresa, ya sea grande o pequeña, debe hacer siempre un buen uso de los derechos y deberes que con los trabajadores les corresponden en materia de protección social. El viaje a la *“Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral”* no defraudará, sin lugar a duda, a los interesados en el devenir de una Europa sujeta a constantes movimientos legislativos. Erigiéndose así, una magnífica monografía de necesaria y obligada consulta tanto para el ámbito académico como profesional. Por esta razón, no sólo los miembros de la AESSS, sino también el homenajeadado Socio de Honor Francisco Castillo Ortiz, deben felicitarse y estar orgullosos por la publicación de esta novedad bibliográfica.

“DEPORTE PROFESIONAL DE-GENERADO. UN ESTUDIO SOBRE FEMINISMO RADICAL”

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIOS

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD JAIME I

“(…) Orlando se había transformado en una mujer (…). Pero en todo lo demás, Orlando era el mismo. El cambio de sexo modificaba su porvenir, no su identidad (…). Su memoria podía remontar sin obstáculos el curso de su vida pasada. (...) El cambio se había operado sin dolor y minuciosamente y de manera tan perfecta que la misma Orlando no se extrañó. Muchas personas, en vista de lo anterior, y de que tales cambios de sexo son anormales, se han esforzado en demostrar: a) que Orlando siempre había sido una mujer; b) que Orlando es ahora un hombre. Biólogos y psicólogos resolverán. Bástenos formular el hecho directo: Orlando fue varón hasta los 30 años; entonces se volvió mujer y ha seguido siéndolo” (W. Woolf, “Orlando”, 1928).

He querido encabezar esta reseña bibliográfica con una trilogía –en una reformulación políticamente correcta de otra de semántica similar– que se usa para definir los estereotipos femeninos y en la que su último término se aplica peyorativamente a las lesbianas para caracterizarlas como mujeres “masculinas” que, en su “anormalidad”, invaden un espacio, el deportivo, reservado al varón en virtud de una auto-atribuida superioridad derivada de las características de su sexo. El deporte ha sido tradicionalmente un espacio estrictamente masculino y aquellas mujeres que han querido desarrollar actividades deportivas ajenas a las que la sociedad patricarcal considera “femeninas” han cargado con el estigma de su identidad u orientación sexual. Los autores de este libro dan señalados ejemplos en la doctrina judicial estadounidense relativa al deporte profesional de esa excluyente camaradería tan típicamente masculina sustentada, desgraciadamente en muchos casos y en sus manifestaciones más deleznable, en el ensalzamiento de las gónadas masculinas como símbolo de poder y dominio¹.

¹ Desgraciadamente, la realidad está sobrada de ejemplos sobre el uso de la violación como elemento de dominación masculina más allá de la mera satisfacción sexual. Por ceñirme al ámbito literario que deliberadamente he querido evocar y a un espacio tradicionalmente masculino como son las Fuerzas Armadas, (...)

La singularidad de los profesores Martínez Girón y Arufe Varela (Universidad de la Coruña) se pone de manifiesto en cada trabajo que emprenden y su nuevo libro –“*Deporte profesional de-generado (Un estudio sobre feminismo radical)*” (Editorial Atelier, 2017)– no defraudará a quienes acometan su lectura. Continuista en la metodología de Derecho comparado que los autores emprendieron hace tiempo, es totalmente radical en su planteamiento, como no podía ser de otro modo, al beber de las fuentes de la 3ª ola del feminismo estadounidense, negro, postcolonial y lésbico. Los mismos autores han querido dejar constancia de su propia radicalización en el subtítulo del libro y en su primer capítulo, referido a los presupuestos metodológicos y terminológicos.

En este proceso de radicalización de los queridos profesores coruñeses ha tenido mucho que ver la lectura de uno de los pilares fundamentales del movimiento feminista: el “Segundo Sexo” [Simone de Beauvoir, 1949], protagonista indiscutible de este libro por dos felices coincidencias. En primer lugar, porque como los autores señalan, desempeñó un papel esencial en la formación de la Juez Ruth Bader-Ginsburg quién, en su actividad desarrollada en la Corte Suprema de los Estados Unidos, lideró varias actuaciones fundamentales en la lucha contra la discriminación por razón de sexo y especialmente, en la apertura de la aplicación de la doctrina “separadas no es iguales” a cuestiones de género, superando su inicial contexto racial. Y, en segundo lugar, porque también a la autora francesa cabe atribuir la aplicación del calificativo “deportista” al prototipo de la mujer moderna, antagonista de la mujer “cortesana y ama de casa” sometida al dominio de una sociedad patriarcal y machista. Los autores han podido constatar la gran influencia de esta obra fundamental en la construcción del feminismo mundial y especialmente, en el ámbito norteamericano y su todavía vigencia en el nuevo feminismo de tercera ola. Precisamente este año se cumplen 110 años de su nacimiento (1908-1986).

A Simone de Beauvoir se le atribuye también la feliz diferenciación entre hembra y mujer: la primera como realidad biológica y la segunda como creación social, que es tanto como decir del varón; es el patriarcado el que atribuye los roles a cada sexo condicionando así su porvenir². La estrecha conexión sexo-porvenir ya estaba presente en otras grandes feministas que precedieron a Simone de Beauvoir. En el maravilloso “Orlando” (1928)³ –homenaje a su amiga y amante Vita Sackville-West–, Virginia Woolf ya puso de manifiesto esta relación, como ya lo había hecho en otros muchos de sus escritos y especialmente, en sus ensayos feministas: “Una habitación propia” (1929)⁴ (que recoge sus conferencias en sendos colegios universitarios femeninos de Cambridge, ejemplo británico del “separadas pero iguales”) y “Tres Guineas” (1935)⁵ (escrito en respuesta a una carta en la que se le

resultan especialmente recomendables: 1) “Eine Frau in Berlin” (2003) publicado como Anónimo pero cuya autoría se atribuye a la alemana Marta Hillers (versión castellana: “Una mujer en Berlín”, Editorial Anagrama, 2006; traducción Jorge Seca Gil); 2) “Les Bienveillantes” de Jonathan Littell (2006) (versión castellana: “Las benévolas”, L. Jonathan, Editorial RBA, 2012; traducción: Mª Teresa Gallego Urrutia).

² Sobre este particular, resulta sumamente interesante “Conundrum”, Jan Morris, 1974. Versión en castellano: “El enigma”, Editorial RBA, 2011; traducción Ana Mata. En esta obra la autora, consagrada escritora y periodista inglesa, relata en carne propia su cambio de sexo (masculino) para adecuarlo al género sentido como propio (femenino) desde temprana edad. En su etapa como James Morrison fue escritor, periodista y militar, ámbito que tuvo que abandonar para explorar su identidad sexual en un nuevo ejemplo de la ligazón entre sexo y porvenir.

³ Versión en castellano: “Orlando: una biografía”, Editorial Edhasa, 1977; traducción de Jorge Luis Borges.

⁴ Versión en castellano: “Una habitación propia”, Editorial Seix Barral, 1986; traducción de Laura Freixas

⁵ Versión en castellano: “Tres Guineas”, Editorial Lumen, 2ª edición, 1983; traducción de Andrés Bosch.

solicitaba su opinión sobre cómo se podía evitar la guerra). Ella misma, co-creadora y partícipe del conocido y transgresor “*Grupo de Bloomsbury*” padeció ese diferente destino marcado para los hombres y las mujeres, impuesto por un padre (Sir Leslie Stephen) que, aunque ilustrado e intelectual reconocido de su época, estaba profundamente anclado en los valores de la sociedad patriarcal victoriana (vid. V. Woolf, “*Diarios íntimos I, II y III*”⁶; vid. también Q. Bell, “*Virginia Woolf Vols. I y II*”⁷). Ambas coinciden también en su amor por las mujeres y por la actividad física en el exterior⁸.

Señalan los autores que en la feliz distinción entre sexo y género apuntada por Simone de Beauvoir se encuentra el origen del calificativo “*de-gendered*”, de uso corriente en la bibliografía feminista norteamericana y también en la literatura jurídica de la tercera ola del feminismo estadounidense. Comparto con ellos la radicalidad del término (frente a la alternativa non-gendered) por su similitud fonética (en inglés) con el adjetivo “*degenerate*” que, en el caso del español, se convierte en identidad, y aplaudo la decisión de traducirlo por *de-generado* pues a mi parecer, su orgullosa asunción por el feminismo de la tercera ola neutraliza el peyorativo calificativo *degenerado* con el que se ha estigmatizado al feminismo y especialmente, al lesbianismo. Como dicen los autores “*es un paso adelante sobre el feminismo jurídico de los setenta y ochenta del siglo pasado –la llamada segunda ola [second wave] del feminismo– anclado todavía en la discriminación por razón de sexo y en su presupuesto, que era y sigue siendo el binarismo de género (esto es, el binarismo masculino/femenino)*”.

La opción de los autores por el término de comparación norteamericano se justifica en las peculiaridades de la realidad jurídica norteamericana expuestas en el capítulo segundo. Siguiendo la misma estructura trinitaria que los autores han conferido a todos los capítulos –quizá inconscientemente superando ellos también el tradicional binarismo femenino/masculino– se aborda la especificidad estadounidense en varios ámbitos: en la literatura jurídica, en la legislación federal y en la jurisprudencia de los tribunales (Cortes estatales y federal. Resulta casi increíble que en tan poca extensión como tiene el capítulo segundo los autores sean capaces de transmitir tanta información relevante en relación a la tesis principal del libro que no es otra “que separadas no es iguales”, vinculada a la discriminación racial, lo que explica su origen genuinamente estadounidense. Desde este contexto racial el salto al ámbito de la discriminación en el ámbito de sexo/género sólo ha sido cuestión de tiempo.

La realidad de la desigualdad –especialmente en el ámbito retributivo– de las deportistas profesionales, ya sean por cuenta ajena o por cuenta propia, es objeto de análisis

⁶ Versión en castellano: “*Diario íntimo I (1915-1923)*”, traducción de Justo Navarro; “*Diario íntimo II (1924-1931)*” y “*Diario íntimo III (1932-1941)*”, ambos traducidos por Laura Freixas. Todos ellos están publicados por la Editorial Grijalbo-Mondadori: en 1992 los dos primeros y en 1994 el tercero.

⁷ Versión en castellano: “*Virginia Woolf, Volumen I (Virginia Stephen 1882-1912)*” y “*Virginia Woolf, Volumen II (Mrs. Woolf 1912-1941)*”. Editorial Lumen, 2ª edición, respectivamente 1980 y 1982. Ambos traducidos por Marta Pessarrodona. Quentin Bell era uno de los tres sobrinos de Virginia Woolf hijo de su hermana Vanesa y Clive Bell, ambos señalados integrantes del Grupo de Bloomsbury.

⁸ En relación a Virginia Woolf, vid. bibliografía citada. En relación a Simone de Beauvoir, vid. su obra autobiográfica: en castellano “*Memorias de una joven formal*”, Edhasa, 1980; “*La plenitud de la vida*”, Edhasa, 1982; “*La fuerza de las cosas*”, Edhasa, 1980; “*Final de cuentas*”, Edhasa, 1984; “*La ceremonia del adiós*”, Edhasa, 1982.

en el capítulo cuarto, desde el contraste de la situación estadounidense y la española. Se analiza la vergonzosa diferencia en los ingresos de las deportistas profesionales, sancionada incluso por los convenios colectivos (en España de carácter normativo y claramente contrarios al art. 14 CE) y también, en el ámbito del trabajo autónomo, en los premios que se otorgan por los organizadores de las competiciones deportivas. Exponen también los autores las razones que se utilizan para justificar la segregación de las deportistas profesionales (legales, biológicas y comerciales) para superarlas en lo que constituye el capítulo conclusivo del libro, en el que se abordan las propuestas que pueden llevar a la configuración de un deporte profesional efectivamente de-generado.

Estas propuestas, construidas alrededor de soluciones ya existentes en el ámbito del deporte-rey en Europa (cuotas defensivas y protectoras de varones en diferentes situaciones de inferioridad) son sugerentes y claramente factibles y no sólo en el continente norteamericano, donde los autores cifran sus esperanzas de futuro. En mi opinión, la Unión Europea puede desempeñar un papel fundamental a través de las Directivas relativas a la prohibición de la discriminación por razón de género en las condiciones laborales, normas todavía ancladas, pese a su refundición relativamente cercana (2006), en el feminismo de segunda ola. Los legisladores, los agentes sociales y la doctrina científica tienen que asumir la responsabilidad de terminar con el binarismo en el deporte profesional pues también las deportistas profesionales quedan comprendidas en el ámbito del principio comunitario de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Estas soluciones sólo pueden articularse, como los autores propugnan, transversalmente, porque la discriminación por razón de sexo es, como visionariamente supo ver Simone de Beauvoir, *poliédrica*.

El libro reseñado aborda otras muchas cuestiones relevantes. Desgraciadamente, de algunas de ellas contamos con numerosos ejemplos en el deporte profesional europeo, cuestionados por los colegas gallegos, perplejos de su normalización jurídica y social: las humillantes pruebas de verificación de sexo de aquellas deportistas profesionales cuyos caracteres sexuales femeninos se salen del estándar social de “normalidad”; la justificación del mantenimiento de vestuarios segregados en la práctica del deporte profesional, y en general, el rechazo al trabajo de la mujer en el ámbito del deporte masculino; baste señalar la vergonzosa actuación del mundo del tenis ante la designación de las tenistas Gala León y Conchita Martínez como capitanas de la (muy masculina) Copa Davis.

En definitiva, nos encontramos ante un gran libro que previsiblemente abrirá una nueva corriente de investigación jurídico-laboral en España donde todavía hay mucho que hacer para la consecución de la igualdad efectiva de las mujeres. Comparto el deseo de la Magistrada M. Calvo Ibarlucea, prologuista de este “sugerente” libro, de que no tengamos que esperar el transcurso de un siglo para disfrutar de un deporte profesional de-generado porque *#no podemos ni queremos esperar*.

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

PIERRE LAROQUE (1907-1997): “El padre” de la Seguridad Social en Francia dentro de un proceso de transformación democrática de la sociedad

PIERRE LAROQUE (1907-1997): “The father” of the Social security in France in a process of democratic transformation of the Society

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

“La Seguridad Social debe no sólo dar a los trabajadores una sensación de seguridad, sino también hacerles tomar conciencia de que esta seguridad es algo propio, que ellos tienen el mérito y la responsabilidad”

Pierre Laroque¹

“Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluido al seguro social”

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9

“... la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad...”

Recomendación OIT, núm. 202, artículo 8

1. EL HOMBRE Y SU PENSAMIENTO: RAÍCES DEL EXISTIR

Pierre Laroque fue sin duda el “padre de la Seguridad Social en Francia” y en gran medida de la política social contemporánea en dicho País. Fue realmente el fundador de la Seguridad Social contemporánea en Francia. En cierto sentido asumió un papel histórico análogo al que tuvieron autores como William Beveridge², en el Reino Unido, José Maluquer

¹ LAROQUE, P.: “De l’assurance à la Sécurité sociale. L’expérience française”, en *Revue Internationale du travail*, vol. LVII, núm. 6 (1947), pág. 645. Afirmaba igualmente que “la preocupación de adaptar las prestaciones a la situación de cada uno, según la idea de que la seguridad no tiene necesariamente el mismo contenido para unos y otros” (*Ibid.*, 637).

² MONEREO PÉREZ, J.L.: “William Henry Beveridge (1879 -1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 4 (2015), págs. 279 y sigs., y bibliografía allí citada.

y Salvador³, en España, o Augusto Venturi⁴ o más tardíamente Mattia Persiani⁵, en Italia, por poner algunos ejemplos significativos.

Como joven miembro del Consejo de Estado (por entonces tenía veinte dos años)⁶, Pierre Laroque participó en las tareas encaminadas a la implantación del seguro social a principios de los años treinta. Se comprometió en la “resistencia” con las fuerzas francesas libres, y participó en el desembarco de Normandía. En la época de la “Liberación”, fue nombrado Director General de Seguridad Social. El primer responsable de desarrollar e implementar las ordenanzas que se publicaron en 1945 y 1946; regresó al Consejo de Estado en 1951, donde terminó su carrera como Presidente de la Sección Social. En el Instituto de Estudios Políticos de París, Pierre Laroque impartió cursos entre 1946 a 1970 sobre “Los grandes problemas sociales contemporáneos”⁷ formaban parte del material esencial para la graduación y el ingreso a la *École nationale d'administration* (ÉNA). La ÉNA es una Escuela para el Alto Funcionario, que ha formado a cuadros importantes de élite, muchos de los cuales asumieron y están llamados a asumir altos cargos o entrar en la vida política francesa. Se creó por la ordenanza del 9 de octubre de 1945 por el Gobierno provisional de la República francesa bajo el mandato de Charles de Gaulle⁸. Esta decisión, que acabaría por transformar profundamente la estructura de la Administración Pública francesa.

Después de su incorporación en el Consejo de Estado estuvo vinculado al Ministerio de Trabajo y Protección Social, de Adolphe Landry. Entra en el gabinete del Ministro René Belin en el primer gobierno del régimen de Vichy, y participa en la redacción de la Ley 16 de agosto de 1940 sobre la reorganización económica y lo seguros sociales. Con Alexandre Parodi, dirige un Proyecto sobre la reforma de la legislación de los seguros sociales, las ayudas familiares y vacaciones pagadas. Este proyecto está en el origen la elaboración de los planes de pensiones y sienta una de las bases principales de lo que será después la Seguridad Social propiamente dicha. Con la guerra y la ocupación –con un gobierno colaboracionista como el de Vichy, encabezado por el general Philippe Pétain– Pierre Laroque sería excluido de manera fulminante del Consejo de Estado por la Ley antisemita del 30 de octubre de 1940. Laroque tenía raíces judías. Se une a la Resistencia y se trasladó a Londres el 14 de abril de 1943. Allí tiene la oportunidad de estudiar “in situ” el Plan de Beveridge, el cual influiría notablemente en su modo de pensar y de concebir la política de protección social⁹.

Tras la “Liberación” regresa a Francia el 14 de junio de 1944 con el General de Gaulle. Y en el mes de septiembre el Ministro de Trabajo, Alexandre Parodi, le propone que asuma la dirección del Seguro Social y del Seguro Mutuo. A partir de este cargo, su

³ Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Augusto Venturi: de los Seguros Sociales a la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 15 (2018), págs. 283 y sigs.

⁵ PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, traducción y estudio preliminar a cargo de José Vida Soria, Madrid, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

⁶ Inició su carrera profesional como auditor del Consejo de Estado.

⁷ LAROQUE, P.: *Les grands problèmes sociaux contemporains*, París, Cours de l' Institut d' Etudes Politiques, 1949-1951.

⁸ En una perspectiva general, Michel Dreyfus, Danièle Voldman, Michèle Ruffat et Vincent Viet, *Se protéger, être protégé: Une histoire des assurances sociales en France*, París, Presses Universitaires de Rennes, 2015.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “William Henry Beveridge (1879 -1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 4 (2015), págs. 279 y sigs.

propósito es implantar un plan integral de Seguridad Social en Francia: acepta, a condición de que se trate de preparar un plan integral de Seguridad Social¹⁰. Este plan debería proteger tendencialmente a toda la población frente a los riesgos e incertidumbres de la existencia y hacerlo como un sistema integrado presidido por la idea de seguridad y financiado a través de cotizaciones e impuestos y gestionado democráticamente con la participación activa de las organizaciones profesionales. Un sistema de Seguridad Social que recibió el apoyo y adhesión de los ciudadanos y fue un factor de integración de toda la sociedad (y, en consecuencia, de legitimación sociopolítica) y especialmente de las clases trabajadoras antes situadas en los márgenes de la sociedad.

Después de una labor de construcción de los pilares de la Seguridad Social, dejaría la dirección de la Seguridad Social (1951) para incorporarse de nuevo al Consejo de Estado. Asume el cargo de Presidente del Fondo Nacional de Seguridad Social de 1953 a 1967. Igualmente, presidirá un Comité en 1960 para abordar el estudio de la vejez. Su resultado más visible e influyente sería el trascendental *Informe Laroque*.

Durante largos años fue titular de la cátedra de Derecho Social en el “Institut d’Études Politiques de Paris”. Desde allí enseñó a generaciones de funcionarios y sindicalistas. Al tiempo, publicaría sus Memorias (1993), que constituyen una fuente indispensable para el conocimiento de la construcción efectiva de la Seguridad Social en Francia¹¹.

Pierre Laroque entendía que lo social ha de prevalecer sobre lo económico, porque es el punto de vista del hombre como tal, en su bienestar y desarrollo pleno de su personalidad. Pero esa doble dimensión de “lo social” y de “lo económico” le es inherente a la Seguridad y ambas vertientes deben combinarse y articularse entre sí. La planificación que supuso el plan de protección social y Seguridad Social (de 1946)¹² tuvo un éxito inmenso y supuso una percepción nueva sobre la idea de progreso entendida ante todo como progreso eminente social.

Para Laroque las garantías que ofrece el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social debían ser eficaces y eficientes tanto desde el punto de vista estrictamente social como económico. Por otra parte, subrayó que la Seguridad Social no era una carga sino un activo para la sociedad, por un lado, y por otro, que las cotizaciones a la Seguridad Social no representaban una “carga” para el Estado (y por extensión para todos los contribuyentes),

¹⁰ No debe olvidarse la aportación determinante de otros pensadores en la implantación del sistema de Seguridad Social en Francia. Es el caso de Alain Barjot, Consejero de Estado, que asumiría la condición de Director de Seguridad Social en 1960, pero también el de Francis Netter, politécnico y actuario del Ministerio de Trabajo (Director adjunto del Ministerio de Trabajo). Como artífice institucional, Francis Netter es el creador de toda la técnica financiera de la Seguridad Social francesa. Sería Director del Departamento de Seguridad Social y finalizaría su carrera como asesor principal del Tribunal de Cuentas. Por otra parte, F. Netter es autor de una de las obras más importantes sobre la construcción y sistematización de la Seguridad Social en Francia, *La sécurité sociale et ses principes*, París, Librairie Sirey, 1959, donde expone magistralmente los fundamentos y el tratamiento interdisciplinar de la Seguridad Social.

¹¹ LAROQUE, P.: *Au services de l’homme et du droit. Souvenirs et Réflexions* (1993), París, Édition Association pour l’étude de l’histoire de la Sécurité sociale, 1993.

¹² LAROQUE, P.: “Le plan français de sécurité sociale”, en *Cahiers français d’information*, núm. 51 (febrero de 1946); *Ibid.*, “Le plan français de sécurité sociale”, en *Revue française du travail*, núm. 1 (1 de abril de 1946); *Ibid.*, “From Socail Insurance to Social Security: Evolution in France”, en *International Labour Review*, núm. 57 (6) (1948), págs. 565-590.

sino una deuda de las sociedad, que en el sentido socio-económico consideraba como un “salario diferido” que generaba rentas que contribuían a la demanda agregada, siendo así una elemento importante para el impulso de la economía organizada combinando la racionalidad social y la racionalidad económica en una sociedad democráticamente constituida.

Laroque ponía un especial énfasis en no oponer la seguridad colectiva garantizada por el Estado con el individuo y su responsabilidad. Buscaba una articulación de la acción del Estado social y de los individuos (ciudadanos activos y responsables, no sujetos pasivos). Pero partiendo de la base de que corresponde al Estado social el compromiso activo de organizar las protecciones sociales. Y no cabe pensar que el individuo pueda bastarse a sí mismo para lo que es el objeto específico de las protecciones sociales.

Él defendía la instauración de un plan que cubriera al conjunto de la población frente a los riesgos o factores de inseguridad social; y ese plan debería ser lo más completo posible y generalizable objetiva y subjetivamente¹³. Pero las prestaciones dispensadas deben atender también a la situación específica de las personas (y atendiendo al entorno familiar o de la unidad de convivencia). Esa concepción humanista de la Seguridad Social como derecho de la persona tiene varios exponentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9, establece que: “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social”. De ahí a normas paccionadas como la del Convenio OIT, núm. 102 (1952), Norma mínima de Seguridad Social o el Código Europeo de Seguridad Social (BOE de 17 de marzo de 1995), o la Carta Social Europea Revistada de 1996. Ninguno de estos instrumentos puede configurarse en la técnica jurídica como de simple *soft law* o “derecho blando”. Estamos ya ante una norma de reconocimiento y garantía de carácter jurídicamente vinculante y no de una mera declaración de carácter programático. Y tras ello está la cristalización jurídico-positiva del principio de dignidad humana, y su plasmación en los de universalidad, solidaridad e igualdad, junto con el de indivisibilidad, interdependencia y progresividad de todos los derechos fundamentales¹⁴.

Para Laroque la Seguridad Social (atendiendo al espíritu de solidaridad que presidió la creación de la institución en 1945) hizo posible conferir seguridad a una gran parte creciente de la población y contribuyó a reducir ciertos niveles de desigualdad existentes en la estructura de clases. Para él los sacrificios de la guerra y la experiencia de deshumanización deberían ser contrarrestados –y no sólo compensados– a través de

¹³ LAROQUE, P.: “Le plan français de Sécurité sociale”, en *Revue française du travail*, I, 1946.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”), págs. 137 y sigs.; *Ibid.*, “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en *RGDTSS Atelier*, núm. 45 (2017).

eficientes medidas sociales¹⁵. Ello explicaría la legitimidad de la Seguridad Social como institución y como derecho social, verificable a través de la permanente adhesión de la población a su mantenimiento y expansión subjetiva y objetivo.

Él pretendía también incrementar la participación de los sujetos protegidos en la gestión de la Seguridad Social. Subraya –aparte del principio de solidaridad social–, el principio fundador de la unidad del sistema tanto en sentido unificador del tratamiento de las ramas de prestaciones como de las estructuras de gestión, evitando particularismo de orientación corporativista que rompieran la solidaridad y la eficiencia social del sistema construido¹⁶. Para él la Seguridad Social tiene ante todo una función de garantizar una satisfacción de las necesidades en aras de hacer realidad la dignidad de las personas¹⁷. En este marco discursivo la solidaridad aparece como principio de *articulación e intervención* social en el marco del constitucionalismo del Estado social. Precisamente la Seguridad Social es la expresión jurídica e institucional más coherente y significativa de la forma política del Estado Social de Derecho, garantizando protecciones sociales de desmercantilización de ciertos ámbitos relevantes de cobertura de las necesidades humanas¹⁸.

En Francia, como aconteció en el resto de Europa (aunque con acusados rasgos específicos), los planes de postguerra para la estabilización política y social incluían como uno de sus elementos constitutivos un sistema de Seguridad Social universalista. Los planes iniciales de la postguerra, con la propuesta de creación de una comunidad solidaria de riesgo ampliamente redistributiva (la decisión colectiva de asignar los recursos disponibles conforme a las necesidades), que quedaron inicialmente inactuados, en gran medida debido a la intensa defensa de sus intereses por parte de los grupos sociales prósperos y afortunados¹⁹.

Pierre Laroque subrayó la importancia política de la Seguridad Social en la reconstrucción y refundación de las democracias europeas²⁰. Para Laroque la política de Seguridad Social no constituía una simple prolongación de la política de seguros sociales²¹, ni por su espíritu y finalidad ni por sus técnicas específicas²². La Seguridad Social sería un medio excelente para asociar a los trabajadores al orden establecido (pero transformado bajo la égida de una democracia sustancial) sin inmiscuirse en las relaciones de producción

¹⁵ LAROQUE, P.: “De l’ assurance à la Sécurité sociale”, *Revue internationale du travail*, LVII, núm. 6 (junio de 1948), pág. 622. Por ello mismo, debe la organización de servicios de la Seguridad Social que atienda a la satisfacción de las necesidades de protección del conjunto de la población (ibid. 625).

¹⁶ LAROQUE, P.: “De l’ assurance à la Sécurité sociale”, *Revue internationale du travail*, LVII, núm. 6 (junio de 1948), pág. 626.

¹⁷ LAROQUE, P.: “De l’ assurance à la Sécurité sociale: l’ expérience française”, *Revue internationale du travail*, LVII, núm. 6 (junio de 1948), pág. 627 y 621.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996.

¹⁹ BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, págs. 269 y sigs.

²⁰ LAROQUE, P.: “Le plan français de sécurité sociale: Sa conception, ses dix premières années”, en Association Régionales pour l’ étude de l’ histoire de la sécurité sociales, *1^o Colloque régional: “Vingt ans de sécurité sociale, 1945-1965*, Nancy, 1979.

²¹ LAROQUE, P.: “De l’ assurance à la Sécurité sociale: l’ expérience française”, *Revue internationale du travail*, LVII, núm. 6 (junio de 1948), pág. 621; *ibid.*, “La sécurité Sociale dans l’ économie française”, en *Droit Social*, 1948, págs. 305 y sigs., y 347 y sigs.

²² Ampliamente, DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social* (1953), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción y estudio preliminar de José Vida Soria, 1991, págs. 221 y sigs.

imperantes. El Estado sería el garante de las protecciones sociales dispensadas reduciendo el impacto de los riesgos sociales y de las situaciones de inseguridad generadas. En suma, un reductor de inseguridades política y jurídicamente organizadas por el Estado social. Las protecciones sociales se traducían en derechos y su consagración permitiría una estabilización y reconducción al orden de los conflictos sociales. Conduciría a una suerte de “sociedad de la seguridad”²³.

En Laroque pesa a la tradición bismarckiana francesa por lo que adapta –modula– la fórmula de Beveridge sobre la “liberación de las necesidades”, de manera que la Seguridad Social es “la garantía otorgada a cada hombre de que en cualquier circunstancia podrá asegurar en condiciones satisfactorias su propia subsistencia y la de las personas que están a su cargo”²⁴. La influencia del Informe Beveridge²⁵ sobre la Plan francés de Seguridad Social de 1945 resultó evidente como también perceptible en las declaraciones y normas internacionales posteriores²⁶. No era de extrañar, aparte de la base común o punto de partida del problema social subyacente, que los sistemas de tradiciones culturales distintas (bismarckianos y beveridgianos) acabaran siendo compatibles y reconocibles entre sí, en el plano de la acción protectoria y en sus repercusiones económicas y sociales. Basta reparar en que tras ellos subyacía la construcción del llamado Estado social keynesiano y una de cuyas expresiones cualificadas (por no decir pilares) es precisamente la Seguridad Social como institución y sistema engarzado de derechos prestacionales. Además acabaron por mezclarse más allá del encaje en sistemas puros, deviniendo en sistemas mixtos. Ideológicamente se trata de la realizar –poner en práctica– las energías utópicas de políticas distributivas de garantizar derechos sociales de desmercantilización y de domesticar el capitalismo a través de sistemas de solidaridad de organización y regulación pública de los espacios del mercado y su desenvolvimiento. Pero todas ellas tenía también el punto de vista común de vincular las políticas de Seguridad Social con las políticas orientadas al pleno empleo. Decía, al respecto Beveridge que “El desempleo no podía ser superado por la democracia a menos que se comprenda. El pleno empleo productivo es una sociedad libre es posible, pero no sin esfuerzo. No se puede conseguir agitando una varita mágica; es un objetivo que únicamente se puede alcanzar mediante una organización continua y consciente de todos nuestros recursos productivos bajo un control democrático. Para conseguir el pleno empleo y mantenerlo, debemos desear el fin y comprender y desear los medios”²⁷.

²³ EWALD, F.: *L'État-Providence*, París, Grasset, 1986.

²⁴ LAROQUE, P.: “De l'assurance à la Sécurité sociale”, *Revue internationale du travail*, LVII, núm. 6 (junio de 1948), pág. 567; *Ibid.*, *La sécurité sociale dans l'économie française*, París, Fédération nationale des organismes de Sécurité sociale, 148.

²⁵ Expuestas sucintamente por el propio BEVERIDGE, W.H.: *Las base de la Seguridad Social*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1944; y ampliamente, *Seguro Social y Servicios Afines. Informe de Lord Beveridge. I (1942)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989; *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe de Lord Beveridge. II (1944, 2ª edición 1960)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

²⁶ KERSCHEN, N.: “L' influence du rapport Beveridge sur le Plan français de sécurité sociale de 1945”, en *RESP*, (agosto 1945); *Ibid.*, “La doctrine du rapport Beveridge et le Plan française de sécurité sociale de 1945”, *Dr. Ouvrier* (octubre 1995).

²⁷ BEVERIDGE, W.H.: “Prefacio de junio de 1944” al libro *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe Beveridge II (1944; 2ª edición 1960)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pág. 35.

Laroque partía una concepción internacionalista de la Seguridad Social en el marco de un proceso de civilización de la sociedad internacional: la Seguridad Social es un derecho humano y uno de los pilares institucionales básicos de un orden internacional justo²⁸.

El plan de Seguridad Social para Francia, que había diseñado Laroque, se inserta en las directrices generales del conocido Plan Beveridge: universalización, unidad, participación en la gestión, objetivos redistributivos, apuesta por las políticas de pleno empleo, etcétera. Esta concepción influiría en los procesos constituyentes que se plasmaron en las constituciones democrático-sociales de la postguerra mundial. Similar espíritu preside la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, en la que se proclama el derecho a la Seguridad Social en su art. 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

En realidad, en la década de los sesenta el *Informe Laroque*²⁹, influyó de manera determinante en los diversos planes de Seguridad Social en Francia. A este informe cabría añadir, en el plano fundacional de la política social contemporánea, el realizado por F. BLOCH-LAINÉ (*Étude du problème général de l' inadaptation des personnes handicapées*, París, La Documentation française, 1969); Informe, éste, que influiría, a su vez, en la aprobación de la Ley del 30 de junio de 1975, sobre la protección de las personas discapacitadas, por entonces denominados “minusválidas”.

En el fondo el Informe Laroque (“*Politique de la vieillesse*”)³⁰ representa un *punto de inflexión* en la dirección de la política de protección social para las personas mayores. De ahí que se haya vuelto a publicar este informe siempre conocido y utilizado internamente por los actores sociales y médicos sociales, pero que pocos habían leído en toda su amplitud y riqueza de planteamientos.

Por la demás la sola lectura atenta de su libro “Recuerdos y reflexiones”³¹, pone de relieve su papel extraordinario en la génesis de la Seguridad Social francesa. Laroque cuenta la historia y la experiencia de su propia vida, y con ella la de la Seguridad Social que contribuyó a crear. Reflexiona como historiador implicado en su propia existencial en su contexto. En este libro se expone en apretada síntesis la historia de la Seguridad Social, sus principios, sus instituciones, sus problemas y la memoria de los hombres que la construyeron

²⁸ LAROQUE, P.: *Problèmes internationaux de la sécurité sociales*, en *Rev. Int. Trav.*, Ginebra, 1952, págs. 25-34., realizando el compromiso del Estado inherente a la Seguridad Social y su conformación en una actividad que en gran medida se configuraría como un servicio público cuya financiación en última instancia asegura el Estado a través de distintos mecanismos impositivos y la imposición de la cotizaciones sociales. Para él *el Derecho de la Seguridad Social pertenece al ámbito del Derecho público* (*Ibid.*, pág. 7).

²⁹ *Politique de la vieillesse*, París, La Documentation française, 1962.

³⁰ *RAPPORT LAROQUE. Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du Haut comité consultatif de la population et de la famille (1962)*, Préambule, Bernard Ennuyer, Daniel Reguer, Laurent Giroux- Préface Anne-Marie Guillemard - Postface Rolande Ruellan, Ed. L'Harmattan (Collection Effiscience), 2014 (redición), 448 páginas. Además, esta edición incluye el informe publicado en julio de 1961 “sobre la extensión del tiempo promedio de la vida a los problemas del empleo y la jubilación” realizado por J.R. Debray.

³¹ LAROQUE, P.: *Au services de l'homme et du droit. Souvenirs et Réflexions* (1993), París, Édition Association pour l'étude de l'histoire de la Sécurité sociale, 1993.

una tarea de la solidaridad estatalmente organizada (como la mutualización estatal de los riesgos y necesidades sociales social y políticamente relevantes). Una historia que involucra al propio Pierre Laroque porque fue el gran impulsor de la creación de una política y de un sistema de Seguridad Social en Francia, cuya elaboración más sistemática sería la llevada a cabo por Paul Durand³².

Su papel de fundador del sistema de Seguridad Social en Francia está teniendo actualmente un amplio reconocimiento y se viene asistiendo a una recuperación de su figura y destacando esa aportación y la renovada actualidad de algunas de sus reflexiones sobre las orientaciones de la política social³³.

En 1983 Laroque hace un balance, cerca de cuarenta años después de la creación del sistema de Seguridad Social en Francia³⁴. La Seguridad Social tiene innegables éxitos. La Seguridad Social proporcionó a los trabajadores un sentido de seguridad. Ha contribuido a mejorar la salud y difundir el progreso médico: protegió contra los grandes riesgos de la vida, y sobre todo a las personas más débiles o vulnerables. Las prestaciones sociales y señaladamente –aunque no exclusivamente, porque las prestaciones de rentas ha sido cruciales– las prestaciones de salud y asistencia sanitaria, han hecho posible una mejora sistemática que refleja el continuo incremento de la esperanza de vida de las personas. La esperanza de vida –la “sociedad del envejecimiento” de hoy– ha supuesto una *democratización del envejecimiento*, antes reservado a las clases situadas –acomodadas– en el escalafón más elevado de la sociedad fragmentada. Contribuyeron a aumentar la tasa de natalidad y la recuperación económica acompañada de progreso social. Demostró que el crecimiento económico era perfectamente compatible con el progreso social para todos.

La Seguridad Social ha tratado de proteger a las familias más allá del fomento de la natalidad (que es una de sus importantes consecuencias), pues ha garantizado el derecho a la existencia digna. En efecto, la Seguridad Social se ha convertido en un impresionante instrumento (maquinaria de ingeniería social) de aseguramiento y redistribución de las rentas y de los recursos disponibles. Ha permitido una mutualización de los riesgos: una socialización pública (“nacionalización”) de los grandes riesgos sociales de la existencia humana.

Pero también Pierre Laroque era realista –siempre fue, por otra parte, pragmático– y tras la época del optimismo de los inicios (1945) y de la consolidación (hasta la primera mitad de la década en los setenta) en Francia, y sin llegar a la desilusión, reconocía los límites en la realización del Plan completo. El plan (influido por la idea explicitada en el plan

³² DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social* (1953), traducción y estudio preliminar a cargo de José Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

³³ YVES LOCHARD, COLETTE BEC.: *C'est une révolution que nous ferons: Pierre Laroque et la sécurité sociale*, Editeur le Bord de l'eau, 2018. Se trata de un estudio de síntesis sobre la acción del funcionario superior desde la década de 1930 y su concepción del Estado social. Presenta sus iniciativas para implantar el seguro social; y asimismo su participación en la creación de la Seguridad Social en la “Liberación” y su acción a la cabeza desde 1951.

³⁴ LAROQUE, P.: *Succès et échecs de la Sécurité sociale vus par Pierre Laroque*, Vidéo -Journal télévisé, Source : A2 (Collection: MIDI 2), Date de diffusion: 20 octobre 1983.

William H. Beveridge, “De la cuna a la tumba...”³⁵ no llegó a materializarse por completo y más bien el modelo siguió las pautas del modelo tipo-ideal bismarkiano imperante en los sistemas continentales de Seguridad Social, que –como se sabe– combinó la dimensión contributiva con la dimensión no contributiva³⁶. La universalidad no fue completa; tampoco se alcanzó su objetivo de establecer un régimen único de Seguridad Social, pues se impuso un factor estructurador de tipo “corporativo-profesional” (la solidaridad fue cuestionada seriamente por los particularismos socioprofesionales, que se expresaron en una multiplicación de régimen “especiales” de Seguridad Social; de ahí derivó también a la pluralización de los modos diferenciados de gestión..., etcétera); tampoco se alcanzó el objetivo de una democratización interna del sistema de gestión con la implicación activa de los agentes sociales (se trataba en los orígenes de empoderar a los beneficiarios y a sus organizaciones representativas implicándoles en la gestión de la institución y esperando que se sintieran responsables de la Seguridad Social, lo que contribuiría a la mejora de su funcionamiento para los fines perseguidos). El resultado global fue la reproducción y consolidación de las desigualdades de condiciones de vida y bienestar también después de la vida profesional.

Pero con todas las imperfecciones de una obra humana sometida a continuos dilemas y “presiones” desde distintas direcciones, la Seguridad Social ha contribuido a civilizar las sociedades humanas y a hacer realidad un espacio importante de realización de la “justicia social” que exigen los principios de dignidad humana, de igualdad y de solidaridad social. A diferencia de la época en que se edificó, caracterizada por la previsibilidad, en la de hoy domina la incertidumbre, la imprevisibilidad, lo impredecible. De manera que la planificación de la Seguridad Social tiene que convivir con la incertidumbre (sobrevvenida a la también persistente previsibilidad de los riesgos sociales), aprender a gestionar el cambio y afrontar las exigencias que se planteen en cada momento histórico.

2. “EL OTRO” PIERRE LAROQUE: EL SOCIÓLOGO Y PENSADOR POLÍTICO

Interesa destacar que, a pesar de que Pierre Laroque centró su actividad y producción intelectual en la materia relativa a la Seguridad Social³⁷, se ocupó también de otras muchas materias de diversa índole. Un exponente de ello son sus trabajos sobre las clases sociales³⁸,

³⁵ Pero importa hacer notar que el modelo beveridgiano tampoco consiguió todos los objetivos pretendidos y además evolucionó también hacia fórmulas mixtas de protección no contributivas y contributivas. Se fueron abandonando aspectos fundamentales del plan de Beveridge hasta cuestionar el propio sistema con la orientación y los recortes de los gobiernos conservadores de la década de los ochenta (Margaret Thatcher...). Esa trayectoria es expuesta con amplia aportación de datos y análisis histórico-críticos por TIMMINS, N.: *Los cinco gigantes. Una biografía del Estado de Bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, espec., págs. 353 y sigs., y Parte V, págs. 412 y sigs.; BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado del Bienestar europeo 1875-1975*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, espec., págs. 178 y sigs., y 339 y sigs.

³⁶ BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado del Bienestar europeo 1875-1975*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, espec., págs. 261 y sigs.; y utilizando igualmente el enfoque comparado, RITTER, G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, espec., capítulo VI, págs. 181 y sigs.

³⁷ LAROQUE, P.: *Les Institutions Sociales de la France*, Éditeur La Documentation Française, 1980; *Ibid.*, “*Famille et Sécurité Sociale*”, en *Rev. Française du travail*, 1947; *Ibid.*, LAROQUE, P.: “From Socail Insurance to Social Security: Evolution in France”, en *International Labour Review*, núm. 57 (6) (1948), págs. 565-590.

³⁸ LAROQUE, P.: *Las clases sociales*, Barcelona, editorial Oikos Tau, 1971.

la política social³⁹, la política social de familias (aunque con referencia también a aspectos de Seguridad Social)⁴⁰, las elecciones sociales⁴¹, los conflictos colectivos⁴², controversias sociales y jurisdicción social⁴³, el servicio público y los derechos de los usuarios de los mismos⁴⁴, problemas relativos a la sociología del trabajo⁴⁵, entre otros muchos trabajos⁴⁶. Pero también estudiando la Seguridad Social en el marco más amplio de las políticas sociales y económicas⁴⁷.

Mantuvo siempre un compromiso activo en favor de las clases y colectivos más desfavorecidos. Un exponente de ello fue no sólo la defensa de las personas contra los riesgos sociales, sino también la defensa de los inmigrantes norteafricanos, criticando las políticas que incidían más en razones de seguridad que en la protección social que merecen las personas migrantes⁴⁸.

Laroque partía del hecho social de la existencia de una sociedad fragmentada en clases sociales sobre una base fundamentalmente económica y vinculada también a las diferencias en el trabajo (división del trabajo social). Pero es una estructura social que tiende a estar dominada por la diferencia entre una clase capitalista, los dueños o titulares de los medios de producción y una clase asalariada que carece de ellos y que queda en posición subalterna y en condiciones de subordinación jurídica y económica. De ahí que los conflictos

³⁹ LAROQUE, P. (Ed.): *Succès et faiblesses*, París, Colin, 1961.

⁴⁰ *La politique familiale en France depuis 1945: rapport du Groupe de travail sur la politique familiale en France depuis 1945, présidé par Pierre Laroque*, sous la direction de Pierre Laroque; rapporteur général, Rémi Lenoir, Groupe de travail sur la politique familiale en France, París, Documentation française, 1985.

⁴¹ LAROQUE, P.: "Problèmes posés par les élections sociales", en *Revue Française de Science Politique*, 3, nº. 2 (April-June 1953), págs. 22-30. En el interés no estaba fuera de su preocupación por garantizar una democratización de las instituciones de participación de la Seguridad Social, dando participación a los sindicatos. Igualmente, "Les élections sociales comparées aux élections politiques", Rapports de MM. Laroque, Vedel, Goguel et Netter, en *Rvne Française de Sciences Politique*, Avril-juin 1953.

⁴² LAROQUE, P.: "Reflexions sur le reglement des conflits du travail en Europe Occidental", en VV.AA.: *In memoriam: Sir Otto Khan-Freund*, Verlag, Munich, 1980.

⁴³ LAROQUE, P.: "Contentieux social et juridiction sociale", en *Droit Sociale*, mai 1954.

⁴⁴ LAROQUE, P.: *Les usagers des services publics industriels (transports-eau-gaz-électricité)*, París, Recueil sirey, 1933.

⁴⁵ MICHEL, Andrée: «Les travailleurs algériens en France». *Prefacio de Pierre Laroque*. Travaux du Centre d'Etudes sociologiques. París, Centre national de la recherche scientifique, 1957, 238 págs.

⁴⁶ Véase la recopilación de ensayos recogida en LAROQUE, P.: *Recueil d'écrits de Pierre Laroque*, París, Editeur Comité d'histoire de la Sécurité sociale (CHSS), Suzanne Grévisse y Michel Guillaume (rec.), 2005.

⁴⁷ LAROQUE, P.: *Les grands problèmes sociaux*, París, Editeur Ass.etude Histoire Securite Sociale, 2018 (redición, *Les grands problèmes sociaux contemporains*, París, Les Cours de Droit, 1965), 556 páginas. Este libro trata principalmente, después de una reflexión general sobre las políticas sociales, de los aspectos demográficos, las cuestiones relacionadas con la familia, el trabajo, las relaciones entre empleadores y empleados, a la organización médica y sanitaria, antes de dedicar su última parte a los problemas sociales de la distribución del ingreso y el papel de la Seguridad Social en este sentido. Esta edición se acompaña de un Prefacio de Michel Laroque, Inspector General de Asuntos Sociales Honorarios, que preparó esta presentación, y un Postfacio de gran interés de Marie Scot, investigadora del Centro de Historia de Ciencias Po. En esta obra se aprecia con nitidez el enfoque y metodología interdisciplinaria que utilizaba Pierre Laroque.

Véase también el Prefacio revelador de Laroque a la obra de GALANT-HENRY C.: *Histoire politique de la sécurité sociale française: 1945-1952*, préface de Pierre Laroque, Armand Colin, 1955.

⁴⁸ Véase su Informe titulado «Les Nord-Africains en France», en el que criticaba el "Service de surveillance et de protection des Nord-Africains", dependiente de la Prefectura de Policía de París". Sobre ello, consúltese BLANCHARD, E.: "La dissolution des Brigades nord-africaines de la Préfecture de police: la fin d'une police d'exception pour les Algériens de Paris (1944-1953)?" in *Bulletin de l'IHTP*, nº 83, juin 2004, dossier «Répression, contrôle et encadrement dans le monde colonial au XX^e siècle ».

de clases tienen lugar en el ámbito de la estructura social existente y dependen de la organización social. De lo que se trata es de cómo la sociedad democrática toma conciencia de esa situación y supera esa fragmentación social y conduce esa sociedad progresivamente hacia la desaparición de las desigualdades de clase adoptando medidas contra esa estructura garantizando no sólo la movilidad social sino también un orden social globalmente más justo que al tiempo trascienda de ellas⁴⁹.

Su larguísima labor de enseñanza abarca todos los problemas sociales contemporáneos a nivel internacional⁵⁰. Insistiendo en la protección de las personas en los distintos ámbitos donde se desarrolla su personalidad⁵¹.

En el año 1992 insistirá en la idea de que *la seguridad, es la eliminación de la incertidumbre del mañana*. Mientras que la libertad no es otra cosa que la seguridad del ciudadano –de la persona– y la conciencia que de ello se tiene. Para él la necesidad de seguridad es una necesidad inherente a la naturaleza humana. La seguridad es eliminar la incertidumbre del mañana. La historia de la influencia de esta necesidad de seguridad en la evolución política de las naciones resulta innegable. Esta necesidad esencial de seguridad se traduce en un esfuerzo permanente para eliminar esta incertidumbre del mañana, del porvenir. Precisamente lo que llamamos Seguridad Social tiene por misión la garantía de un nivel de vida adecuado.

Por otra parte, frente a los ataques dirigidos contra la Seguridad Social defiende su mantenimiento y mejora como expresión del compromiso del Estado. Y entiende que el régimen de financiación más adecuado es el de reparto frente al de capitalización. Igualmente considera que el déficit de la Seguridad Social es en gran medida artificial y que depende siempre de la decisión política que se adopte sobre los equilibrios financieros necesarios para la sostenibilidad del sistema público⁵².

Él mostraba su confianza en el futuro de la Seguridad Social, y en particular de las pensiones, a condición de realizar los correspondientes ajustes dinámicos en los mecanismos de financiación y en los aspectos que hoy denominaríamos paramétricos del sistema de pensiones, como es el caso de la prolongación de la vida laboral. En este sentido incluso llegó a afirmar que hoy, gracias a los trabajos de los “geriátricos”, “la vejez es como el buen vino: ¡para envejecer bien, es necesario trabajar el mayor tiempo posible!”⁵³.

⁴⁹ LAROQUE, P.: *Les Classes sociales*, París, Que sais-je?, n° 341, 1977, págs. 21 a 38.

⁵⁰ LAROQUE, P.: *Les grands problèmes sociaux contemporains*, París, Cours de l’ Institut d’ Etudes Politiques, 1949-1951; *Ibid.*, “Problèmes internationaux de Sécurité Sociale”, en *Revue Internationale du Travail*, juillet et août 1952; LAROQUE y ZELENKA: “L’équilibre international du coût de la sécurité sociale”, *Revue Internationale du Travail*, octobre-novembre, 1953; *Ibid.*, “La Coût des régimes privés de sécurité sociale”, *Revue Internationale du Travail*, Octobre 1958.

⁵¹ LAROQUE, P.: “Famille et Sécurité Sociale”, en *Revue Française du Travail*, octobre 1947.

⁵² LAROQUE, P.: *Pour une histoire des retraites* (“Para una historia del retiro”) (Este texto está tomado de una ALOCUCIÓN dada el 12 de diciembre de 1992 en un coloquio/seminario sobre pensiones en l’ établissement de Bordeaux de la Caisse des Dépôts et Consignations), recogido en LAROQUE, P.: “Entretien avec Pierre Laroque, Initiateur de la Sécurité sociale”, In *Revue d’économie financière*, n°23, 1992. (“Fait partie d’un numéro thématique: Le financement des retraites: La gestion du partage et des risques”, sous la direction de Olivier Robert de Massy et Marc-Antoine Kleinpeter), págs. 345-348.

⁵³ LAROQUE, P.: *Pour une histoire des retraites* (12 de diciembre de 1992), cit., pág. 348.

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 recibir 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.