

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Nº. Extraordinario: Doctrina Judicial en materia de Seguridad Social: Balance y Análisis Selectivo de Sentencias del Año 2015

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

✦ **REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

✦ **CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS**

✦ **GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

✦ **CUESTIONES GENERALES SOBRE LA ACCIÓN PROTECTORA**

1. DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA
2. RECARGOS POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

✦ **LAS PRESTACIONES**

1. INCAPACIDAD TEMPORAL, MATERNIDAD Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA
2. INCAPACIDAD PERMANENTE
3. JUBILACIÓN
4. VIUDEDAD Y FAVOR FAMILIARES
5. DESEMPLEO

✦ **PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS**

1. INGRESOS COMPUTABLES

✦ **PROCESO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL**

1. IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

✦ **DERECHO PROCESAL LABORAL**

✦ **DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

1. RESISTENCIA Y DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE
2. IGUALDAD DE TRATO
3. MATERNIDAD
4. ASISTENCIA SANITARIA
5. PRESTACIONES FAMILIARES
6. DESEMPLEO
7. TOTALIZACIÓN DE LOS PERIODOS DE COTIZACIÓN
8. ACUMULACIÓN DE PRESTACIONES

Sara Alcázar Ortiz
Carlos L. Alfonso Mellado
Juan Carlos Álvarez Cortés
Alberto Arufe Varela
Inmaculada Ballester Pastor
Jesús Barceló Fernández
Guillermo L. Barrios Baudor
Ángel Blasco Pellicer
Aurelia Carrillo López
Faustino Cavas Martínez
Pilar Charro Baena
Ángel Luis de Val Tena
M^a Teresa Díaz Aznarte
José Antonio Fernández Avilés
Juan Antonio Fernández Bernat

Juan José Fernández Domínguez
Carolina Gala Durán
Carlos García de Cortázar y Nebreda
José Ignacio García Ninet
M. Belén García Romero
Braulio Girela Molina
José Antonio González Martínez
Miguel Gutiérrez Pérez
Juan Gorelli Hernández
Francisco Javier Hierro Hierro
Elena Lasaosa Irigoyen
Lourdes López Cumbre
Belén del Mar López Insua
José Luján Alcaraz
Juan Antonio Maldonado Molina

Antonio Márquez Prieto
Jesús Martínez Girón
Jose Luis Monereo Pérez
M^a Nieves Moreno Vida
Sofía Olarte Encabo
José Antonio Panizo Robles
Jesús R. Mercader Uguina
José M. Ríos Mestre
Guillermo Rodríguez Inieta
José Luis Ruíz Santamaría
Carmen Sánchez Trigueros
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
José Luis Tortuero Plaza
Andrés Ramón Trillo García
Francisco Vila Tierno

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Nº. Extraordinario: Doctrina Judicial en
materia de Seguridad Social: Balance y
Análisis Selectivo de Sentencias del Año 2015

© 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

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



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



@RevSegSoc



revsegsoc@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

PRESIDENTE:

Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
Faustino Cavas Martínez

Lourdes López Cumbre
Juan Antonio Maldonado Molina
María Nieves Moreno Vida

José Luis Tortuero Plaza
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Francisco Ortiz Castillo

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman
Jordi Agustí Juliá
Miguel A. Almendros González
María José Añón Roig
Joaquín Aparicio Tovar
Ángel Arias Domínguez
Alberto Arufe Varela
Guido Balandi
Guillermo Barrios Baudor
Francisco Blasco Lahoz
Ángel Blasco Pellicer
Paola Bozzao
Umberto Carabelli
Jo Carby-Hall
María Emilia Casas Baamonde
Lance Compa
María Antonia Castro Argüelles
Wolfgang Däubler
Luis Enrique De la Villa
Mikel De la Fuente Lavín
Ángel Luis De Val Tena
Aurelio Desdentado Bonete
María Teresa Díaz Aznarte
Marco Esposito

Gemma Fabregat Monfort
José Antonio Fernández Avilés
Juan Antonio Fernández Bernat
Juan José Fernández Domínguez
Maximilian Fuchs
Ángel Gallego Morales
Javier Gárate Castro
Juan García Blasco
Carlos García de Cortázar
Joaquín García Murcia
Ignacio García Ninet
María García Valverde
Mario Garmedia Arigón
Rosa González de Patto
Santiago González Ortega
Jesús Lahera Forteza
Juan López Gandía
Belén del Mar López Insua
José Luján Alcaraz
Antonio Márquez Prieto
Jesús Martínez Girón
Carolina Martínez Moreno
Jesús Mercader Uguina
Orides Mezzaroba

Cristina Monereo Atienza
Rafael Muñoz de Bustillo
Antonio Ojeda Avilés
Sofía Olarte Encabo
Mari Carmen Ortiz Lallana
Adrián Osvaldo Goldin
Manuel Carlos Palomeque López
José Antonio Panizo Robles
Rosa Quesada Segura
Margarita Ramos Quintana
Susana Rodríguez Escanciano
Gloria Rojas Rivero
Eduardo Rojo Torrecilla
Santos Miguel Ruesga Benito
Tomás Sala Franco
Fernando Salinas Molina
Carmen Sánchez Trigueros
Carolina San Martín Mazzuconi
Antonio Vicente Sempere Navarro
Andrés Trillo García
Fabio Tulio Barroso
Daniel Toscani Giménez
Fernando Valdés Dal-Ré

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Alejandro Garilli
Jaime Cabeza Pereiro
Carlos Alfonso Mellado

Juan Gorelli Hernández
Aranzatzu Vicente Palacio

Borja Suárez Corujo
Carolina Gala Durán

EDITOR:

Francisco Ortiz Castillo

Índice

REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS

REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES: LA STC 49/2015, DE 5 DE MARZO DE 2015	15
--	----

JOSE LUIS MONEREO PÉREZ
JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

1. INTRODUCCIÓN	16
2. LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 RDL 28/2012.....	17
3. VALORACIÓN DE CONJUNTO: LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.....	24

LA POSICION DE LOS TRIBUNALES ANTE LA INAPLICACIÓN DE LAS VIEJAS REGLAS DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LOS SOCIAL (NÚM.12) DE BARCELONA NÚM 287/2015, DE 4 DE SEPTIEMBRE.....	27
--	----

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

1. INTRODUCCIÓN	27
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	28
3. CRISIS <i>VERSUS</i> REVALORIZACIÓN.....	29
4. CARACTERIZACIÓN DEL MODELO DE REVALORIZACIÓN.....	32
5. LA CRONOLOGIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE LA MATERIA	34

GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PRESTACIONES FARMACÉUTICAS, EN TIEMPOS DE CRISIS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 6/2015, DE 22 DE ENERO	43
--	----

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	43
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	44
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	45

CUESTIONES GENERALES SOBRE LA ACCIÓN PROTECTORA

1.DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA 47

EL «COLAPSO PLÁSTICO» DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LOS ELEMENTOS «INTRASCENDENTES Y CARENTES DE VALOR» EN LA ARTICULACIÓN DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: NOTAS A STS 6 DE JULIO DE 2015 49

JESÚS R. MERCADER UGUINA

1. LA TRADICIONAL TENDENCIA A LA “DILATACIÓN” DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y SU CAMINO HACIA EL “COLAPSO PLÁSTICO” 49

2. EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA “SINGULARIDAD DEL TRABAJO EN EL MAR” 52

3. EL “COLAPSO PLÁSTICO” DEL ACCIDENTE DE TRABAJO: LA STS DE 6 DE JULIO DE 2015 (Rº 2990/2013) Y EL NECESARIO ANTECEDENTE DE LA STS 16 DE JULIO DE 2014 (Rº 2352/2013). 55

4. LA TRASCENDENCIA DE LOS ELEMENTOS “INTRASCENDENTES Y CARENTES DE VALOR” EN LA ARTICULACIÓN DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 60

ACCIDENTE *IN ITINERE* Y ENFERMEDAD PREEXISTENTE AGRAVADA: SENDA POSIBLE PERO PROBLEMÁTICA PARA CALIFICAR DE ACCIDENTE DE TRABAJO STS DE 15 DE JULIO DE 2015, RCU 1594/2014..... 63

BRAULIO GIRELA MOLINA

1. INTRODUCCIÓN 63

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO 67

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL 67

4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA 81

2.RECARGOS POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD 83

EL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD (SSTS 4 Y 23 DE MARZO DE 2015) 85

JOSE LUIS MONEREO PÉREZ

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

1. INTRODUCCIÓN 85

2. LA STS 4 MARZO 2015: LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PAGO 86

3. LA STS 23 MARZO 2015: TRANSMISIBILIDAD DEL RECARGO EN LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE EMPRESAS 88

4. VALORACIÓN DE CONJUNTO..... 91

INTERESES DE CAPITALIZACIÓN ASOCIADOS AL RECARGO COMENTARIO A LA STS 3ª DE 14 DE ABRIL DE 2015. RJ 2015/1527 93

SOFÍA OLARTE ENCABO

1. SUPUESTO DE HECHO	94
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	96
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	97

LAS PRESTACIONES

1.INCAPACIDAD TEMPORAL, MATERNIDAD Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA 103

INCAPACIDAD TEMPORAL: LÍMITES DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD Y EL JUEGO DE LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN Y RETROACTIVIDAD 105

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

1. SUPUESTO DE HECHO	105
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	106
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	107

PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL Y EN EL RETA: ES POSIBLE CAUSARLAS SIMULTÁNEAMENTE DESDE UNA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA PARA CUIDADO DE HIJO 113

PILAR CHARRO BAENA

1. SUPUESTO DE HECHO E <i>ITER</i> PROCESAL	113
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	114
3. CONCLUSIONES	121

¿CUÁNDO HAY UN RIESGO ESPECÍFICO PARA LA TRABAJADORA LACTANTE? STS 13 MAYO 2015..... 123

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	123
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	124
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	128

2.INCAPACIDAD PERMANENTE..... 133

INCAPACIDAD TOTAL PARA UN GRUISTA CON VISIÓN MONOCULAR AL HILO DE LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014..... 135

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	135
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	136
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	140

LA INVALIDEZ POR CEGUERA COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TS 10 DE FEBRERO DE 2015 143

AURELIA CARRILLO LÓPEZ

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	143
-------------------------------------	-----

2. ANALISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	144
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	145
COEFICIENTE REDUCTOR DE LA JUBILACIÓN DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD: ¿QUIÉN VALORA LA NECESIDAD DE AYUDA DE TERCERA PERSONA?	149
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO	149
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	151
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	153
3.JUBILACIÓN	155
JUBILACIÓN ANTICIPADA, COTIZACIÓN DURANTE LA PERCEPCIÓN DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO Y CÓMPUTO DEL PERÍODO DE CARENCIA	157
FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO	
1. JUBILACIÓN ANTICIPADA: CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES (DIRIGENTES/ADMINISTRADOS) ANTE UN MUNDO DE RELACIONES LABORALES INCIERTO	157
2. LA STS 13 MAYO 2015, REC. 838/2014	160
4.VIUDEDAD Y FAVOR FAMILIARES.....	165
PAREJAS DE HECHO “ACREDITADAS” Y PENSIÓN DE VIUDEDAD. EL TRIUNFO DEL FORMALISMO FRENTE A LA JUSTICIA MATERIAL	167
M ^a TERESA DÍAZ AZNARTE	
1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 4 ^a DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2015	167
2. REFLEXIONES FINALES	175
ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE PAREJAS DE HECHO QUE ANTERIORMENTE HABÍAN SIDO MATRIMONIO Y QUE TRAS EL DIVORCIO REANUDAN LA CONVIVENCIA. LA CONVIVENCIA MATRIMONIAL Y LA DE HECHO NO SON ACUMULABLES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 JULIO DE 2015	177
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA	
1. SUPUESTO DE HECHO	178
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	178
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	180
REQUISITOS DE ACCESO A LAS PENSIONES EN FAVOR DE FAMILIARES POR PARTE DE LO/AS HIJO/AS DE LOS SUJETOS CAUSANTES.....	189
GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO	189
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	192

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	194
5.DESEMPLEO	197
SALARIOS DE TRAMITACIÓN CONCURRENTES CON DESEMPLEO: DEVOLUCIÓN PARCIAL Y NO ÍNTEGRA DE LA PRESTACIÓN	199
LOURDES LÓPEZ CUMBRE	
1. EXPEDIENTE DE REVISIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO TRAS EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO: LOS HECHOS	199
2. LA CONDENA A DEVOLVER LAS CANTIDADES CORRESPONDIENTES A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PERCIBIDA EN EL PERÍODO COINCIDENTE CON LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN ABONADOS: LA DOCTRINA JUDICIAL ..	201
3. LA CUESTIONABLE CALIFICACIÓN COMO “INDEBIDAMENTE” PERCIBIDA DE UNA PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA INCERTIDUMBRE DE LA CALIFICACIÓN DE UN ACTO UNILATERAL DEL EMPRESARIO COMO ES EL DESPIDO: LA VALORACIÓN CRÍTICA	203
4. CONCLUSIONES: UNA REVISIÓN DE LA SOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA CONCURRENCIA DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. LAS NUEVAS REGLAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO	217
IMCOMPATIBILIDAD –ABSOLUTA O RELATIVA– ENTRE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y RENTAS DEL TRABAJO COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 Y 13 DE MAYO DE 2015 (RCUD NÚMS. 2683/2014 Y 2785/2014)	219
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS FRANCISCO VILA TIERNO	
1. SUPUESTOS DE HECHO ANALIZADOS	219
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	222
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS	224
LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN Y PORCENTAJE DE PARCIALIDAD SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA) DE 20 DE MAYO DE 2015, RCUD 2382/2014	231
SARA ALCÁZAR ORTIZ	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO	231
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	234
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	237
¿ES POSIBLE EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN LOS SUPUESTOS DE SANCIÓN CON EXTINCIÓN DE UNA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y DEVOLUCIÓN DE UNA CANTIDAD INFERIOR A 3.000 EUROS? CON OCASIÓN DE LA STS DE 23 DE JUNIO DE 2015, REC. 1647/2014	239
JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES	

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	239
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL.....	241
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA.....	245
PROTECCIÓN POR DESEMPLEO PARCIAL DEL FUNCIONARIO INTERINO ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2015.....	247
CARLOS L. ALFONSO MELLADO	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	247
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL.....	249
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA.....	252
EL DESPIDO IMPROCEDENTE COMO SUPUESTO EXTINTIVO HABILITANTE DE LA REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO STS DE 13 DE MAYO DE 2015.....	259
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	259
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL.....	263
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA.....	267
LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EXIGIDAS STS DE 23 ABRIL 2015 (RJ\2015\3822).....	269
M. BELÉN GARCÍA ROMERO	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	269
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL.....	270
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA.....	277
LA EXCEPCIONAL REPOSICIÓN DEL DERECHO AL DESEMPLEO: UN SUPUESTO “AL LÍMITE” SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) DE 16 DE DICIEMBRE DE 2015, RJ 2015/6212.....	279
INMACULADA BALLESTER PASTOR	
1. EL SUPUESTO DE HECHO DEBATIDO.....	280
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL.....	280
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA.....	285
4. CONCLUSIONES.....	287
INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LA AUSENCIA DEL TERRITORIO NACIONAL DURANTE UN PERÍODO INFERIOR A 90 DÍAS SIN COMUNICACIÓN A LA ENTIDAD GESTORA: PREVALENCIA DE LA PERSPECTIVA PRESTACIONAL FRENTE A LA SANCIONADORA EN CASO DE DESEMPLEO.....	289
COMENTARIO A LAS STS DE 21 DE ABRIL DE 2015 Y DE 26 DE MAYO DE 2015.....	289
M ^a NIEVES MORENO VIDA	

1. LA RESIDENCIA COMO REQUISITO DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO. DIFERENCIA ENTRE TRASLADO DE RESIDENCIA Y ESTANCIA TEMPORAL	289
2. INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LA AUSENCIA DEL TERRITORIO NACIONAL DURANTE UN PERÍODO INFERIOR A 90 DÍAS SIN COMUNICACIÓN A LA ENTIDAD GESTORA: CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE COMUNICAR LAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES.....	292

PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

1.INGRESOS COMPUTABLES 305

LA NECESIDAD ECONÓMICA COMO REQUISITO IMPRESCINDIBLE EN LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS: SE COMPUTAN LOS INGRESOS DEL CÓNYUGE EN CASO DE SEPARACIÓN DE HECHO	307
---	-----

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

1. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS.....	307
2. DOCTRINA JUDICIAL: LA STS, SALA 4ª, DE 29 DE ABRIL DE 2015.....	311
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	313

PROCESO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL

1.IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS 315

VALIDEZ DE UNA SEGUNDA RECLAMACIÓN PREVIA A EFECTOS DE ENTENDER AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA EN UN PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL (STS/SOC., DE 3 DE MARZO DE 2015, REC. 1677/2014)	317
---	-----

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

1. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO	317
2. VIABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR VIOLACIÓN DE NORMAS PROCESALES, Y EN ESPECIAL POR VULNERACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL AGOTAMIENTO DE VÍAS PREVIAS AL PROCESO	319
3. EXIGENCIA Y JUSTIFICACIÓN DE LA RECLAMACIÓN PREVIA EN LOS PROCESOS SOBRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.....	321
4. VALIDEZ DE UNA SEGUNDA RECLAMACIÓN PREVIA A EFECTOS DE ENTENDER AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA ANTE EL INSS: CORRECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE UNA INTERPRETACIÓN INJUSTIFICADAMENTE RIGORISTA E INCOMPATIBLE CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	324
5. CONSIDERACIONES FINALES.....	325

DERECHO PROCESAL LABORAL

CONTROVERSIA SOBRE DEDUCCIONES EN LA COTIZACIÓN DEL IMPORTE DE LAS CANTIDADES SATISFECHAS POR LA EMPRESA EN PAGO DELEGADO DE INCAPACIDAD TEMPORAL: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL STS 20 MAYO 2015 –REC. 2675/2014–	329
--	-----

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

1. ANTECEDENTES DE HECHO DEL SUPUESTO EN PRESENCIA	329
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL EN LA MATERIA.....	330
3. VALORACIÓN FINAL	337

COMPETENCIA FUNCIONAL Y CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL (STS 12 MAYO 2015).....	339
--	------------

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
JOSÉ M. RÍOS MESTRE

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	339
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	340
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	347

SENTENCIAS SOBRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL CON ACCESO AL SISTEMA DE RECURSOS	349
--	------------

ÁNGEL BLASCO PELLICER

1. SUPUESTOS DE HECHO ANALIZADOS	349
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	351
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS	354

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.RESISTENCIA Y DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE	357
--	------------

LA SENTENCIA DEMIRCI. DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD DE TRATO, DISCRIMINACIÓN POSITIVA. ¿UN CAMINO DE IDA Y VUELTA?.....	359
---	------------

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA

1. CONSIDERACIONES GENERALES	359
2. SUPUESTO DE HECHO	363
3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	364
4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA DEMIRCI.....	368
5. CONCLUSIONES.....	369

2.IGUALDAD DE TRATO	371
----------------------------------	------------

IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL NOTAS AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA), DE 14 DE ABRIL DE 2015. CASO CACHALDORA FERNÁNDEZ.....	373
--	------------

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

1. INTRODUCCIÓN.....	373
2. RELATO FACTICO	374
3. ANÁLISIS DE LA «RATIO DECIDENDI» DE LA SENTENCIA	377
4. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA	382
5. CONCLUSIONES.....	384

3.MATERNIDAD 385

IGUALDAD DE GÉNERO Y MATERNIDAD: EL PERÍODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN COMO ARMA DE DOBLE FILO COMENTARIO A LA STJUE DE 21 DE MAYO DE 2015, ASUNTO C-65/14. CASO ROSSELLE 387

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

- 1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y PROBLEMÁTICA PLANTEADA388
- 2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS 389

4.ASISTENCIA SANITARIA..... 399

SOBRE LA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE INSTALACIONES DIPLOMÁTICAS DE TERCEROS ESTADOS, CON APARENTE COBERTURA SÓLO PRIVADA DE SU DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 15 DE ENERO DE 2015 (ASUNTO C-179/13)..... 401

ALBERTO ARUFE VARELA

- 1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....401
- 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL403
- 3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA404

5.PRESTACIONES FAMILIARES 407

LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: TRABAJO EVENTUAL EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL ESTADO DE RESIDENCIA Y DERECHO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SALA CUARTA) DE 23 DE ABRIL DE 2015 (ASUNTO C-382/13)..... 409

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

- 1. SUPUESTO (TRIPLE) DE HECHO410
- 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL414
- 3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA420

6.DESEMPLEO 421

HACIA UNA NOCIÓN «COMUNITARIA» DE «PARO PARCIAL» EN EL TRABAJO FRONTERIZO A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL ESTADO COMPETENTE PARA CONCEDER PRESTACIONES POR DESEMPLEO COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SALA OCTAVA), DE 5 DE FEBRERO DE 2015, ASUNTO C-655/13..... 423

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

- 1. EL DERECHO DE COORDINACIÓN COMUNITARIO EN SEGURIDAD SOCIAL Y SU APLICACIÓN A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO423
- 2. MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE PLANTEA EL CASO CONCRETO425

3. SUPUESTO DE HECHO DEL LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA	427
4. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TJUE PARA RESOLVER LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.....	429
5. DIVERGENCIAS CONCEPTUALES ENTRE LA NOCIÓN COMUNITARIA DE “PARO PARCIAL” Y NUESTRA NOCIÓN DE DERECHO INTERNO DE “DESEMPLEO PARCIAL”	431
6. ¿HACIA UN SISTEMA EUROPEO COMÚN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO? 433	
7.TOTALIZACIÓN DE LOS PERIODOS DE COTIZACIÓN	435
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA TERCERA) DE 4 DE FEBRERO DE 2015. OFFICE NATIONAL DE L’EMPLOI CONTRA MARIE-ROSE MELCHIOR. ASUNTO C-647/13	437
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA	
1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	437
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	440
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	444
8.ACUMULACIÓN DE PRESTACIONES.....	447
SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 12.2.2015, C-114/13 (THEODORA HENDRIKA BOUMAN): EL CONCEPTO COMUNITARIO DE SEGURO VOLUNTARIO	449
CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	
1. LA APLICACIÓN DEL DEROGADO REGLAMENTO 1408/71.....	449
2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	450
3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	450
4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA	452
EL ALCANCE DE LA REGLA DE NO ACUMULACIÓN DE PENSIONES DEL ART. 46 BIS.3.C) DEL REGLAMENTO 1408/71 (COMENTARIO A LA STJUE DE 12 DE FEBRERO DE 2015, ASUNTO C-114/13).....	455
CAROLINA GALA DURÁN	
1. SUPUESTO DE HECHO	455
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL	456
3. CONCLUSIONES FINALES.....	461

REFORMAS
LEGISLATIVAS EN
MATERIA DE
SEGURIDAD
SOCIAL.
CONSTITUCIONA
LIDAD DE LAS
REFORMAS

LaboRum

Revalorización y actualización de pensiones: la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015

Revaluation and pension update: STC 49/2015 scope of 5 march 2015

JOSE LUIS MONEREO PÉREZ
JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT
CATEDRÁTICO Y PROFESOR (ACREDITADO A CONTRATADO DOCTOR),
RESPECTIVAMENTE DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

“La lucha es el trabajo eterno del derecho [...] Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica”

R. V. IHERING¹

Resumen

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. Sin embargo, la STC 49/2015, de 5 marzo ha avalado la constitucionalidad del RD Ley 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/198 lo garantizaban. A juicio del TC, cuando se dictó el RD Ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto. Se trata de una decisión cuando menos polémica ya que, por el contrario, cabe postular que cuando se aprueba el art. 2.1 RD Ley 28/2012 el derecho a la actualización de las pensiones estaba consolidado e integrado en el patrimonio individual de los sujetos beneficiarios.

Palabras clave

Seguridad Social, Pensiones, Revalorización, Actualización, Irretroactividad, Expectativas de derechos, Derechos adquiridos

Abstract

The suspension of updating its contributory pensions in 2012 raised the question of its place in the set of constitutional guarantees. However, the STC 49/2015 of 5 March has endorsed the constitutionality of RD Ley 28/2012 which annulled the update of pensions in relation to the Consumer Price Index although the arts. 48 TRLGSS and 27 of the Royal Decree 670/198 guaranteed. According to the TC, when the RD Ley 28/2012 was issued pensioners had only mere expectation right to receive the difference between the actual inflation and the inflation forecast. It is a controversial decision at least because, on the contrary, it is postulated that when is approved art. 2.1 RD Ley 28/2012 the right to update pensions was consolidated and integrated into the individual assets of the subject beneficiaries.

Keywords

Social Security, Pensions, Revaluation, Update, retroactivity, future entitlements, acquired rights

¹ IHERING, R.V.: *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008, pág. 85.

1. INTRODUCCIÓN

Pese a la importancia que representa el mecanismo de la revalorización entre los pensionistas, ello no ha impedido que en los últimos años se proceda a actuar sobre el mismo con la finalidad de atenuar sus efectos, como una medida más dentro de la política de austeridad adoptada por nuestro país. Así, en el año 2010 se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendiendo, de forma excepcional para el año 2011, la revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, excepto para las pensiones mínimas, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Al año siguiente, el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, estableció, en su artículo 5 que las pensiones que abona el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, se incrementarían en un 1 por 100 para el año 2012. En la misma línea, el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto para 2012 la actualización con el IPC de las pensiones, en los términos previstos legalmente, con la excepción de las pensiones mínimas, las del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. En la adopción de estas medidas se deja ver la influencia que ejerce tanto el mandato del art. 135 CE que pretende situar la estabilidad presupuestaria por delante de cualquier otro deber o compromiso de los poderes públicos como el art. 11.5 Ley 2/2012 en el que se establece que las Administraciones Públicas de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario².

La suspensión de la actualización de las pensiones conforme a lo previsto en el art. 2.1 RD-Ley 28/2012 constituía una decisión ciertamente polémica si se atiende a dos aspectos fundamentales. El primero de ellos se conecta con razones de oportunidad política, ya que apenas cinco meses atrás la Ley 2/2012, en desarrollo de lo previsto por el RD-Ley 20/2011, contempló que las pensiones subirían un 1 por 100, lo que implícitamente incluía también la compensación de la ya entonces más que previsible desviación de esa cifra respecto de la evolución del IPC desde noviembre de 2011 al mismo mes de 2012. Finalmente, el dato de la inflación de referencia fue del 2,9 por 100, por lo que los pensionistas se quedaban sin el abono en un pago único de la diferencia existente: un 1,9 por 100 de la cuantía de la pensión³.

El segundo de los elementos controvertidos cabe situarlo en el plano jurídico ya que la adopción de dicha medida planteaba importantes dudas de constitucionalidad. De hecho, se planteó de forma inmediata un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 RD-Ley 28/2012 el cual, una vez admitido a trámite, constituye el objeto de análisis y resolución por parte del TC en la sentencia que examinamos. Con anterioridad a la decisión del máximo intérprete de la Constitución han recaído algunas sentencias de los Juzgados de lo social que han entrado a resolver demandas planteadas con el objetivo de que se reconozca el derecho al abono de la paga única compensatoria por el desvío del IPC durante el año 2012 y, de otro, que se declare el derecho a que la revalorización correspondiente al año 2013 se aplique

² In extenso, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: La sostenibilidad de las pensiones públicas, Madrid, Ed. Tecnos, 2014; VV.AA.: La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma, Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2015.

³ Al respecto, ampliamente SUÁREZ CORUJO, B., *El sistema público de pensiones. Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014, p. 234.

sobre una pensión incrementada en un 2,9 por 100 en lugar de un 1 por 100⁴. También en su aplicación ha recaído algún pronunciamiento entrando a resolver estas cuestiones⁵.

2. LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 RDL 28/2012

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. El primero de los problemas de constitucionalidad se conectaba con una eventual vulneración del art. 86.1 CE ya que se podría llegar a apreciar la falta de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad para poder dictar el RD Ley 28/2012. Otra de las cuestiones que podían servir para declarar la inconstitucionalidad de aquella medida se centraba en el incumplimiento del principio de suficiencia económica conforme a los arts. 41 y 50 CE. El tercero de los interrogantes en materia constitucional se vinculaba con la posible infracción de los tres principios consagrados en el art. 9.3 CE. Finalmente, el cuarto de los motivos de inconstitucionalidad de la suspensión de la actualización de las pensiones era la posible existencia de una discriminación indirecta por razón de la edad conforme a lo previsto por el art. 14 CE.

En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 2.1 RD Ley 28/2012 únicamente se ha optado por hacer valer el tercero de los motivos expuestos, esto es, el relativo al problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE. De forma derivada, también se aduce la infracción del art. 33 CE. Del resto de los problemas, los recurrentes han optado por mantenerse al margen. Y es que en el primer caso, aquel que se refiere a una posible vulneración del principio de legalidad, no parece fácil su admisión ya que el TC viene defendiendo que el control sobre el uso abusivo de la facultad legislativa otorgada al Gobierno consiste en verificar la conexión entre el presupuesto habilitante –la extraordinaria y urgente necesidad– y la adopción de la medida legal concreta –el RD Ley–. Y sobre este particular el propio TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse al estudiar la constitucionalidad de la reducción de las retribuciones de los funcionarios legitimando la existencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad de este tipo de recortes en base a la crisis económica. En efecto, conforme al Auto de fecha 13 de diciembre de 2011, el TC considera que “(...) siendo el objetivo principal de la norma –el RDL 8/2010– introducir determinadas medidas urgentes y extraordinarias para la contención y reducción del déficit público, es evidente que la reducción de las dos principales partidas del gasto público corriente de la Ley de Presupuestos –los salarios de los empleados públicos y las pensiones públicas– guarda la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida, tal y como ha sido exigida por la doctrina constitucional”⁶.

Tampoco los recurrentes aducen en sus motivos de inconstitucionalidad el principio de suficiencia económica. Ello no resulta extraño si tenemos en cuenta que desde sus inicios el TC viene postulando que de los arts. 41 y 50 CE no se desprende que la CE “obligue a que se

⁴ Ha reconocido dichos derechos la SJS núm. 4 San Sebastián 6 junio 2013 (AS 2013, 1755). En contra, entre otras, las SSJS núm. 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS 2014, 790) y núm. 31 Madrid 11 de julio 2013.

⁵ STSJ Castilla-La Mancha 25 noviembre 2014 (AS 2015, 291).

⁶ ATC 179/2011, 13 diciembre 2011 (RTC 2011, 179).

mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual⁷⁷. Ahora bien, al producirse en el año 2012 una congelación de todas las pensiones sin distinción, incluidas las más bajas y las mínimas, no resulta tan insólito plantearse la duda sobre si tal medida erosiona el principio de suficiencia ya que se podría entrar a examinar si en este caso la situación de déficit público serviría para justificar la no revalorización de todas las pensiones o, por el contrario, se tenían que haber actualizado las más bajas, ya que de no optarse por tal medida no se garantizaría el poder adquisitivo de aquellos cuya pensión es su único ingreso o el más importante y sin ella estarían bajo el umbral de la pobreza⁸.

Por lo demás, el recurso tampoco hace referencia al principio de igualdad en su pretensión de considerar inconstitucional el art. 2.1 RD Ley 28/2012, centrando su atención en el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras de derechos individuales (art. 9.3 CE), en relación con el mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones a los efectos de asegurar su suficiencia económica (art. 50 CE).

2.1. Principio de irretroactividad ex art. 9.3 CE: derechos adquiridos o expectativas de derechos

El problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE se constituye en el verdadero dilema a resolver respecto a la incidencia que en este punto presenta la medida de suspensión de la actualización de las pensiones decretada por el Gobierno. En otras palabras, la estimación o desestimación de la constitucionalidad de dicha decisión se apoya en un concreto motivo, a saber, la negación (o no) del carácter retroactivo del art. 2.1 RD Ley 28/2012. Y sobre este particular conviene detenerse brevemente sobre las características fundamentales de aquel principio para comprobar finalmente si se produce una vulneración del precepto constitucional citado.

Y así, se puede destacar, en primer lugar, conforme a reiterada doctrina constitucional, que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE no es un principio general sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Por tanto, lo que la Constitución veda es la retroactividad de las normas, es decir, la proyección de sus efectos hacia el pasado, no impidiendo, en este sentido, la eficacia inmediata de la norma hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la misma. Lo que se prohíbe es la retroactividad auténtica, pero no así la denominada retroactividad impropia, que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima. La invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico⁹. Aplicada esta doctrina a los derechos sociales, no cabría, en este sentido, una irreversibilidad absoluta de éstos, dado que el legislador no podría adoptar medidas regresivas respecto a una situación anterior, lo que supondría el sacrificio de otros valores constitucionales. Ahora bien,

⁷ STC 134/1987, 21 julio (RTC 1984, 134).

⁸ En esta línea, TOSCANI, D., "La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013 y su constitucionalidad", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014.

⁹ SSTC 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27) y 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6), entre otras.

reconocida la citada irreversibilidad, ésta no supone el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto.

En segundo lugar, la alusión que el art. 9.3 CE hace a la restricción de derechos individuales debe equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (Título I CE) o en la esfera general de protección de la persona¹⁰. Hay que tener en cuenta que cuando se alude al ámbito objetivo de los derechos amparados por la garantía de la irretroactividad constitucional, no cabe restringir aquél exclusivamente al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas entre los arts. 14 y 29 CE, sino que su alcance es mucho mayor, lo que incluiría al conjunto de los derechos individuales. Así, el TC asienta el criterio de que esos derechos individuales abarcan otros derechos adicionales a los fundamentales¹¹.

Por último, el tercer presupuesto habilitante del principio de irretroactividad es la exigencia de que la retroactividad prohibida no incida sobre una mera expectativa de derecho, sino que afecte en todos sus términos a un derecho plenamente adquirido y, por tanto, perfectamente incorporado al patrimonio jurídico de la persona perjudicada por la restricción de derechos contemplada en la norma reformadora. En efecto, lo que el art. 9.3 CE prohíbe es la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad¹². Al respecto, la asentada jurisprudencia constitucional determina que la eficacia y protección del derecho individual dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas¹³. De forma más específica, y en el ámbito concreto de los derechos de Seguridad Social, es doctrina asentada del TC que no puede hablarse de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas¹⁴.

Sobre el primero de los elementos caracterizadores del principio de irretroactividad, cabe entender que ningún problema suscita desde el punto de vista constitucional la suspensión de la revalorización decretada para el siguiente ejercicio económico (año 2013). Se aplicaría, entonces, la doctrina del TC en la que se subraya que la incidencia de la nueva normativa en los derechos no produce ninguna irretroactividad en cuanto a su proyección en el futuro ya que en el caso concreto de las pensiones no se tiene un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha producido el hecho que las causa¹⁵. Hay que tener en cuenta que entra dentro del haz de facultades del Gobierno el tomar la

¹⁰ SSTC 104/2000, 13 abril (*RTC* 2000, 104); 131/2001, 7 junio (*RTC* 2001, 131); 112/2006, 5 abril (*RTC* 2006, 112); 89/2009, 20 abril (*RTC* 2009, 89); 90/2009, 20 abril (*RTC* 90, 2009) y 100/2012, 8 mayo (*RTC* 2012, 100).

¹¹ SSTC 65/1987, 21 mayo (*RTC* 1987, 65) y 99/1987, 11 junio (*RTC* 1987, 99).

¹² STC 42/1986, 10 abril (*RTC* 1986, 42).

¹³ SSTC 99/1987, 11 junio (*RTC* 1987, 99) y 178/1989, 2 noviembre (*RTC* 1989, 178).

¹⁴ STC 97/1990, 24 mayo (*RTC* 1990, 97).

¹⁵ STC 134/1987, 21 julio (*RTC* 1984, 134).

decisión sobre las revalorizaciones a efectuar, no pudiendo existir ningún principio de irretroactividad en la decisión de convenir una revalorización fija para el ejercicio 2013, cuestión que también apareció en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 (arts. 39 y ss)¹⁶.

Cuestión distinta es la previsión legal contenida en el art. 2.1 RD Ley 28/2012, ya que lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, las que corresponderían al año 2012. La norma tendría efectos hacia el pasado, contemplando una retroactividad auténtica, por cuanto lo que prevé el art. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril es un derecho a una actualización de la pensión del ejercicio presupuestario 2012, es decir, respecto de cantidades que ya deberían haberse percibido. Por tanto, la decisión de no atender el derecho a la actualización según el IPC real para el año 2012 fue realizada ex post y tuvo carácter restrictivo, ya que supuso una pérdida efectiva de poder adquisitivo del 1,9 por 100, sustrayendo a los pensionistas una cantidad que les correspondía por un período pasado, el ejercicio 2012¹⁷.

Una vez advertida la primera nota característica del principio de irretroactividad, habría que indagar sobre si la medida legal adoptada de suspender la actualización para el año 2012 afecta a un derecho individual. Y sobre este particular cabría decir que lo que contempla el art. 48.1.2 TRLGSS es un derecho de titularidad individual el cual fue suprimido para el año 2012. Así, la suspensión adoptada trajo como consecuencia la eliminación de un derecho previamente reconocido por el ordenamiento jurídico el cual se erige, junto con el incremento previsto al comienzo de cada año (art. 48.1.1 TRLGSS), en un doble mecanismo de revalorización de las pensiones dirigido a garantizar el mantenimiento de su poder adquisitivo como plasmación legal del mandato constitucional del art. 50 CE. Por tanto, la restricción del Gobierno no afectaba a un derecho genérico, sino a un derecho subjetivo constitucionalmente tutelado¹⁸.

Finalmente, tocaría en último término abordar el tercer elemento a considerar para la aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas. En concreto, habría que indagar si la suspensión decretada incidía en una mera expectativa de derecho o, por el contrario, afectaba en todos sus términos a un derecho plenamente adquirido y, por tanto, perfectamente incorporado al patrimonio jurídico de la persona perjudicada por la restricción de derechos prevista en la regla del art. 2.1 RD Ley 28/2012. Y en este punto es donde surgen las discrepancias entre lo defendido por los recurrentes y los propios magistrados que emiten un voto particular a la STC 49/2015 y la decisión final del máximo intérprete de la CE. En el primer caso, se postula la existencia de un derecho subjetivo incorporado ya al patrimonio jurídico del

¹⁶ TALENS VISCONTI, E. E., “Problemas constitucionales del RD Ley 28/2012, 30 de noviembre, y revalorización de las pensiones. SJS nº 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS 2014, 790)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014, p. 4.

¹⁷ A tal conclusión llegan los autores del recurso de inconstitucionalidad, los cuales consideran que el art. 2.1 RD Ley 28/2012 establece una retroactividad auténtica, una retroactividad de grado máximo a todos los efectos.

¹⁸ A esta conclusión llegan los magistrados que emiten un voto particular a la STC 49/2015, 5 marzo, considerando que la regla jurídica establecida en el art. 2.1 RD Ley 28/2012, “consistente en dejar sin efecto la actualización de pensiones durante el año 2012 prevista en los arts. 48.1.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 27.1, del texto refundido de Clases Pasivas del Estado (LCPE), constituye una medida limitativa de un derecho individual del que eran titulares todas las personas que, a fecha 31 de diciembre de 2011, tenían causadas bien pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social bien pensiones cubiertas por el régimen de Clases Pasivas del Estado (CPE)”.

pensionista, plenamente consagrado y agotado. En el segundo, se niega tal condición a lo contemplado por el art. 48.1.2 TRLGSS ya que los pensionistas sólo tienen una mera expectativa de derecho.

Y así, para los recurrentes existen tres razones para servir de base para justificar que el derecho a la actualización de las pensiones públicas había llegado a consolidarse en el momento de la entrada en vigor del RD Ley 28/2012. En primer lugar, consideran que la pensión se percibe periódicamente y, específicamente, se va incorporando al patrimonio jurídico de su titular cada mes, en términos tales que tanto el abono de las pagas extraordinarias como el pago único para actualización conforme a la inflación efectiva constituye una mera postergación en el pago de un derecho que se adquiere plenamente mes a mes. El incremento del pago único viene referenciado a cada uno de los meses en los que el pensionista ha venido percibiendo la misma a lo largo de todo el año 2012; por tanto, el hecho causante de la norma se produce día a día, conforme transcurre el año de referencia y el pensionista sigue reuniendo los elementos configuradores del hecho causante. De este modo, puede afirmarse que con el pago único lo que se hace es abonar una parte de meses vencidos que se ha ido retrasando en el pago hasta la constatación matemática de cuál ha sido el incremento del índice de precios al consumo de noviembre de 2011 a noviembre de 2012, de modo que esas cantidades se adeudan por períodos de tiempo ya transcurridos, es decir, por deudas de pasado, que no de futuro.

En segundo lugar, los recurrentes señalan un segundo elemento a considerar como es la diferencia que cabe establecer entre el momento de consolidación del derecho en el patrimonio del pensionista y el momento formal del surgimiento del deber del devengo de dicha cantidad por parte de la Seguridad Social. Aun cuando el propio art. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril remiten expresamente a la respectiva Ley de Presupuestos, esta remisión debe interpretarse únicamente a efectos contables ya que la obligación está plenamente asumida por el sistema público y obligatorio de protección. La remisión a la Ley de Presupuestos del año siguiente tiene su única explicación en la circunstancia de que contablemente el abono del pago único se ha de efectuar en el primer trimestre del ejercicio presupuestario siguiente, pero lo relevante es que se ha de efectuar para dar cumplimiento a una deuda pendiente de pago, correspondiente al ejercicio precedente, con la única particularidad de que se devenga al siguiente. Y lo relevante a estos efectos es que cuando la citada Ley de Presupuestos procede a incorporar la correspondiente partida de abono del pago único, ésta carece por completo de margen de valoración política o de discrecionalidad jurídica alguna, pues todos los elementos determinantes del pago se encuentran perfectamente determinados. Lo anterior se corrobora con lo ocurrido hasta el 2012 con las sucesivas Leyes de Presupuestos aprobadas, las cuales han dado cumplimiento material al mandato legal contenido en el TRLGSS y en el Real Decreto 670/1987.

Por último, los autores del recurso de constitucionalidad contra el art. 2.1 RD Ley 28/2012 señalan un tercer aspecto a considerar: el caso concreto de pensionistas que han fallecido a lo largo del correspondiente ejercicio presupuestario. Y es que éstos han ido consolidando la parte del pago único correspondiente al período de tiempo transcurrido entre el 1 de enero del correspondiente año y la fecha en la que se produjo el fallecimiento. Prueba de ello es que la Seguridad Social cuando ha procedido en el pasado al abono de este pago de actualización de la pensión, también lo ha realizado a favor de los herederos de los fallecidos en el año precedente y lo ha hecho justamente en relación a la parte proporcional del año transcurrido hasta el momento preciso del fallecimiento.

En la misma línea que los recurrentes, los magistrados autores del voto particular a la STC 49/2015 sostienen que cuando se aprobó el RD Ley 28/2012 existía ya una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista. Para éstos, los arts. 48.1.2 TRLGSS y el art. 27.1 del Real Decreto 670/1987 contemplan una estructura jurídica que responde a la noción más canónica y ortodoxa de la regla jurídica: un supuesto de hecho al que se aplica una consecuencia jurídica. Y así, aconteciendo el supuesto de hecho –como así ocurrió, al sobrepasar el índice de precios acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011) y el 30 de noviembre del año posterior (2012) al índice previsto por la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2012– debió aplicarse la consecuencia jurídica, esto es, la de actualizar las pensiones. Al cumplirse la condición se debía haber activado el mandato de mantenimiento de las pensiones en lo referente a la actualización, adquiriendo desde entonces los beneficiarios de pensiones ya causadas con anterioridad al inicio de cada ejercicio económico el derecho a la actualización.

A favor de esta tesis, los magistrados subrayan varias razones. De un lado, consideran que el art. 2.1 RD Ley 28/2012 actuaba sobre situaciones jurídicas ya consolidadas si atendemos al tenor literal del mismo ya que la declaración que dicho precepto realiza –“se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos (...)”– no ofrece dudas al respecto: dejar algo sin efectos presupone necesariamente reconocer la existencia de ese algo. En segundo lugar, la interpretación que cabe realizar de la remisión que se realiza a la Ley de Presupuestos no es la de que se produzca un desplazamiento a dicha norma de la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones. El sentido de esta remisión es muy diferente, a juicio de los magistrados discrepantes, ya que para éstos estaríamos únicamente ante un diferimiento a dicha norma de la consignación de los créditos para hacer frente “a la correspondiente actualización”, siempre y cuando se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/1987. En tercer lugar, se insiste en un elemento aportado por los propios recurrentes: el reconocimiento y el abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ese mismo ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización de pensiones que el causante hubiere recibido en caso de no haberse producido el óbito. Dicho abono se debe al modo como se integra la actualización de pensiones en el patrimonio jurídico de los pensionistas; a saber, una vez cumplida la condición estipulada por los preceptos legales encargados de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, los efectos de ese cumplimiento se retrotraen al 1 de enero del año en el que se produce el fallecimiento, madurando su cuantía de forma progresiva a lo largo de ese año.

Pese a los argumentos esgrimidos de un lado –recurrentes– y de otro –voto particular–, el TC en su sentencia de 5 marzo opta por considerar en este punto que cuando se dictó el RD Ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto. La principal objeción que realiza el máximo intérprete de la CE a lo postulado hasta aquí acerca de la existencia de derechos consolidados cuando se aprobó aquella norma es la referida a la remisión que los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del Real Decreto 670/1987 realizan a la Ley de Presupuestos. Y así, a juicio del TC, dicha remisión no debe entenderse como un mero apunte contable, de manera que la citada Ley debe limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. A juicio del TC, si esto fuera así no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la Ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida

de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos. La remisión, según el TC, supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes.

Para corroborar lo anterior, el TC aduce que el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de Presupuestos. Por ello, cuando se dictó el RD Ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación.

2.2. Vulneración del art. 33 CE

Otro de los motivos de inconstitucionalidad del art. 2.1 RD Ley 28/2012 era la posible vulneración del art. 33 CE al considerarse por los recurrentes que se había procedido a una expropiación. Así, el citado precepto dispone que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”. Conforme a la doctrina del TC, “sólo son expropiables y, por tanto, indemnizables, la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales”¹⁹.

Pues bien, de lo anterior se deduce que para que se produjera la infracción pretendida por los recurrentes, esto es, que la norma impugnada tuviera contenido expropiatorio, resultaba necesario interpretar con carácter previo que cuando se aprobó el RD Ley 28/2012 existía una relación consagrada o agotada. En efecto, la garantía expropiatoria del art. 33 CE no resulta aplicable si entendemos, como así lo hace el TC, que lo que hace el art. 2.1 de la norma es privar a los pensionistas de una expectativa de derecho y no de un derecho actual consolidado. Por ello, a juicio de nuestro más alto tribunal, la privación no tiene naturaleza expropiatoria al recaer sobre una expectativa.

¹⁹ STC 108/1986, 29 julio (RTC 1986, 108).

2.3. El principio de discriminación ex art. 14 CE

La decisión de dejar sin efecto el mecanismo de actualización de las pensiones del art. 48.1.2 TRLGSS y del equivalente art. 27 del Real Decreto 670/1987 podía llegar a suponer una eventual discriminación indirecta. Es éste un aspecto que no aparece en el recurso de inconstitucionalidad y que por tanto el TC no examina, pero que, aunque sea brevemente, merece la pena detenerse ya que la doctrina jurídica sí que ha planteado esta posibilidad. De este modo, no resulta descartable que el art. 2.1 RD Ley 28/2012 suponga una vulneración del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de edad ya que tratándose de una medida legítima no se han tenido en cuenta sus efectos negativos en el colectivo de pensionistas. De entrada, nada impediría utilizar el criterio de la edad como un elemento diferenciador a la hora de configurar regímenes jurídicos particulares, pero para ello resulta imprescindible que concurren razones objetivas justificadas y proporcionadas²⁰.

Respecto de la existencia de una justificación objetiva y razonable para proceder a la no actualización de las pensiones, se ha cuestionado que los efectos de la crisis económica a los que alude el RD Ley 28/2012 pudieran servir por si solos para tomar aquella decisión. Siendo indiscutibles dichos efectos, lo cierto es que el Estado disponía de otras alternativas que podía haber utilizado con objeto de no hacer recaer sobre el colectivo de los pensionistas una medida que suponía agravar su situación de vulnerabilidad²¹.

En la misma dirección, tampoco esta decisión de no actualizar las pensiones tuvo carácter proporcional. La congelación de las pensiones de forma lineal suponía una pérdida significativa de poder adquisitivo para todos los pensionistas, pero especialmente para perceptores de las más bajas, donde en la mayoría de los casos, para sus titulares son su única fuente de ingreso o el más importante y sin ella caerían bajo el umbral de la pobreza²². Esta medida aplicable al conjunto de pensiones contributivas del sistema, sin diferenciar por clases ni cuantías, desvirtúa el contenido de la garantía constitucional de suficiencia. Como ya se ha señalado, la jurisprudencia del TC hace especial hincapié en señalar que se pueden limitar las pensiones más elevadas en aras de garantizar la suficiencia de las mínimas. Lo anterior remite a otra de las posibles tachas discriminatorias predicables el art. 2.1 RD Ley 28/2012: el de perjudicar seriamente al colectivo de mujeres, produciéndose una discriminación indirecta por razón de género. No en vano hay un mayor número de mujeres receptoras de las pensiones más bajas.

3. VALORACIÓN DE CONJUNTO: LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Tal y como se ha destacado, la STC 49/2015, de 5 marzo ha avalado la constitucionalidad del RD Ley 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/198 lo garantizaban. La decisión jurisdiccional tiene enorme relevancia, al menos en dos aspectos fundamentales. De un lado, rechaza la tesis de los recurrentes de que el derecho a la actualización de las pensiones se vaya consolidando mes a mes. Al contrario, considera el

²⁰ STC 63/2011, 16 mayo (*RTC* 2011, 63).

²¹ SUÁREZ CORUJO, B., *El sistema público...*, op. cit., p. 239.

²² TOSCANI, D., "La revalorización...", op. cit., p. 4.

TC que el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre. El período de generación de dicha actualización es el año natural coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. De otro lado, también el TC descarta el argumento de los recurrentes de que la remisión que el TRLGSS y el Real Decreto 670/198 hacen a la Ley de Presupuestos es una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario. Para aquél supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes.

Los argumentos esgrimidos por el TC nos parecen poco rigurosos y como señalan los magistrados discrepantes en su voto particular pueden traer consigo unas consecuencias devastadoras para la adquisición de derechos de las personas. En nuestro caso, compartimos la opinión de los recurrentes de que cuando se aprueba el art. 2.1 RD Ley 28/2012 el derecho a la actualización de las pensiones estaba consolidado e integrado en el patrimonio individual de los sujetos beneficiarios ya que la pensión se va percibiendo periódicamente y se va incorporando al patrimonio jurídico de su titular cada mes. Conviene resaltar, en este sentido, que la revalorización debe entenderse como un elemento más de la fijación de la pensión, incorporándose a la misma, de ahí su integración en el brazo contributivo y su financiación interna por los Presupuestos de la Seguridad Social. Dicho mecanismo, por tanto, es esencial (indisponible) en la configuración del derecho constitucional a la pensión, no existiendo una diferenciación entre la pensión y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial en línea con lo exigido por el art. 65.10 del Convenio 102 de la OIT que establece “(l)os montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez (...), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida”²³.

Mayores reparos presenta, incluso, el razonamiento del TC acerca de la funcionalidad de la norma presupuestaria en este asunto. No se puede estar acuerdo con la idea de que la remisión que los arts. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/198 realizan a la Ley de Presupuestos pueda interpretarse en el sentido de que dicha norma tenga la capacidad tanto de reconocer como de cercenar el derecho a la actualización, una vez se ha producido el desfase entre el IPC real y el IPC previsto. En línea con los magistrados que emiten un voto particular a la sentencia, si nos atenemos a lo que hasta ahora han ido recogiendo las sucesivas normas presupuestarias se comprueba cómo éstas han venido incorporando una regla de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones que básicamente responde, en su estructura, a la lógica propia de las cláusulas que proceden a la consignación de créditos o deudas ya causados y consolidados a resultas de lo establecido en otras leyes sustantivas. No

²³ LÓPEZ GANDÍA, J., “La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, p. 42.

parece, al menos hasta ahora, que la Ley de Presupuestos pudiera tener esa función de modular de tal modo el derecho de actualización de las pensiones que conllevara la facultad de eliminar o dejar sin efecto tal derecho.

Sobre este último aspecto, los efectos de la sentencia puedan resultar letales ya que las leyes de presupuestos pueden llegar a asumir como facultad la transformación de simples expectativas de derechos en derechos adquiridos. Si se mantiene la interpretación de la sentencia, se estará reconociendo que no es obligatoria constitucionalmente la actualización en todas las pensiones, puesto que no constituye esta prerrogativa un derecho subjetivo, sino una expectativa de derecho, que queda supeditada a criterios selectivos y diferenciados²⁴. De modo que, como se ha podido apuntar, cuando una Ley conceda algo “a bombo y platillo” si va acompañado de la muletilla “de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado” tendremos que saber, parafraseando al bíblico Job, que lo que el primer legislador te da, el legislador anual de los presupuestos podrá quitártelo, pues como el TC nos alerta ahora, “supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad”²⁵. Desde luego, como el propio TC advierte, el reconocimiento de dicha libertad del legislador encuentra límites. Y además, dicho margen para hacer frente a la actualización de las pensiones se materializa teniendo en cuenta las posibilidades económicas del sistema, ya que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales.

Sin embargo, si se admite que lo que reconoce una norma sustantiva se hace depender de lo establecido por la correspondiente norma presupuestaria, el problema de constitucionalidad se produce por la vía del principio de seguridad jurídica que emana del art. 9.3 CE. Ya se dijo más arriba que resulta difícil defender la existencia de una diferencia esencial entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial. Pues bien, parece evidente que una modificación como la que estamos comentando –la suspensión del mecanismo de actualización para el 2012– tiene una influencia decisiva en la posición de los pensionistas, que en modo alguno han tenido tiempo suficiente como para adaptarse a una más que previsible pérdida de poder adquisitivo. En este punto entraría en juego del mismo modo el principio de confianza legítima como derivación del de seguridad jurídica con el que se protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. De ahí que no tenga sentido que se garantice por la Constitución el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, si este se puede burlar tan fácilmente y de manera permanente. Un cambio sobrevenido, como es el que tiene que ver con la medida adoptada, con los efectos ya descritos quiebra la expectativa legítima que los pensionistas tenían.

²⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., “Desde el principio de garantía de la suficiencia de las prestaciones a la necesidad de garantizar la viabilidad del sistema”, *Información Laboral*, núm. 5, 2015 (BIB 2015/1864).

²⁵ RAMÓN CHAVES, J., “El Tribunal Constitucional respalda que el legislador viaje en el tiempo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 903, 2015 (BIB 2015/1292).

La posición de los tribunales ante la inaplicación de las viejas reglas de revalorización de las pensiones
Reflexiones a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social (núm.12) de Barcelona núm 287/2015, de 4 de septiembre

The position of the courts on the non-application of the old rules of pension increases (revaluation)
Thoughts on the judgment of the Labour Court (num. 12) of Barcelona, nº 287/2015, on September 4

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UCM

Resumen

El viejo sistema de revalorización se aplicó de forma continua desde su creación en 1997 hasta los tiempos de mayor impacto de la crisis económica y financiera. Las decisiones de los gobiernos han tenido una valoración crítica en la doctrina y una aplicación compleja y desigual en los órganos judiciales, sin que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia haya cerrado el espacio argumental, adquiriendo relevancia ahora los postulados que se fundamentan en la Carta Social Europea y en las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales.

Abstract

The old system was applied revaluation continuously since its inception in 1997 until the times of greatest impact of the economic and financial crisis. The decisions of governments have a critical assessment in doctrine and a complex and uneven application in the courts, without the doctrine of the Constitutional Court on the matter has closed the plot space, becoming important now the assumptions that are based on the European Social Charter and the decisions of the European Committee of Social Rights.

Palabras clave

Revalorización de pensiones, retroactividad, expectativa de derecho, derecho consolidado

Keywords

Pension revaluation, retroactivity, expectation law, consolidated law

1. INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que siguen tienen como punto de partida la Sentencia del Juzgado de lo Social (núm. 12) de Barcelona núm. 287/2015, de 4 de septiembre de 2015, que determina “la estimación de la demanda interpuesta por los actores contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), declaro su derecho a percibir una paga única compensatoria de su pensión de jubilación por el desvío del índice de precios al consumo durante el año 2012, calculada sobre un 2,9% de la pensión que percibieron durante el año 2012 y el abono de la pensión de jubilación para el año 2013 incrementada en un 2,9% sobre la pensión que venían percibiendo durante el año 2012”.

La sentencia, trae su origen en el conflicto planteado y referido a la aplicación de las reglas de revalorización. En efecto, como veremos, para el ejercicio 2012, las pensiones se revalorizaron con carácter general en un 1 por ciento, por debajo del IPC real que ascendía al

2,9 (art. 5 RDL 20/2011, art. 42, Ley 2/2012 y art. 2.1 RDL 28/2012, de 30 noviembre). Por esas mismas razones de contención del gasto público, para el año 2012 fue dejada sin efecto la compensación que legalmente estaba prevista para los casos de pérdida de poder adquisitivo de las pensiones a causa de un crecimiento del IPC mayor del calculado inicialmente (art. 2 RDL 28/2012, de 30 de noviembre)¹.

Múltiples son las reflexiones que sugieren la sentencia del Juzgado de Barcelona. La primera, su difícil recorrido. En efecto, el antecedente de la Sentencia del Tribunal Superior del Vasco (núm. 1514/2015 de 8 septiembre; Rec. 2298/2014) que resuelve la impugnación de la Sentencia de Juzgado de los Social núm. 4 de los de Donostia /San Sebastián, de 14 de marzo de 2014., una vez producida la decisión del Tribunal Constitucional en su Sentencia 95/2015, de 14 de mayo y con fundamento y apoyo en su doctrina, hace albergar serias dudas sobre su confirmación. La segunda, el interés en resolver en base a la aplicación de la Carta Social Europea y las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) . La tercera, su temporalidad, en el sentido de que el sistema de revalorización de las pensiones cambió con la Ley 23/2013, de 22 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad. Y finalmente el fondo del asunto, que sugiere reflexiones enfrentadas, de las que se hizo eco el Tribunal Constitucional y se evidenciaron en la confrontación entre la decisión mayoritaria y el voto particular.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

El sistema de revalorización de pensiones vigente hasta la reforma operada por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, ha tenido el siguiente evolutivo.

El origen de modelo podemos situarlo en la reforma operada por Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.² La Exposición de Motivos de la referida Ley reconoce que se “introduce la garantía de que las pensiones serán actualizadas cada año según la evolución del Índice de Precios al Consumo, manteniendo así los pensionistas el poder adquisitivo de sus pensiones”, pero como dice su precepto regulador no con carácter universal. En efecto el artículo 4 de la referida Ley establece que, “las pensiones que se causen con aplicación de las modificaciones introducidas en la presente Ley, serán revalorizadas al comienzo de cada año, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo previsto para dicho año”. La Ley 26/1985, inició el proceso reformador de las pensiones que hoy continúa y en su filosofía, la revalorización fue concebida como una especie de elemento compensador, de ahí que su aplicación se vinculara a las pensiones reconocidas en aplicación de la reforma.

¹ Al respecto de esta normativa, PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social en los Presupuestos para 2012 (Comentarios a la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 y a otras disposiciones legales con medidas en materia de Seguridad Social)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº. 352, 2012, págs. 121-196; y “La Seguridad Social en el año 2012 (análisis de las medidas contenidas en el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº. 347, 2012, págs. 5-76.

² Su evolución fue estudiada detenidamente por GETE CASTRILLO, P. “El nuevo derecho común de las pensiones públicas” *Lex Nova*, Valladolid 1997. Más reciente, puede verse DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Ed. Comares, Granada, 2006.

El modelo fue completado sin ruptura, con la reforma operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, estableciendo, que trae su origen en el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal, CCOO y UGT³. Como reza su Exposición de Motivos “de la revalorización automática de las pensiones, en función de la variación de los precios, a través de la fórmula estable contenida, de forma permanente, en la propia Ley General de la Seguridad Social”, siendo el tenor del artículo 48 de la LGSS, el siguiente:

«Artículo 48. Revalorización⁴.

1. Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año.

2. Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.

3. Si el índice de precios al consumo previsto para un ejercicio, y en función del cual se practicó la revalorización, resultase superior al realmente producido en el período de cálculo descrito en el apartado anterior, las diferencias existentes serán absorbidas en la revalorización que corresponda aplicar en el siguiente ciclo económico.»

Finalmente, el apartado 1.3 del artículo 48 fue suprimido por Ley 50/1998, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

3. CRISIS *VERSUS* REVALORIZACIÓN

Aunque suele pasar desapercibido por la primacía de su finalidad –el mantenimiento del poder adquisitivo–, el coste vinculado a la revalorización de las pensiones, ocupa un espacio de primer orden. Como es sabido, la evolución anual del gasto en pensiones viene determinada por tres componentes: número de nuevas pensiones, revalorización de las vigentes y efecto de la diferencia de cuantía entre las nuevas y las que se dan de baja. El análisis de las cifras correspondientes al largo periodo delimitado por 1986-2013, refleja que

³ Entre las medidas contenidas en este acuerdo se preveía la «Revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de discordancia entre el índice previsto y el real»

⁴ La regulación de forma estable de la obligación recogida en este precepto constitucional ha sido «lenta, tardía y progresiva» en palabras de OLARTE ENCABO, S.: “Artículo 48. Revalorización”, en AAVV (MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín, Dir.), *Ley General de la Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2009, pág. 380.

la actualización anual de las pensiones (revalorización) es el componente con mayor impacto en el incremento del gasto (41,9% del total), seguida de la tasa de sustitución (33,1% del total) y el número de nuevas pensiones (25% del total)⁵.

A pesar del impacto que tiene la revalorización sobre la evolución del gasto en pensiones, la regla del artículo 48 de la LGS se ha venido aplicando regularmente desde su implantación, de lo que deriva un razonable mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. No obstante, es necesario advertir que el efecto de la actualización anual de las pensiones con el Índice General de Precios no se limita al poder adquisitivo de los beneficiarios de la prestación (suficiencia) sino que afecta muy directamente al gasto total del sistema y, por consiguiente, a su sostenibilidad financiera.

En este orden, las políticas de la Unión Europea⁶ que tienen como objetivo garantizar la sostenibilidad de las pensiones públicas han adquirido gran protagonismo ante la amenaza, de que el envejecimiento de la población, la disminución de la población empleada, y el aumento del déficit público –sobre todo en los períodos de crisis⁷–, hagan inviable el actual sistema público de pensiones, si no se realizan los necesarios ajustes. Ciertamente, es un hecho incontestable⁸ que el principal desafío al que tendrán que hacer frente los sistemas de pensiones europeos en las próximas décadas es el riesgo derivado del continuo y rápido proceso de envejecimiento de la sociedad europea, provocando que la mayor parte del crecimiento futuro del gasto en pensiones de la UE estará determinado por el envejecimiento. La crisis económica, no solo ha precipitado la problemática, sino que ha acelerado las reformas con la finalidad de garantizar la sostenibilidad a largo plazo.

Las circunstancias referidas, unidas a la crisis económica han planteado la reforma en los métodos de revalorización de las pensiones en varios los países de la Unión Europea, incluida España. La línea reformadora ha sido variable⁹, introduciéndose modificaciones en el método de cálculo, estableciéndose la indexación automática o considerando otros indicadores además de la evolución del coste de la vida (IPC): como la evolución de los salarios; la evolución del PIB; utilizando otros parámetros o combinando varios de ellos; e incluso simplemente congelando la cuantía de las pensiones. El coste de la sostenibilidad parece ir asociado a la pérdida del poder adquisitivo¹⁰.

⁵ Los datos referidos y su consideración han sido tomados del trabajo de GARCÍA DIAZ, M.A. “La revalorización de las pensiones en España”, en AAVV. *Los retos financieros del sistema de la Seguridad Social, (XI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)* Murcia, edit. Laborum, 2014, pág.139.

⁶ El estudio de las políticas de pensiones y de empleo en las distintas instituciones de la UE, ha sido realizado exhaustivamente por MORENO ROMERO, F. *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Granada, edit. Comares, 2016.

⁷ La crisis ha propiciado una eficacia hasta entonces desconocida, en términos temporales y de contenido, de las decisiones de la UE, como afirma MORENO ROMERO, F. *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la UE...*cit., pág. 283.

⁸ Así lo advierten DEVESA CARPIO, J.E. y otros. “Reformas de los sistemas de pensiones en La Unión Europea”, *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 2/2015

⁹ Las variantes utilizadas pueden verse en BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Barcelona, edit. Atelier, 2016.

¹⁰ En términos de “nuevo riesgo” es planteado por DEVESA CARPIO, J.E. y otros. “Reformas de los sistemas de pensiones en La Unión Europea”, *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 2/2015

El conjunto de circunstancias económicas y la situación especialmente grave que atravesaba nuestro país, propicio que los sucesivos gobiernos tomaran una serie de medidas destinadas a reducir el gasto público y entre ellas, las referidas a la revalorización de las pensiones. Primero con medidas de emergencia y después cambiando el modelo. Entre las medidas de emergencia, son de referencia las siguientes:

- El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (art.4º) se decretó la suspensión para el ejercicio de 2011 de la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 de la LGSS.94, excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Igualmente, para el ejercicio de 2011 se suspendió la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1.2 del artículo 48 de la LGSS.94, excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Igualmente, se suspendió para 2011 la aplicación de lo previsto en el apartado 1 del artículo 27 del Texto refundido de la Ley de Clases pasivas del Estado, manteniéndose en relación con las pensiones mínimas de clases pasivas las previsiones contenidas en el apartado 2 del citado art. 27¹¹.
- El Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la seguridad social, dejó sin efecto para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 de la LGSS.94, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Y se suspendió para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 de la LGSS.94, así como en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la DA 2ª señalaba que las pensiones se incrementarían un 1% en 2013, de acuerdo con la cantidad legalmente establecida a 31 de diciembre de 2012, y en un 2% todas aquellas pensiones que no superen los 1.000 € mensuales o 14.000 en cómputo anual¹².

¹¹ Para su análisis ver, ERRANDONEA ULAZIA, E. “La «congelación» de pensiones para 2011: una opinión crítica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 18/2011. BIB 2010\2956

¹² ERRANDONEA ULAZIA, E. “Una crítica a la cuantía de las pensiones tras el RD-Ley 28/2012.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 1/2013. BIB 2013\705, quien afirma que, “Puede decirse que el punto más controvertido de esta decisión de no compensar por la pérdida de la diferencia entre el IPC previsto y el real constatado, es el momento en el que se decide esta no aplicación. Esta misma medida de no actualizar el valor de las pensiones si el IPC acumulado resulta superior al previsto, fue adoptada ya por el anterior gobierno socialista; sin embargo, esta decisión se materializó en mayo del año 2010 (junto con la decisión de no revalorizar las pensiones al principio del año siguiente) para ser aplicada de cara a la posible desviación que pudiera producirse a lo largo del año 2011, por lo tanto, esta medida estaba dirigida a derechos que pudieran producirse en el futuro. El gobierno del Partido Popular, sin embargo, adopta esta decisión con fecha de 30 de noviembre de 2012, una vez constatada la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones que fueron revalorizadas en un porcentaje insuficiente al comienzo de año. Y esa decisión de no compensar esa pérdida de valor ya producida se proyecta precisamente sobre las cuantías de pensiones que ya han perdido capacidad adquisitiva a lo largo de los doce meses anteriores, y que tiene que ser compensada según la LGSS y la LCPE. También a éste respecto, SUAREZ CORUJO, B. “Marco presupuestario en tiempos de crisis en el ámbito (...)”

4. CARACTERIZACIÓN DEL MODELO DE REVALORIZACIÓN

Aunque ya es historia, el punto de partida es la determinación, el alcance y caracterización de las previsiones de revalorización que han existido en nuestro ordenamiento y contenidas en el artículo 48 LGSS, antes de la reforma operada por la Ley 23/2013, de 22 de diciembre. La idea es que estas caracterizaciones puedan servir de base a la posterior crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional 95/2015, de 14 de mayo.

La idea fuerza impulsada por la reforma operada por la ley 26/1985, de 31 de julio, y confirmada expresamente por la Ley 24/1997, de 15 de julio, es el “carácter automático” de la revalorización de las pensiones, en función de la variación de los precios, a través de la fórmula estable contenida, de forma permanente, en la propia Ley General de la Seguridad Social, como se recogió en la Exposición de motivos de la referida Ley. El carácter automático se evidencia igualmente en la literalidad del artículo 48.1, al determinar que las pensiones “serán revalorizadas”. No existe, por tanto, ningún condicionante.

Igualmente, se concreta el dies a quo y el elemento cuantificante de la revalorización. En efecto, se aplica a comienzos de cada año (el día primero de enero) y se utiliza como parámetro el “índice de precios al consumo previsto para dicho año”.

El segundo apartado de la norma (art.48.2) tiene como finalidad “hacer realidad el mandato del primer apartado” (art.48.1), en el sentido de que la revalorización se efectúe sobre el IPC real, que es el que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo (o lo mejora cuando el IPC real es inferior al IPC previsto). Podíamos decir que ambos apartados del artículo 48 son complementarios y lo que es más importante, forman parte de un todo indisociable, constituyen las dos caras de una misma moneda. Esta reflexión, nos permite incorporar el párrafo segundo a la caracterización que venimos haciendo del modelo, en el sentido de que forma parte de su “carácter automático” y obligatorio. Sin perjuicio de la rotundidad de la Exposición de Motivos de la Ley, a la que ya aludimos, los términos gramaticales utilizados por ambos apartados son inequívocos, el apartado primero refiere a que “serán revalorizadas” y el apartado segundo, refiere a que “se precederá a la correspondiente actualización”. Ambos sin ningún condicionante, como no podía ser de otra forma.

Decíamos que el apartado segundo del artículo 48 hace realidad el modelo, en el sentido de actuar sobre el IPC real, que es lo que subyace a la voluntad del legislador. En efecto, si el párrafo segundo no existiera, cambiaríamos de modelo, sería otro. Estaríamos ante un sistema de revalorización basado en las previsiones del gobierno, que son utilizadas

de seguridad social: Las leyes 2/2012 y 17/2012”. *Revista de Justicia Laboral* núm. 53/2013. BIB 2013\14142, quien afirma que “la decisión de suspender el mecanismo de compensación del artículo 48.1.2 LGSS, plasmada en un Decreto-ley que entra en vigor el 1 de diciembre –es decir, completado ya el ejercicio 2012 a efectos de pensiones–, es torpe desde un punto de vista jurídico, en la medida en que podría ser inconstitucional. La actualización de las pensiones por desviación de la inflación no es una mera expectativa, sino un derecho que al final del mes de noviembre ya se ha devengado conforme a lo que establece la Ley General de Seguridad Social. Por eso es razonable considerar que su inaplicación sobrevenida es, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, contraria a dos principios consagrados en el artículo 9.3 de nuestra Norma Fundamental: el de seguridad jurídica y el de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales”.

en términos de planificación y, por tanto, próximas o alejadas a la realidad del año al que refieren. En definitiva no podríamos decir que el modelo garantiza el poder adquisitivo de las pensiones, dicho siempre en términos relativos.

El modelo, por tanto funciona o se aplica en dos fases. En la primera, se produce una revalorización automática y cuantitativamente “provisional” en función del IPC previsto para el año siguiente. Se pretende de esta forma que el pensionista (los pensionistas) se incorpore a las previsiones del gobierno, aproximando sus pensiones a una realidad provisional. De esta forma el pensionista se enfrenta –desde enero– al año en curso con la pensión mejorada respecto del año vencido. La segunda fase constituye la revalorización real, que se produce también con carácter automático y sin condicionantes, cuando los cálculos establecidos en propio artículo 48.2 (índice de precios acumulado en el periodo noviembre/noviembre) reflejan un IPC real superior al previsto con carácter provisional. En este caso, como dice taxativamente la norma, se “procederá a la correspondiente actualización”.

El siguiente paso es constatar cómo se produce la revalorización real, esto es, como se integra el apartado segundo del artículo 48 en el modelo. El punto de partida en los supuestos en que el IPC real es superior al IPC previsto, es que se produce un doble saldo a favor del pensionista, que es necesario ajustar. El primer saldo, viene determinado por la diferencia entre lo que ha percibido durante el año en curso conforme al IPC provisional y lo que debió percibir conforme al IPC real. Este primer saldo, se liquida en un pago único que se hará efectivo antes del mes de abril del ejercicio posterior. El segundo saldo, es el más importante y de mayor impacto económico en términos de gasto. El incremento de pensión que surja de la aplicación del IPC real (la diferencia con el provisional) se integra en la nómina del pensionista del mes de diciembre, de forma que la pensión definitiva (pensión + revalorización provisional + impacto diferencial del IPC real) constituya la base de cálculo de la revalorización para el siguiente año, que volverá a ser provisional.

Es precisamente esta fórmula de cálculo la que incrementa de forma exponencial el gasto en pensiones, en la medida en que cada año y así sucesivamente la base de cálculo queda incrementada con la correspondiente revalorización que se integra de forma indiferenciada en la pensión

Las operaciones descritas, ponen de manifiesto las afirmaciones ya realizadas, en el sentido de la integración inseparable de los apartados del artículo 48, la funcionalidad de cada apartado (cada mandato contenido) y la vocación finalista e imperativa del segundo apartado, que constituye el cierre y al tiempo completa en términos cualitativos la configuración del modelo.

He dejado para el final de la reflexión, la referencia contenida en el apartado segundo del artículo 48 a la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, por entender de forma indubitada que no forma parte ni del contenido, ni de la caracterización del modelo.

Como es conocido, la materia presupuestaria es ordenada por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. La ley tiene por objeto la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal (art.1) y dentro de del mismo están “Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la

Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados” (art. 2.d, en la redacción dada por el apartado uno de la disposición final décima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009). Por tanto, los Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal (art.32).

En base a lo anterior, es de obligado cumplimiento que las LPs. incorporen y cuantifiquen todas las cuestiones vinculadas a gastos e ingresos del sistema de la Seguridad Social, cotización, límites al reconocimiento inicial de pensiones, revalorización, pensiones mínimas..., respetando y cuantificando lo regulado en la LGSS. Salvo error, en la LGSS existen 40 referencias a la correspondiente Ley de Presupuestos, en los siguientes términos “...serán los que establezca –fije, determine...– cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”, sin que ello signifique que los derechos y obligaciones previstos en la LGSS estén condicionados.

En el marco que nos ocupa, la referencia contenida en el artículo 48.2 a la correspondiente Ley de presupuestos (“...se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.”) es una referencia obligada, en términos de cuantificar las obligaciones a liquidar durante el ejercicio..., en otro caso no existiría partida presupuestaria.

En definitiva, la Ley de presupuestos es el vehículo obligado y necesario para cuantificar y presupuestar el gasto en revalorizaciones sobre derechos ya reconocidos en la LGSS. Dicho en otros términos lo que hace la Ley de Presupuestos en esta materia es simplemente, cumplir el mandato del artículo 48.2 utilizando el IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística.

Las reflexiones hechas anticipan mi discrepancia con la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional reflejada en su Sentencia 95/2015, de 14 de mayo.

5. LA CRONOLOGIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE LA MATERIA

5.1. Decisiones previas a la STC 95/2015, de 14 de mayo y su rectificación posterior

Entre las posibles decisiones de los juzgados de lo social, he elegido como representativa, la del Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia/San Sebastián (núm. 218/2013, de 6 de junio).

Como reza la sentencia, el actor solicita en su demanda que se declare su derecho a percibir la paga única compensatoria correspondiente al año 2013 en cuantía del índice de precios al consume para el año 2012, un 2,9%, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social abonen dicha paga única compensatoria calculada de acuerdo con el incremento del índice de precios al consume para el año 2012, y que se declare su derecho a que la revalorización de su pensión para el año 2013 se realice en función de un incremento del 2,9% sobre la pensión que percibía durante el año 2012, en lugar del 1% que se le ha incrementado el año 2013.

La sentencia sin grandes justificaciones jurídicas, fundamenta su decisión positiva con la siguiente argumentación:

Es cierto que el Gobierno a la hora de establecer la revalorización de las pensiones para el año 2013 ha aprobado una norma como es el Real Decreto-Ley 28/12 de 30 de Noviembre (RCL 2012, 1635), pero esta norma no establece ninguna modificación del sistema de revalorización de pensiones, lo que hace es establecer el importe de la revalorización de esas pensiones para el año 2013, y lo hace sin tener en cuenta las reglas que en esta materia establecen los artículos 48 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social, y mientras no se cambie esa norma el Gobierno debe respetarla, y como no lo hizo el actor tiene derecho a percibir la paga (mica compensatoria que establece el artículo 48-2 de la Ley General de la Seguridad Social en calculada conforme al índice de precios al consumo para el año 2012, es decir sobre un 2,9%, y tiene también derecho a que se revalore su pensión para el año 2013, en el mismo porcentaje que subió el índice de precios al consumo para el año 2012, es decir en un 2,9%, y todo ella en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social, en sus números 1 y 2; por todo lo cual no cabe sino estimar la demanda.

En este dialogo judicial, la Sentencia del Tribunal Superior del Vasco (núm. 1514/2015 de 8 septiembre; Rec. 2298/2014), dictada tras la STCO 95/2015, de 14 de mayo, rectifica la decisión del juzgado de lo social en un doble sentido:

- Por un lado, afirma que “Yerra, por tanto, el Juzgado, cuando sostiene que el art. 2.Uno del RDL 28/2012 no ha modificado el art. 48.Uno.2 LGSS, ya que sí lo hizo, al privarle de efectos para el ejercicio 2012. El sentido de ese art. 2.Uno es como si a la regla del art. 48.Uno.2 se le hubiera añadido salvo durante el ejercicio 2012”.
- Por otro, tras advertir que “el propio TSJPV tuvo dudas, tanto por la posible colisión con la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (ya que la norma entra en vigor cuando el período de actualización se había consumado), como por el instrumento normativo utilizado para su promulgación (al considerar que no había razones de urgencia para ello)”, concluye que, el Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia de 14 de mayo de 2015, ha desestimado la cuestión que planteamos en caso análogo y, con ello, queda libre la vía para que debamos aplicar la regla del art. 2.Uno del RDL 28/2012.

5.2. La doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 95/2015, de 14 de mayo

El Pleno del Tribunal Constitucional resuelve en la Sentencia 95/2015, de 14 de mayo, el recurso de inconstitucionalidad núm. 1114-2013, interpuesto por más de 50 diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierdo Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa (ICV-EUIA), Chunta Aragonesista (CHA), La Izquierda Plural, Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV), Convergencia i Unió (CIU) y Unión Progreso y Democracia (UPyD), contra el art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social. La Sentencia contiene el Voto particular de los Magistrados

Fernando Valdés Dal-Ré y Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhieren la Magistrada Adela Asua Batarrita y el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos¹³

Centrándonos en la fundamentación de la Sentencia que resulta relevante en relación con las reflexiones que he mantenido, conviene destacar la siguiente argumentación:

- Para el Tribunal, los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, *no proceden a reconocer de forma automática* a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de Presupuestos Generales del Estado... luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos.
- La remisión que la LGSS... hacen a la Ley de Presupuestos Generales del Estado no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del Sistema de Seguridad Social. Sobre la base de la doctrina constitucional..., el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización.
- De esta forma y tras el análisis del precepto regulador (art. 48.2) el Tribunal Constitucional entiende que “los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación”. En consecuencia concluye afirmando: “dado que cuando se aprobó el Real Decreto-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE”.

Es probable que la decisión del Tribunal traiga su causa no declarada suficientemente, en la situación económica y, en especial de la seguridad social, en el tiempo que se aprueba el Real Decreto Ley y lo que significaba en términos de impacto económico, tanto con carácter inmediato, como de proyección, la aplicación del apartado 2 del artículo 48 de la LGSS. Dicho esto y si así fuera el Tribunal se encontraba con un difícil dilema de compleja solución. No

¹³ Un detallado análisis de la Sentencia puede verse en GARCÍA NINET, J.I. Y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “¿El imparable declive de la revalorización/actualización de las pensiones? Notas al hilo de la STC (pleno) 49/2015, de 5 de marzo de 2015”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4/2015, págs. 147 y ss.

obstante el Tribunal, podría haber acudido a cualquier otra argumentación, e incluso con soluciones ponderadoras, con base en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que como se sabe ha sido bastante tolerante o justificadora de la práctica totalidad de las reformas más importantes en materia de seguridad social; y en especial, a las facultades del legislador, a la especialísima y dramática coyuntura económica y al derecho adquirido por los pensionistas.

Este difícil equilibrio¹⁴, fue puesto claramente de manifiesto por el Voto particular, al afirmar que:

“Desde luego, la privación al pasaje legal combatido de efectos retroactivos ha aprestado desde una perspectiva material una vía cómoda y segura para garantizar el mantenimiento del statu quo introducido por la tan citada disposición legal o, por expresar la misma idea desde otro ángulo, para evitar la potencial multiplicación de reclamaciones instadas por las personas afectadas por la previsión legal discutida de dejar sin efecto la actualización de pensiones, susceptibles de contrarrestar, al menos en parte, el objetivo de moderación de la deuda pública pretendido por el Gobierno al aprobarla. Pero al tiempo de ofrecer estas ventajas para la consecución del propósito político confesado, la motivación empleada para salvar la constitucionalidad del pasaje de la norma de urgencia a examen resulta, de entre todas las que hubieran sido constitucionalmente viables, la que se instala en el escenario más distante de la defensa y desarrollo del Estado social (art. 1.1 CE) y de las garantías y valores constitucionales asociados de modo inescindible a esta noción. Y todo ello, por cuanto la Sentencia de la mayoría, al optar por la decisión que concreta el fallo, renuncia a buscar otras soluciones capaces de aunar y conjugar de manera más equilibrada y proporcionada los intereses en presencia: el de las Administraciones Públicas en asegurar la solvencia económica del sistema de protección social y el de los beneficiarios del propio sistema al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ya causadas y en fase de disfrute”.

Por el contrario el Tribunal acude a un razonamiento o justificación de discutible consistencia, casi gramatical, que dibuja un sistema de revalorización irreconocible, ajeno a la norma y al pacto social que sustento la reforma en 1997. Lo más preocupante y al tiempo inexplicable, es la falta de valoración en las consecuencias de su doctrina, a pesar de las advertencias, aportaciones y finalmente la construcción jurídica del Voto Particular. Basta con reiterar una sola advertencia, en la LGSS existen 40 referencias con la expresión “...serán los que establezca –fije, determine...– cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”. Si la interpretación es la que sostiene el TC, en el sentido de que “la remisión que la LGSS ... hace a la Ley de Presupuestos Generales del Estado no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar...”, y que por este juego, el derecho reconocido se convierta en una “expectativa que debe ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio...”, el impacto de su doctrina puede ser

¹⁴ Este difícil equilibrio es puesto de manifiesto desde una perspectiva crítica por BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “La revalorización de las pensiones de jubilación: una medida de insuficiencia y protección contra la pobreza convertida en un instrumento para la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social”, en AAVV. *Los retos financieros del sistema de la Seguridad Social, (XI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)* Murcia, edit. Laborum, 2014, págs. 155-168.

devastadora. En este orden, utilizar una construcción doctrina que puede tener o ser utilizada con efectos derivados, respecto de un sistema (el de revalorización) que cuando se produce la sentencia ya es historia, parece poco razonable.

El impacto referido fue claramente advertido por el Voto Particular, al afirmar que: “La desestimación por la Sentencia del presente recurso de inconstitucionalidad se apoya en un concreto motivo; a saber, la negación del carácter retroactivo del art. 2.1 del citado RDL 28/2012 . En las observaciones que siguen se fundamentará nuestra radical divergencia con esta conclusión, expresada en su aplicación tanto ad casum cuanto a futuros enjuiciamientos. Y es que, como más adelante se hará notar, el razonamiento que conduce a descartar la irretroactividad del precepto impugnado puede desplegar unos efectos devastadores en lo que concierne a la identificación del momento de maduración y reconocimiento de derechos y obligaciones por los poderes públicos”.

Finalmente, en términos de gasto es fácilmente imaginable el impacto de una decisión afirmativa del TC y su arrastre de futuro, con el correspondiente efecto multiplicador. En la otra cara de la moneda, están los pensionistas que ven como pierden su poder adquisitivo sin posibilidad de reacción. El error del Gobierno fue no propiciar una solución más equilibrada.

5.3. La nueva línea argumental planteada por el Juzgado de lo Social de Barcelona sobre el RDL 28/2012

5.3.1. Los términos del debate según la Sentencia

En la demanda inicial, se sostenía que las previsiones del Real Decreto Ley 28/12 resultaban inconstitucionales en la medida en la que suponían la aplicación restrictiva de una norma más favorable.

Precisamente por el hecho de que se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma, el procedimiento fue suspendido a la espera de su resolución. En fecha de 5 de marzo del 2015, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia por la que aceptó la retroactividad del RD Ley 28/12, argumentando, muy resumidamente, que la “revalorización” es una expectativa de derecho y que no cabe entender que el decreto pueda tener efectos retroactivos.

La ampliación de la demanda postula en este caso que el TC no se pronuncia en su STC sobre la inconstitucionalidad de la desvinculación del IPC en la revalorización de las pensiones y que además, el citado RD vulnera lo establecido en la norma europea e internacional ratificada por España.

5.3.2. Fundamentación jurídica y Fallo

La sentencia afronta la fundamentación de su decisión en múltiples decisiones y singularmente en la aplicación de la Carta Social Europea por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

En un primer orden, la Magistrada reconoce su competencia al determinar que “... para resolver la cuestión objeto de debate, debe partirse del hecho de que el juez nacional está obligado a aplicar las normas invocadas en la ampliación de la demanda, pues forman parte del ordenamiento jurídico español”.

Igualmente, se libera de la obligada aplicación de la doctrina del TC al entender que “... los razonamientos expuestos en la sentencia transcrita (TC) o el hecho de que se entienda por el TC (sintéticamente) que el sistema de revalorización no sea el indicador de precios al consumo (IPC) como ha sido hasta ahora, no resuelve si el sistema actual que contiene el Real Decreto Ley 28/2012 se ajusta a la normativa internacional en materia de seguridad social”.

Finalmente y tras múltiples referencias constitucionales, jurisprudenciales y doctrinales de todo orden, centra la argumentación que justifica el Fallo en los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales, en los siguientes términos:

Pues bien, partiendo de todo ello, encontramos que el mencionado Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ya se ha pronunciado en relación con cuestiones relativas a normas gubernamentales restrictivas de prestaciones de seguridad social basadas en la desfavorable coyuntura económica. En fecha de 7 de diciembre del 2012, adoptó cinco decisiones respecto de cinco reclamaciones que denunciaban las “leyes anti crisis” del año 2010, adoptadas por Grecia, que impusieron una reducción drástica de las pensiones tanto en el sector público como en el privado (reclamación n° NUM027, Federación de Pensionistas asalariados de Grecia c. Grecia; reclamación n° NUM028, Federación Pan Helénica de pensionistas de la función pública c. Grecia; reclamación n° NUM029, Sindicato de pensionistas del personal ferroviario de Atenas Piraeus c. Grecia; reclamación n° NUM030, Federación Pan Helénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad c. Grecia y reclamación n° NUM031, Sindicato de pensionistas del Banco Agrícola de Grecia c. Grecia).

En la fundamentación jurídica que resuelve estas sentencias, el CEDS declara que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos para eludir los compromisos asumidos en virtud de la Carta Social Europea, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno. En particular, expresa que el Art. 12CSE referido al derecho a la seguridad social está concebido más en términos de progresividad que de regresión. Razona por ello que en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada.

Asimismo, el CEDS razona que “incluso cuando razones relativas a la situación económica de un Estado Parte hacen imposible para un estado mantener su sistema de seguridad social, en el nivel que había alcanzado previamente, es necesario, en virtud de los requisitos del Art. 12.3 para ese Estado Parte mantener el sistema de seguridad social en un estado satisfactorio que tome en cuenta las expectativas legítimas de los beneficiarios del sistema y el derecho de todas las personas al disfrute efectivo del derecho a la seguridad social”. Añade que existe un auténtico compromiso de los Estados Partes de “esforzarse por elevar progresivamente el sistema de la seguridad social a un nivel superior”.

En definitiva, estos razonados puntos de vista conducen a entender que la decisión de revalorizar la pensión de los actores en un 1%, adoptada por el INSS de acuerdo con lo dispuesto en el RD Ley 28/12 de 30 de noviembre, atenta claramente en contra del Art. 12 de la CSE y de la interpretación efectuada por el CEDS, por lo que debemos, en consonancia con ello, revocar tal resolución y declarar el derecho de los actores a percibir una paga única compensatoria de su pensión de jubilación por el desvío del índice de precios al consumo durante el año 2012 calculada sobre un 2,9% de la pensión que percibieron durante el año

2012 y el abono de la pensión de jubilación para el año 2013 incrementada en un 2,9% sobre la pensión que venían percibiendo durante el año 2012.

5.3.3. Apunte final

La sentencia abre una nueva vía de reflexión y argumentación. No cabe duda de la importancia que ha adquirido la CSE como consecuencia de que algunos órganos jurisdiccionales están procediendo, como fundamentación del fallo, a aplicar directamente ese Tratado y la jurisprudencia del órgano que lo interpreta (CEDS)¹⁵, en contra de la normativa nacional que lo vulnera, siendo una situación que carece de precedentes y que, atendiendo a los pronunciamientos que ya se han emitido, supone el inicio de un nuevo camino, el de los órganos de garantía internacional... ¿Quién tiene la última palabra?¹⁶

Cierto es que el CEDS ha sido tajante desde hace tiempo a la hora de valorar la aplicación de la CSE en el contexto de la crisis económica global, habiendo emitido una doctrina que se ha convertido en un principio general de aplicación e interpretación de la CSE, al determinar que “si el aumento del paro pone en peligro los sistemas de seguridad social, en la medida en que el número de beneficiarios aumenta mientras que los ingresos obtenidos por la fiscalidad y de las cotizaciones a la seguridad social disminuyen, las Partes, al suscribir la Carta Social Europea (...) han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a los servicios sociales”¹⁷.

Si bien el precedente de Grecia ante el CEDS es diferente al planteado en materia de revalorización por el Real Decreto Ley 28/12 de 30 de noviembre, es posible que su doctrina no sea suficiente (aunque exige un pronunciamiento expreso) para desmontar y dejar sin aplicación la singular interpretación del TC, en sede de suplicación. La última palabra está todavía por escribirse, aunque probablemente su espacio tenga más interés jurídico que económico.

¹⁵ A este respecto pueden verse, ALFONSO MELLADO, C. L. *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*. Edit. Bormarzo, 2014; JIMENA QUESADA, L.: “La protección internacional de los derechos sociales y laborales. La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista de Derecho Social*, 2014, nº 65 y SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”. *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol.4, núm. 2, 2014.

¹⁶ Como afirma MOLINA NAVARRETE, C. “El control judicial de la reforma de los despidos objetivos, en especial por absentismo, a la luz del Derecho Social Internacional y Comunitario: ¿una experiencia del principio de justicia social universal?”. <http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Cristobal%20Molina.pdf>

¹⁷ La referencia la tomo de SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad...” cit.

GESTIÓN DE LA
SEGURIDAD
SOCIAL

Laboorum

Sobre las Competencias de las Comunidades Autónomas en Materia de Prestaciones Farmacéuticas, en Tiempos de Crisis. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2015, de 22 de enero

About the Powers of Autonomous Communities on the Subject-matter of Pharmaceutical Benefits, in Crisis Times. Commentary to Constitutional Court Decision 6/2015, of 22 January

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO
UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

Este caso trata de un conflicto positivo de competencias sobre prestaciones farmacéuticas entre una Ley estatal pre-crisis y diversas resoluciones administrativas post-crisis emanadas por una Comunidad Autónoma, validando las segundas por razones de sostenibilidad del sistema español de asistencia sanitaria.

Abstract

Este caso trata de un conflicto positivo de competencias sobre prestaciones farmacéuticas entre una Ley estatal pre-crisis y diversas resoluciones administrativas post-crisis emanadas por una Comunidad Autónoma, validando las segundas por razones de sostenibilidad del sistema español de asistencia sanitaria.

Palabras clave

Comunidades Autónomas, Prestaciones farmacéuticas, Competencias.

Keywords

Autonomous Communities, Pharmaceutical benefits, Powers.

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 6/2015 es simplemente un clon miniaturizado de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 211/2014, de 18 diciembre, habiendo provocado la miniaturización en cuestión que las veintisiete páginas del *Boletín Oficial del Estado* de 3 febrero 2015, en que la clonada se publica, hayan quedado reducidas a sólo once páginas del *Boletín Oficial del Estado* de 24 febrero 2015, en que se publicó su miniatura. De sus sólo once páginas oficiales, hasta nueve de ellas se dedican a exponer los «Antecedentes» del caso. Y de estas once páginas de antecedentes fácticos y procedimentales, más de la mitad de ellas se destina, a su vez, a desplegar la argumentación de la Abogacía del Estado, aunque advirtiendo expresamente acerca de la clonación de argumentos utilizados por la misma [«Subraya el Abogado del Estado, que con la misma fecha interpuso el Presidente del Gobierno recurso de inconstitucionalidad [luego resuelto por la recién citada Sentencia núm. 211/2014] contra la Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica, por lo que, dada la evidente conexión entre ambos procesos constitucionales, se señala que, en el presente conflicto, se

emplean los mismos argumentos que sirven de base al citado recurso de inconstitucionalidad»; cfr. Antecedentes, apartado 2, letra a), párrafo último].

Lógicamente, ambas Sentencias (por cierto, ambas de Pleno *ex* artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional) difieren en las vías procesales utilizadas para plantear en la propia sede constitucional sus asuntos. El de la núm. 211/2014 accedió por la vía del recurso de inconstitucionalidad regulado en los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979. En cambio, el asunto de la ahora comentada accedió por la vía del conflicto positivo de competencia prevista en los artículos 62 y siguientes de la propia Ley Orgánica 2/1979. Ambas vías se utilizaron, sin embargo, coetáneamente por la Abogacía del Estado. En efecto, consta en ambas Sentencias la misma coletilla ritualística, relativa a que «Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional *el día 11 de febrero de 2011*, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso...» (cfr., en ambas, Antecedentes, apartado 1).

Asimismo lógicamente, el objeto del recurso de inconstitucionalidad y del conflicto positivo de competencia, a pesar de todas sus interconexiones, eran objetos distintos. En la hipótesis del primero, se impugnaban «los arts. 1 a 4 y las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica» (cfr., en la Sentencia núm. 211/2014, Antecedentes, apartado 1). En cambio, en la Sentencia ahora analizada lo atacado eran disposiciones y actos de desarrollo de dicha Ley autonómica de Galicia, y más en concreto, «la resolución de 30 de diciembre de 2010 por la que se hace público el acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia, así como contra las restantes actuaciones determinantes de la aprobación del mismo, tal como aparece recogida en la página web oficial del Servicio Gallego de Salud (http://www.sergas.es/farmacia/catalogo_priorizado_productos_farmaceuticos_Galicia.pdf.) y contra el propio catálogo» (cfr. Antecedentes, apartado 1).

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La doctrina de la Sentencia núm. 6/2015 confiesa expresamente la tesis de su clonación miniaturizada de la Sentencia núm. 211/2014, afirmando que «para resolver este conflicto, bastará con una remisión o una breve referencia a la fundamentación recogida en la STC 211/2014» (cfr. Fundamentos jurídicos, apartado 2, párrafo segundo). En este sentido, la mitad de dicha brevísima y casi desganada fundamentación jurídica se destina a contradecir la argumentación esgrimida por la Abogacía del Estado. Y ello, en los siguientes términos literales: 1) «Así, en la STC 211/2014, de 18 de diciembre, hemos rechazado que la creación de un catálogo de productos farmacéuticos priorizado pueda incardinarse en el título competencial relativo a la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE)» [cfr. Fundamentos jurídicos, apartado 2, letra a), párrafo primero]; 2) «Asimismo hemos rechazado que pueda encuadrarse dentro del título relativo al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE)» (*ibidem*); y 3) «Igualmente hemos rechazado la posibilidad de encuadrar la creación de un catálogo de productos farmacéuticos priorizado en la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE» (*ibidem*).

La mitad restante de la fundamentación jurídica, con remisión siempre a la de la Sentencia núm. 211/2014, se destinaba a validar la argumentación jurídica esgrimida por el Letrado de la Xunta de Galicia. De un lado, afirmando que «de acuerdo con lo establecido en la STC 211/2014, el encuadramiento de la controversia en la materia sanidad determina que los actos autonómicos impugnados hayan de someterse al contraste con los artículos 85 y 88 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos, preceptos que, ya en nuestra resolución precedente, consideramos que se erigían en el parámetro de control» [cfr. Fundamentos jurídicos, apartado 2, letra b), párrafo segundo]. De otro lado, concluyendo que «por lo expuesto, no es posible apreciar en los actos autonómicos impugnados en el presente conflicto –el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia, hecho público por resolución de la Consejería de Sanidad, de 30 de diciembre de 2010, las actuaciones determinantes de la aprobación del mismo y el propio catálogo priorizado de productos farmacéuticos–, aprobados en desarrollo y aplicación de lo establecido en la Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica, ninguna extralimitación competencial, al resultar aplicable lo que determinamos en la STC 211/2014» (*ibidem*, párrafo séptimo).

En fin, la clonación miniaturizada y la desgana se proyectan incluso sobre el voto particular redactado por uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional. En él, afirma que «formulo el presente Voto particular por los mismos motivos que me llevaron a discrepar de la STC 211/2014». Y concluye, ahorrándonos tener que volver a leer las cinco páginas del *Boletín Oficial del Estado* en que en dicha Sentencia se explayaba, que «Puesto que la Sentencia ahora aprobada es aplicación de la doctrina de aquella, mi discrepancia se explica con la remisión al Voto particular entonces formulado, el cual, a fin de evitar repeticiones innecesarias, doy aquí por reproducido».

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

En mi opinión, tanto la parte dispositiva de la Sentencia núm. 211/2014 como la de su clon miniaturizado eran fallos desestimatorios previsibles y estaban incluso cantados, supuesto que los contendientes que se enfrentaban en ambos casos eran, en realidad, una Ley estatal básica de 2006 (esto es, la citada Ley 29/2006, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios), promulgada en plena época de «vacas gordas», y la Ley autonómica gallega 12/2010 (y su cortejo acompañante de actos aplicativos de recorte), sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica, promulgada ya en la etapa en que actualmente vivimos de «vacas flacas». El contexto de euforia económica, calificable de verdadera euforia histórica, en que se promulgó dicha Ley estatal de 2006 (supuestamente violada en Galicia, según la Abogacía del Estado) lo reflejaba a la perfección la larguísima exposición de motivos de la misma, trufada de optimismo por todas partes. Recuérdese – respecto de dicho optimismo patológico– que sólo un año después el Presidente del Gobierno español de entonces pronosticaba que España acabaría superando a Alemania a corto plazo, en renta *per capita* (según entrevista publicada por *El País* el 15 enero 2007, el Presidente del Gobierno respondía así al entrevistador: «**P.** ¿Vamos a superar a Alemania en renta *per capita*? **R.** Sí. Claro que sí. Sí. **P.** ¿En sólo dos o tres años? **R.** Sí, sí. De aquí al 2010 les podemos superar perfectamente. Igualar y superar ligeramente. Es que el crecimiento de España está en el 4%. Creando empleo. Es que, insisto, el 60% de los puestos de trabajo que se crean en

Europa se crean en España. Sólo con esa cifra uno, como presidente de Gobierno, se siente ya absolutamente reconfortado en el balance de su actuación. Cualquier país de nuestro entorno estaría deseando crecer al 4%. Ya no digo crear tres millones de empleos en una legislatura, y además tener un superávit que en este 2006 va a ser del 1,6%, unos 14.000 millones de euros...»; cfr. http://elpais.com/diario/2007/01/15/espana/1168815614_850215.html).

En cambio, la Ley autonómica gallega se limitaba a reflejar, en su muy breve exposición de motivos, la mutación radical de circunstancias económicas ocurrida en España a partir de la quiebra del banco especulativo norteamericano Lehman Brothers, en septiembre de 2008 (literalmente, «la Comunidad Autónoma de Galicia tiene la obligación de asegurar la sostenibilidad del sistema sanitario público, y para esto considera imprescindible e inaplazable la actuación sobre uno de los puntos más críticos que pueden estar amenazándolo en la actualidad: el incremento del gasto en la prestación farmacéutica»; «el catálogo asegura el mismo nivel de prestación farmacéutica que existe en cualquier punto del Sistema Nacional de Salud pero a un coste asumible, en orden a conseguir la viabilidad del sistema sanitario público de Galicia ahora y en el futuro»; «el gasto farmacéutico es uno de los principales componentes del gasto sanitario y uno de los que más comprometen la sostenibilidad futura de los sistemas sanitarios»; «además, los contextos económicos desfavorables hacen que aumente este nivel de compromiso»; «el sistema sanitario de Galicia no es ajeno a esta situación, por eso es necesario adoptar con urgencia medidas políticas con el objetivo último de racionalizar el gasto farmacéutico en la Comunidad Autónoma sin perjudicar la calidad de la prestación que reciben los ciudadanos»; etc.).

Creo incluso que los asuntos resueltos por las Sentencias núm. 211/2014 y 6/2015 quedaron vacíos de contenido muy poco después de formalizarse los mismos procesalmente, por causa de las sucesivas modificaciones padecidas por la Ley estatal básica de 2006, cuyo tenor pre-crisis defendía dando palos de ciego la Abogacía del Estado (modificaciones operadas por la Ley 14/2011, de 1 junio; por el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 agosto; por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 abril; por el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 noviembre; por la Ley 10/2013, de 24 julio; y por la Ley 36/2014, de 26 diciembre), viéndose obligada a reconocer la Sentencia núm. 211/2014 que «las reformas que han tenido lugar en los últimos años en materia de prescripción y dispensación de productos farmacéuticos han acercado el sistema estatal al sistema previsto en la Ley gallega impugnada» (cfr. Fundamento jurídico 6, párrafo noveno). Repárese, como consecuencia de estas enloquecidas e incesantes modificaciones, en que el tenor de los artículos 85 y 88 de la Ley estatal de 2006 –supuestamente cruciales– acabó convirtiéndose en algo totalmente irreconocible, si comparado con su tenor literal originario (por ejemplo, el artículo 85 allí donde decía que «Las Administraciones sanitarias fomentarán la prescripción de los medicamentos identificados por su principio activo en la receta médica», acabó afirmando que «La prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes, a la vez que se protege la *sostenibilidad del sistema*»). No extraña, por todo ello, que en este tema haya tenido que acabar habiendo un punto y final, que impuso el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, por virtud del cual se deroga «en particular, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, a excepción de sus disposiciones finales segunda, tercera y cuarta» (cfr. disposición derogatoria única).

CUESTIONES GENERALES SOBRE LA ACCIÓN PROTECTORA

1. Determinación de
la contingencia

Labo r u m

El «colapso plástico» del accidente de trabajo y los elementos «intrascendentes y carentes de valor» en la articulación del juicio de contradicción en el recurso de casación para la unificación de doctrina: notas a STS 6 de julio de 2015

The «plastic collapse» of the concept of occupational accidents in the doctrine of the High Court: with regard to the STS of the 6th of July 2015

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Resumen

El accidente de trabajo ha sufrido un proceso progresivo en la ampliación de sus límites en el uso por los Tribunales que ha llevado a su colapso plástico. La sentencia que es objeto de análisis permite una interpretación tan extensa que incluso las lesiones producidas durante el sueño del trabajador en un buque pueden ser consideradas accidente de trabajo. Se analizan al hilo de ello las técnicas utilizadas por el Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina para permitir el anterior resultado.

Abstract

The progressive abuse by the Courts on occupational accident's as a cause of the employee's injuries has led this concept to deform in a similar way as the "plastic collapse" on rigid materials. The Court's decision that will be analysed shows such a broad interpretation that even the injuries suffered by a worker while he is sleeping in a ship can be considered as an occupational accident. The aim of this paper is to study the technical arguments used with said purpose by the High Court when deciding on the further appeal for the doctrine unification on this case.

Palabras clave

accidente de trabajo, trabajo en el mar, lesiones producidas durante el sueño.

Keywords

occupational accident, work injury, work at sea, injuries suffered while sleeping.

"Ut tensio sic vis" ["Así sea la carga, así será la tensión"]

(Ley de Hooke)

1. LA TRADICIONAL TENDENCIA A LA "DILATACIÓN" DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y SU CAMINO HACIA EL "COLAPSO PLÁSTICO"

Hace años Carbonier hizo famoso en su *Derecho flexible* una idea clara: el Derecho no es un trozo de mármol. Es, ante todo, algo flexible como ha de serlo siempre el intento, constante y cotidiano, de alcanzar la justicia adecuada en cada momento¹. Como nos explica

¹ J. CARBONIER, *Derecho flexible*, Madrid, Tecnos, 1974, *passim*.

la ingeniería, constituye una regla básica de cualquier estructura –y el Derecho (así como las instituciones que lo integran) no deja de ser una particular forma de estructura social–, que, una vez construida y cargada, se “deforme poco”, posea una cierta flexibilidad y, sobre todo, que las fuerzas que actúan sobre ella no la lleven a su ruptura. Por ello en el mundo de las estructuras los conceptos elementales son los de tensión, deformación y rotura o “colapso plástico”².

Redactando este comentario leo en las páginas del diario “El País” del 9 de abril de 2016, la siguiente noticia: “Un vigilante de seguridad mata a otro y se suicida en un atunero. Los guardias de seguridad se enzarzaron en una discusión en un barco español mientras faenaba frente a las Islas Seychelles”. La respuesta que viene a mi mente es inmediata: ambos son accidentes de trabajo. Este automatismo en mi modo de razonar obedece, como seguidamente trataré de demostrar, a la existencia de una larga serie de pronunciamientos que, desde distintas perspectivas, han ido extendiendo el concepto de accidente de trabajo hasta alcanzar supuestos que, a priori, difícilmente responden al concepto intuitivo que podemos tener de tal. El resultado, creo, es una deformación de tal magnitud que difícilmente resulta reconocible en la actualidad el contenido y función de esta institución jurídica.

Desde sus orígenes el accidente de trabajo ha soportado elementos tensionales propios de cualquier institución jurídica (primer nivel estructural). El proceso de objetivación del accidente en forma de riesgo encierra la desvinculación de las condiciones de trabajo de la siniestralidad, circunstancia que dará lugar a lo que se ha calificado como “desbordamiento de la doctrina del riesgo”³ y que tendrá como efecto la transformación de la categoría del accidente de trabajo, proyectándolo como algo que sucede dentro y más allá del puesto de trabajo. Tal desbordamiento, que interviene extendiendo el ámbito de responsabilidad empresarial, contribuye a reforzar la objetivación de la siniestralidad en el riesgo. Ejemplo de esta idea es la consideración como accidente de trabajo de los producidos *in itinere*. La tutela de los mismos supone una sobreprotección del trabajador y un incremento del nivel de responsabilidad empresarial, pero tiene el efecto de desactivar la conexión entre siniestralidad y condiciones de trabajo, acentuando la objetivación del riesgo.

Con carácter general, según dice el art. 157.3 LGSS, “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”. La doctrina jurisprudencial ha interpretado extensivamente la presunción, dando cierta elasticidad al hecho de base pero exigiendo que se cumplan las dos exigencias de situación del acaecimiento: el tiempo y el lugar del trabajo. Y ello porque, a falta de una de ellas, no debe jugar la presunción, aunque, desde luego, puede acreditarse por la parte interesada la relación de causalidad⁴.

² La terminología empleada en este apartado sobre la resistencia de los materiales se extrae de C. NAVARRO UGENA, *Las estructuras: sus enseñanzas vitales*, Lección de Inauguración de Curso en la Universidad Carlos III de Madrid, 204/2015. El Profesor Navarro es Catedrático de Mecánica de Medios Continuos y Teoría de Estructuras.

³ M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, IEP, 1974, 5ª ed., p. 78, donde señala que “en cuanto fundante de la responsabilidad patronal por accidente de trabajo, la doctrina del riesgo tiende a ser desbordada en cuanto se imputen al empresario siniestros no derivados del funcionamiento de su empresa”.

⁴ Ampliamente, J. SANCHEZ PEREZ, *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Murcia, Laborum, 2013.

La interpretación del *lugar de trabajo* se ha flexibilizado por la jurisprudencia. De este modo, lugar de trabajo se considera, en primer lugar, el lugar donde se realizan efectivamente las tareas, lo que, como es lógico, abarca también al “lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual” propio del trabajo en misión o del realizado por la propia naturaleza itinerante de la actividad, como la del transporte, la del visitador médico, o la de reparación de averías de coches en carretera. Pero también se consideran como lugar de trabajo otros lugares en los que el trabajador se encuentra por estar al servicio de la empresa en un sentido más amplio. Así, se considera lugar de trabajo el “de celebración de actos o reuniones a los que se asiste por encargo o encomienda de la empresa” o en representación de la misma. La presunción sólo puede ser desvirtuada “cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean y el siniestro”. La presunción se proyecta con mayor fuerza en aquellas actividades que se prestan en lugares aislados con permanencia obligada del trabajador en el centro de trabajo, como ocurre en las actividades marítimo-pesqueras.

Del mismo modo, la presunción se proyecta también a aquellos casos en los que el hecho inicial desencadenante, o primeros síntomas, acontecen en tiempo y lugar de trabajo aunque sus consecuencias lesivas más graves se manifiesten posteriormente y fuera del lugar de trabajo, aplicándose la presunción a aquellos casos en los que el trabajador se siente mal o indispuesto en el trabajo y se dirige a su domicilio o al hospital, donde se manifiestan las consecuencias lesivas más graves o mortales de la enfermedad, siempre que haya quedado acreditado que la aparición de los síntomas ocurrió durante la jornada laboral. Ello cuando se trate de patologías o dolencias que tienen un comienzo, un desarrollo y un desenlace, y en las que con frecuencia resulta extraordinariamente difícil identificar el momento exacto en que se entiende producido el infarto o la angina de pecho, máxime cuando pueden haberse presentado anteriormente, incluso durante días, síntomas inespecíficos (ansiedad, palpitaciones, sudoración, dolores musculares, etc) que no se atribuyeron al infarto; la concreta circunstancia en que estos síntomas se dieron puede resultar trascendental a los efectos de la prueba de la relación de causalidad con el trabajo, porque si tal momento se sitúa en el tiempo y lugar del trabajo (o, en su caso, “en misión”), favorece al trabajador la presunción contenida en el art. 157.3 LGSS; mientras que si se sitúa en otro tiempo o lugar, es el trabajador quien tendría que demostrar la relación de causalidad del trabajo con la lesión, conforme a la regla general de carga de la prueba que establece el art. 217.2 LEC.

Las anteriores circunstancias han venido tensionando el nivel estructural del accidente de trabajo. Y la categoría del accidente ha comenzado a soportar niveles de carga excesivos, en definitiva, a deformarse (segundo nivel estructural). Como doctrinalmente se ha señalado, la calificación de las más diversas situaciones como accidentes de trabajo han llevado a una notable “dilatación”⁵ o “desbordamiento”⁶, de la concepción del accidente de trabajo. Ciertamente la ampliación desmesurada ha llevado consigo un concepto de “accidente

⁵ Como señalábamos en J.R. MERCADER UGUINA, M. NOGUEIRA GUASTAVINO, Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia”, en B. Gonzalo González y M. Nogueira Guastavino (Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, UNED/Fraternidad, 2000, p. 295 a 322.

⁶ A. DESDENTADO, M. NOGUEIRA, Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000). Revisión crítica y propuesta de reforma, RMTI, 2000, nº 24, p. 48-57.

laboral que no tiene conexión ninguna con la esfera de riesgo empresarial ni con la responsabilidad del empresario. Hay también un accidente de trabajo sin empresario: los accidentes de trabajo de los autónomos..., y nuestra capacidad de invención llega hasta crear el accidente de trabajo sin trabajador, como el caso del accidente de trabajo en la emigración y en las mesas electorales⁷⁷. Ejemplo de esta línea de tendencia es el asunto resuelto por la STS 20 de febrero de 2006 (R° 4145/2004), el tristemente célebre caso del asesino de la baraja. La sentencia entiende que la actuación de un tercero, incluso con culpabilidad civil o criminal concurrente, no debe impedir la declaración de accidente de trabajo. Como puede verse, se trata de una respuesta judicial en la que, de nuevo, se opta por la elasticidad del concepto tradicional de accidente de trabajo y, más concretamente, de su relación de causalidad (incorporando tanto la relación de causalidad inmediata –“con ocasión”– como mediata –“por consecuencia”–) con el meritorio objetivo de dotar de la máxima protección a los ciudadanos. La equiparación del “riesgo del ciudadano” con el “riesgo profesional” es evidente en el caso de los trabajadores por cuenta ajena.

Pero cuando las “cargas” siguen creciendo, los elementos de la estructura no son capaces de resistir más y, entonces, “plastifican” deformándose ya, prácticamente sin necesidad de aumento de carga llegándose a la situación denominada de “colapso plástico”. Cuando las estructuras y los colectivos humanos se ven demasiado cargados o fatigados, o cuando sus condiciones cambian soportando tensiones desmedidas, se “agrietan” y finalmente se rompen. La estructura colapsa cuando lo hace alguno de sus elementos y cuando los mismos son esenciales a su propia composición el resultado es irreversible.

2. EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA “SINGULARIDAD DEL TRABAJO EN EL MAR”

La jurisprudencia de la Sala de lo Social ha analizado desde antiguo, como la propia sentencia reconoce, la singular problemática de que el accidente que pueda sufrir un trabajador acontezca en un barco aun cuando el trabajador no se encuentre prestando servicios, ya que tal ubicación como centro de trabajo y, al mismo tiempo, como domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque debe incidir en la calificación de accidente de trabajo, dada, además, la “singularidad del trabajo en el mar” y el hecho de que si bien la “jornada efectiva de trabajo” está limitada no obstante el “tiempo de trabajo” no tiene tal limitación al existir la posibilidad de que en cualquier momento haya de ser prestada la efectiva actividad laboral.

El primer pronunciamiento habido en esta materia, si atendemos a la más cualificada doctrina que ha estudiado este particular sector de actividad⁸, fue la STS de 3 de febrero de 1959 (RJ 228). En el caso, un trabajador del mar al regresar a bordo después de haber estado de asueto, bajó a su camarote para volver a subir a cubierta para tomar bicarbonato, siendo encontrado muerto por la dotación del buque al día siguiente. El Tribunal Supremo concluyó que, “siendo mariner del barco, estando de arribada y cayendo al mar por la borda y muriendo ahogado, es riesgo que por aquella circunstancia, lugar y forma en que se desarrolló, debe estimarse accidente de trabajo”. Años después, la STS 28 de febrero de 1996

⁷ A. DESDENTADO, *Los crímenes de la baraja y el concepto de accidente de trabajo*, La Ley, 2006, II, pp. 1439-1440.

⁸ X. CARRIL VAZQUEZ, *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Madrid, Civitas, 1999, p. 358.

(RJ 1354), relativa a un caso de muerte repentina de un marinero a bordo de un buque, fue también calificado de accidente de trabajo.

Posteriormente, la STS de 12 de febrero de 1981, abordó el fallecimiento de un marinero y su calificación de accidente de trabajo, sentencia ésta en la que ya se destacaba “la singularidad del trabajo en el mar”. Igualmente, la STS 6 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5053) consideró como accidente de trabajo el fallecimiento de un marinero mientras dormía en su camarote.

La STS 22 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 5025) calificó, también, como accidente de trabajo el fallecimiento del trabajador en el barco donde prestaba sus servicios como consecuencia de un proceso febril de varios días de evolución aplicando la presunción de laboralidad no desvirtuada en el caso concreto. Argumentándose, en esencia, que el art. 84.3 LGSS, que establece la presunción, salvo prueba en contrario, de que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, ... ha sido interpretado por esta Sala a través de uniforme y reiterada doctrina con criterio amplio y flexible, no restrictivo, en función de los principios que presiden este sector del ordenamiento jurídico (...), resumiendo que la *“doctrina la expuesta que puede sintetizarse en la apodíctica conclusión de que ha de calificarse como accidente laboral aquel en el que de alguna manera concorra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y fallecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación (STS 25 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1514])”*, por lo que *“la aplicación de la doctrina precedentemente expuesta al supuesto concreto enjuiciado ..., en las que únicamente se acredita como hecho probado, en relación con la muerte a bordo de su barco del fallecido marinero ..., que permaneció varios días en cama con elevada temperatura y que posteriormente se le encontró muerto en el pasillo junto a su lecho con un poco de sangre en la ceja izquierda, certificándose su fallecimiento como causado por síndrome febril, determina la estimación del recurso por aplicación de la presunción contenida en el precitado art. 84.3 LSS, presunción que en ningún momento ha sido desvirtuada por prueba convincente en contrario, ya que no puede reputarse eficaz a tales efectos el certificado médico que atribuye la causa de la muerte a síndrome febril, término que no responde al diagnóstico de una determinada enfermedad –la que ni se acreditó debidamente, ni siquiera ningún tipo de antecedentes de su padecimiento–, sino únicamente a unos síntomas característicos de muchas de ellas”*.

En la STS 24 de febrero de 2014 (R° 145/2013), se analiza, de nuevo, el caso de un fallecimiento en el trabajo en el mar. En la sentencia se razona, en esencia, que “el accidente se produce en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo. En efecto, no podemos olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no sólo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aun cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco. El día del accidente el barco se encontraba atracado en Dingle (Irlanda) por las malas condiciones de la mar, esperando a que amainase el temporal para continuar su ruta. Durante el tiempo de

espera a una mejoría de las condiciones climáticas la tripulación libre de guardia puede salir del barco, como así hizo el trabajador accidentado. Al regresar, al saltar a su barco, desde otro barco que se encontraba abarloado, cayó al mar y falleció, no pudiendo reanimarle los servicios de salvamento. El accidente se produjo con ocasión del trabajo ya que es evidente que si el trabajador no hubiera tenido que regresar al barco, no hubiera tenido que exponerse a los agentes lesivos determinantes de la ocasionalidad «relevante» que causó el accidente, en otras palabras el accidente no se hubiera producido. No cabe duda que la mar, elemento en el que se encuentra el buque –centro de trabajo y domicilio ocasional del trabajador– es un lugar potencialmente peligroso, peligro seriamente agravado en circunstancias como las concurrentes en el asunto examinado, en el que hay tan malas condiciones climatológicas que obligan al barco a resguardarse en el puerto hasta que mejoren, sin poder realizar su actividad laboral. Es más que probable que fueran precisamente estas malas condiciones, unidas a la arriesgada forma de acceso al barco, por otra parte forma habitual de acceso –saltando desde otro barco que se encontraba abarloado– las que provocaron el que el trabajador cayera al mar y falleciera. El trabajador había asumido un riesgo con ocasión de su trabajo, al intentar acceder al barco estando la mar en malas condiciones, y el riesgo se transforma en siniestro, produciéndose la caída al mar y el fatal desenlace”.

Más singularidades posee la muy trascendente STS 16 de julio de 2014 (R° 2352/2013), que aplicó la presunción de accidente de trabajo en un caso en el que un trabajador se encontraba prestando servicios por cuenta de una armadora cuando resbaló y cayó mientras veía una película en su tiempo de descanso sufriendo una traumatismo con impacto directo sobre húmero. La Sala de suplicación revoca la sentencia de instancia para declarar que la contingencia no deriva de accidente de trabajo, al estimar que si bien tradicionalmente había mantenido que la permanente disponibilidad que conlleva el trabajo a bordo de un buque deriva en que los accidentes ocurridos a bordo del mismo sean accidentes de trabajo, la Sala IV, en SSTS 6 de marzo de 2007 (R° 3415/2005), y 8 de octubre de 2009 (R° 1871/2008), matizaron que cuando el accidente se produce en tiempo de descanso que por exigencias del trabajo ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, no puede entenderse que el mismo ocurra en tiempo de trabajo, por lo que no se está en presencia de un accidente en misión, puesto que no se produce en tiempo de trabajo cuando ocurrió en el comedor en tiempo de descanso y viendo una película.

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el Instituto Social de la Marina, por entender que debe considerarse la contingencia como accidente de trabajo al ocurrir a bordo de un buque en tiempo de descanso, para lo que invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 29 de marzo de 2004 (R° 4829/2001). En la misma consta que el actor, de profesión marinerero, estuvo trabajando en labores de pesca desde las 15:00 horas hasta las 18:00 horas del día 21-02-2000, tomando la cena sobre las 19:00 horas, y yendo a su camarote para descansar al tener que volver a su faenas habituales a las 23:00 horas, momento en que compañeros de trabajo se dirigieron a su camarote para llamarle a los efectos de incorporarse a la tarea de pesca, llamando al patrón al no responder a la llamada, encontrándose a éste en estado inconsciente, respirando con mucha dificultad y con el pulso muy débil, por lo que intentaron reanimarlo lo que no fue posible a pesar de las indicaciones médicas que recibió la tripulación vía radio-costera, falleciendo de “fallo cardíaco. Insuficiencia cardíaca”. La sentencia afirma que “el accidente se produce en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo”, en el supuesto de una lesión sufrida por el trabajador embarcado en buque, durante un período de

descanso, concluyendo que resulta conviene igualmente señalar, que las especiales condiciones en que se realiza la actividad laboral en el mar, a los efectos de calificación jurídica de un evento dañoso sufrido por un trabajador en dicha actividad, como accidente de trabajo y la presunción legal de su existencia. Concluye la Sala señalando que “no podemos olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no sólo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aun cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco”.

La aceptación en este caso de la existencia de contradicción no deja de ser un acto de equilibrio jurídico en que se considera existente un adecuado término de comparación dos situaciones de hecho que no guardan la mínima similitud. Con todo, se sienta un útil precedente pro futuro que servirá, como tendremos oportunidad de analizar seguidamente, para fundamentar la decisión que es objeto del presente comentario. Esta línea divergente en relación con la doctrina anteriormente sentada permite calificar como accidente de trabajo cualquier suceso, sea cual sea su causa y sea cual sea su resultado, que se produzca en un buque. Es omnicomprensividad de la definición de la esfera de riesgo convierte, como decimos, en realidades que se confunden, tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, cuando el trabajo se lleva a cabo en el mar.

Posteriormente, la STS 4 de febrero de 2015 (R° 197/2014), continuará la línea marcada por la STS 24 de febrero de 2014, como la misma sentencia reconoce, concluyendo que el fallecimiento de un trabajador (patrón de pesca) en el buque, en el que trabajaba y vivía desde hacía un año (al encontrarse embargado y sin navegar) y que fallece, estando sobrio, por causa directa de edema agudo de pulmón provocado por una cirrosis hepática, constituye, también, accidente de trabajo. Concluye que “a tenor de todas las consideraciones y doctrina jurisprudencial expuesta, cabe entender que el accidente se produjo no solo en el lugar de trabajo, sino también en tiempo de trabajo, y que no se ha desvirtuado la presunción de laboralidad ex art. 115.3 LGSS, derivada de la prestación de servicios del causante en el buque donde se encontraba el trabajador cuando acaeció su fallecimiento, a causa de un edema agudo de pulmón de fatales consecuencias; lo que, como refiere la sentencia recurrida, constituyó una crisis desencadenada, «en tiempo y lugar de trabajo», por la cirrosis hepática que venía sufriendo, por lo que el accidente ha sido correctamente calificado como accidente de trabajo por la sentencia recurrida, sin que a ello obste el hecho de que el trabajador fallecido viviera en el buque”.

3. EL “COLAPSO PLÁSTICO” DEL ACCIDENTE DE TRABAJO: LA STS DE 6 DE JULIO DE 2015 (R° 2990/2013) Y EL NECESARIO ANTECEDENTE DE LA STS 16 DE JULIO DE 2014 (R° 2352/2013).

3.1. Los hechos del caso

Los hechos que sirven de base al caso son los siguientes. Don Raúl venía prestando servicios para la empresa “Álvarez e Hijos S.A.” cuando causó baja laboral por incapacidad temporal por contingencia común, con diagnóstico de afectación de nervio tibial anterior/peroneal en pierna derecha. El trabajador desarrollaba su actividad como patrón de pesca y se encontraba embarcado en el buque Galaxia dos, propiedad de la empresa demandada, cuando al levantarse de la cama notó dolor y dificultad para mover el pie

derecho, y una vez desembarcado fue trasladado al Servicio de Urgencias del Hospital Juan Canalejo de la Coruña y posteriormente al Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Pontevedra en donde le prescribieron el tratamiento correspondiente.

El camarote en el que dormía el demandante tenía una cama dotada de una baranda de protección de madera dura, exenta de aristas y completamente lisa que proporciona sujeción y seguridad al ocupante de la cama, asimismo estaba equipada con un colchón elástico limpio y confeccionado en fibras sintéticas. Las dimensiones del catre son de 1,93 por 0,70 metros, y tanto este como el camarote en su totalidad cumplían la normativa vigente sobre prevención de Riesgos Laborales. La empresa Álvarez e Hijos S.A. tenía asegurada la contingencia de accidentes de trabajo en la Mutua Fremap. Iniciado expediente de incapacidad, el INSS dictó resolución en fecha 17 de Octubre de 2008 declarando al actor afecto de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común al padecer mononeuropatía del nervio peroneal derecho, muy probable relación con hepatitis B y compresión.

El trabajador inició expediente de determinación de contingencia de la incapacidad temporal causada en los hechos antes relatados, y el ISM declaró el carácter común de la contingencia de la IT padecida por D. Raúl. Frente a la anterior resolución interpuso el actor reclamación previa. De la subsiguiente impugnación judicial conoció en instancia el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra de fecha 7 de febrero de 2011 (Autos 607/2009), que en relación con los citados hechos falló desestimando la demanda interpuesta por Don Raúl contra Álvarez e Hijos S.A., Mutua Fremap, Instituto Social de la Marina e Instituto Nacional de la Seguridad Social. El citado pronunciamiento afirmaba que “en el caso examinado la lesión se ha producido durante el tiempo de descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del art. 115.3 LGSS”, que “tampoco cabe encuadrar el supuesto en el accidente in itinere en el sentido de que la lesión se produce cuando el trabajador estaba regresando a su domicilio una vez realizado el transporte” y, finalmente, que “no estamos ante un accidente en misión, puesto no se produce en tiempo de trabajo y lugar de trabajo ya que estaba ... durmiendo en el camarote, por lo que no concurren simultáneamente los dos requisitos exigidos por el art. 115.3 LGSS (tiempo y lugar de trabajo), a lo que ha de añadirse que tampoco podemos afirmar que el hecho de apoyar la pierna en la cama del camarote haya sido la causa exclusiva o determinante de las lesiones del actor”.

Recurrida en suplicación, la sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 317597), desestimó, igualmente, el recurso planteado. Entiende que no concurren los presupuestos para calificar la situación de IT como derivada de accidente de trabajo, lo que efectúa tras analizar la jurisprudencia social sobre el accidente en misión.

3.2. El recurso de casación para la unificación de doctrina y la construcción del juicio de contradicción

Formulado recurso de casación para la unificación de doctrina, se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Galicia, de fecha 29 de marzo de 2004 (JUR 2004, 154927), al amparo del art. 223 LJS por infracción de los dispuesto en los arts. 115 LGSS y 1.5 ET.

En el caso resuelto por la STS de 6 de julio de 2015 (R° 2990/2013), la sentencia invocada como de contraste por el trabajador ahora recurrente es la STSJ Galicia 29 de marzo de 2004 (JUR 2004, 154927), en la que se confirmaba la sentencia estimatoria de instancia, impugnada por la Mutua de accidentes de trabajo, se analizaba el supuesto que resumíamos en páginas anteriores. Afirma la Sala de duplicación que el fallecimiento del marinero fue debido a accidente de trabajo, no pudiendo prosperar el recurso interpuesto por la Mutua alegando infracción del “art. 115 LGSS ..., pues el fallecimiento del causante no se produjo dentro de la jornada laboral, ya que estaba descansando, ni en el lugar de trabajo, ya que el camarote del buque donde prestaba servicios no puede considerarse como tal, sin que resulte aplicable la presunción iuris tantum que permitiría calificar el suceso como accidente laboral”, concluyendo, tras analizar la jurisprudencia social sobre el nexo causal trabajo-lesión y a su declaración de existencia en atención a las circunstancias concretas, que “esta doctrina es aplicable al actual supuesto, porque sus peculiaridades ... revelan que la insuficiencia cardíaca, causa del fallecimiento del trabajador, *aconteció entre dos tiempos de trabajo, es decir, cuando tras cenar se hallaba descansando en el buque-centro laboral (art. 1.5 ET), pues el camarote que tenía asignado forma parte inescindible de aquél, tras finalizar la jornada vespertina de trabajo de indudable exigencia física y antes de la reanudación nocturna de sus servicios*” y que “la circunstancialidad expuesta impide aplicar la jurisprudencia, invocada por la recurrente, que niega el concepto de accidente laboral en los supuestos de ubicación distinta y distante del centro de trabajo y del domicilio del trabajador, cuando el evento dañoso acontece tras finalizar la jornada y del traslado a su residencia”.

Entiende la STS de 6 de julio de 2015 (R° 2990/2013) que concurre el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 219.1 LJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues, al igual que se declaró en la anterior STS 16 de julio de 2014 (R° 2352/2013) –en la que se invocaba la misma sentencia de contraste–, por cuanto en ambas sentencias se trata de trabajadores que prestaban servicios a bordo de un buque, lo que les obliga a que el descanso y pernoctación se realice a bordo del mismo, y que sufren un accidente precisamente en dicho tiempo de descanso, fallándose en el supuesto de la sentencia recurrida, en el sentido de que la contingencia de dicho accidente es común en aplicación de la jurisprudencia que cita, y en la sentencia de contraste en el sentido de que la contingencia es accidente de trabajo por entender que no es de aplicación la jurisprudencia que niega el concepto de accidente laboral en supuestos de ubicación distinta y distante del centro de trabajo y del domicilio del trabajador cuando el evento dañoso acontece tras finalizar la jornada, siendo indiferente que en el supuesto de la sentencia recurrida el accidente se produjera en el camarote en tiempo de descanso nocturno, y en el supuesto de la sentencia de contraste en el camarote en el descanso entre la jornada de tarde y la de noche, tras realizar en ambos casos las labores de esfuerzo que comporta el trabajo en la mar. Prescindiendo, por tanto, de circunstancias irrelevantes y carentes de valor para apreciar la contradicción, –pues aunque en un supuesto se trate de un infarto, y en el otro se trata de un daño al nervio peroneo que lleva a la pérdida de movimiento o sensibilidad en el pie y la pierna producido, entre otras causas, por presión en la rodilla por posiciones inadecuadas durante el sueño profundo–, es evidente que entre las situaciones comparadas concurre una sustancial identidad en hechos, sujetos, fundamentos y pretensiones, y como en uno y otro supuesto se han dado respuestas judiciales de signo contrario, se ha quebrantado la unidad de

la doctrina, anomalía que está llamado a subsanar el recurso extraordinario, a cuyo análisis y decisión debe atender la Sala.

3.3. El fondo del asunto

La STS de 6 de julio de 2015 entra a conocer del fondo del asunto, alegando el trabajador recurrente que por la sentencia recurrida se han infringido los arts. 115.1 y 3 LGSS y 1.5 ET, así como la jurisprudencia que invoca.

3.3.1. La omnicomprendividad de la esfera de riesgo: El barco como centro de trabajo y domicilio del trabajador

La sentencia de suplicación, para negar la calificación de accidente de trabajo, lo fundamenta en la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre los denominados “accidentes en misión”. La Sentencia del Tribunal Supremo considera que la actividad realizada por un trabajador en el mar, no se trata de una “misión” en el sentido de encargar a un trabajador que se desplace temporalmente a un lugar distinto de su centro de trabajo habitual para realizar una prestación de servicios, sino que el trabajador en el momento de sufrir el evento lesivo se encuentra en el buque, y todas dependencias de éste constituyen su centro de trabajo y al propio tiempo su domicilio, y cuyos trabajadores –todos ellos– aun cuando lógica y legalmente disfruten de períodos de descanso, están no obstante sujetos a una permanente disponibilidad, dependiendo de las contingencias –a veces imprevisibles– que pueden surgir en un buque, según se infiere, además, del contenido de los arts. 15 y siguientes del RD. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y en concreto, del trabajo en el mar, todo lo que nos lleva a considerar, que la doctrina de la Sala, en la que se fundamenta la sentencia recurrida, no es desde luego aplicable al trabajo en el mar, y en concreto, al presente caso. Por el contrario, a tenor de lo anteriormente razonado, sí guardaría mayor semejanza el supuesto aquí enjuiciado con la doctrina de esta Sala contenida en las SSTS 19 de julio de 2010 (R° 2698/2009) y 22 de julio de 2010 (R° 4040/2009), que consideraron accidente de trabajo el evento lesivo sufrido por trabajadores (conductores, que prestaban servicios en la actividad de transporte por carretera), durante períodos de descanso, considerados como “horas de presencia”, en aplicación de la presunción del art. 115.3 LGSS, y en virtud de la “disponibilidad” a la que hemos hecho referencia.

3.3.2. El juicio de “ocasionalidad relevante” o la convicción de que el hecho lesivo no habría llegado a producirse si la crisis hubiera acaecido en lugar y tiempo diverso al trabajo

En segundo lugar, la sentencia procede a valorar la ocasionalidad expresada en el concepto de accidente de trabajo ex art. 115.1 LGSS y la exigencia de una “ocasionalidad relevante” en los términos construidos por la propia doctrina de la Sala tomando como punto de referencia la doctrina contenida en la STS 27 de febrero de 2008 (R° 2716/2006, Pleno), que ha seguido, entre otras, la STS 23 de junio de 2015 (R° 944/2012).

En el primero de los pronunciamientos se afirma que la presunción de laboralidad alcanza a un traumatismo craneo-encefálico producido por crisis comicial acaecida en tiempo y lugar de trabajo, y sufrida por jardinero ya diagnosticado de epilepsia, aún sin acreditarse factor laboral alguno que pudiera desencadenar el proceso o acelerar su producción. La

sentencia señala que: “respecto de la definición del accidente laboral, la doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión que impone la definición contenida en el número primero; bien de manera estricta [«por consecuencia»] o bien en forma más amplia o relajada [«con ocasión»], de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral –tan sólo– la ocasionalidad pura”. A lo que entendemos, la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto [«por consecuencia»] estamos en presencia de una verdadera «causa» [aquello por lo que –propter quod– se produce el accidente], mientras que en el segundo caso [«con ocasión»], propiamente se describe una condición [aquello sin lo que –sine qua non– se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto y que “Al decir de autorizada doctrina, esta ocasionalidad «relevante» se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla”.

Concluyendo que “si ya normalmente subyace en las presunciones una máxima de experiencia, que el legislador acoge para dotar de seguridad jurídica a determinadas situaciones de difícil prueba, en el caso que debatimos esas reglas de experiencia nos llevan precisamente a apreciar el acierto de la presunción legal respecto de que el resultado [fallecimiento] se ha producido «con ocasión del trabajo» [ocasionalidad «relevante», que no «pura»], por cuanto que tal cualidad requiere ... la convicción de que el citado hecho no habría llegado a producirse si la crisis hubiera acaecido en lugar y tiempo diverso al trabajo [conditio sine qua non], y la experiencia nos enseña –efectivamente– que ni el grave TCE ni mucho menos la muerte son la consecuencia habitual [en un orden de razonables posibilidades] de las crisis comiciales que se producen en lugares ajenos al trabajo y dotados de la más variada superficie”.

3.4. La conclusión: Las lesiones producidas durante el sueño también son accidentes de trabajo

La Sala considera que conforme con su jurisprudencia y dado que la lesión del trabajador tuvo lugar durante el período temporal en que se encontraba embarcado, constituyendo el barco el centro de trabajo y el domicilio del trabajador, y resultando que aunque, «como informan los diccionarios médicos, lesión al nervio peroneo común es más frecuente en personas muy delgadas o con afecciones como la neuropatía diabética o la poliarteritis nudosa o expuestas a ciertas toxinas que pueden dañar dicho nervio, el trabajador sufrió un daño al nervio peroneo que lleva a la pérdida de movimiento o sensibilidad en el pie y la pierna producido, entre otras causas, por presión en la rodilla por posiciones inadecuadas durante el sueño profundo; todo ello obliga a calificar como derivada de accidente de trabajo la lesión afectante al trabajador por haberla sufrido “por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena” y con ocasionalidad relevante por haberse producido el accidente “en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo” (art. 115.1 LGSS y jurisprudencia citada)».

4. LA TRASCENDENCIA DE LOS ELEMENTOS “INTRASCENDENTES Y CARENTES DE VALOR” EN LA ARTICULACIÓN DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sentencia que venimos comentando pone sobre la mesa dos incertidumbres. Una, la más evidente, la severa distorsión que introduce en la delimitación de accidente de trabajo. Otra, no menor, en los efectos que sobre la construcción del recurso para la casación de doctrina tiene.

Por lo que hace al primero de los niveles, la misma produce un verdadero colapso estructural en la delimitación conceptual del accidente de trabajo al contribuir a una extensión desmesurada de su alcance y por contribuir a convertir la presunción del art. 156.3 LGSS en una verdadera *presunción iuris et de iure* que no admite prueba en contrario de clase alguna. Ante esta situación, las instituciones de la Seguridad Social y las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social tienen poco que hacer. No es que exista presunción o inversión de la carga de la prueba, es que existe imposibilidad material de prueba en contrario.

Por bienintencionado que sea el Tribunal Supremo al elaborar esta doctrina, afirmar que cualquier suceso, del tipo que sea, obedezca o no a razones laborales, que se produce en un buque constituye un accidente de trabajo, no deja de desvirtuar el sentido propio de la regla del art. 157.3 LGSS, pues resultará que, probadas las lesiones acaecidas “*durante el tiempo y en el lugar del trabajo*”, queda probado, *iuris tantum*, que éstas son constitutivas de accidente de trabajo. El efecto es evidente pues aunque se repite que la tarea jurisdiccional consiste en aplicar el Derecho en el caso concreto y que el Juez no tiene poder de decisión propio sobre la determinación de la regla con la que se decide el litigio, queda cuestionada por el “germen de generalidad”⁹ que posee toda sentencia. El riesgo de la materialización de la idea de la sentencia como norma¹⁰ constituye una distorsión en la clásica distribución de poderes estatales.

Pero no menos importante es el juego en estos casos del recurso de casación para la unificación de doctrina. La valoración de si se producen las identidades que requiere el art. 219 LJS (“hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”) ha constituido una cuestión que ha exigido de la mayor delicadeza y en la que el Tribunal Supremo también ha introducido criterios severos de corrección doctrinal. Su cuerpo de doctrina ha pasado de la “identidad integral” (comparación entre las tesis abstractas empleadas por las sentencias de contraste dejando de lado los elementos fácticos, incluso las peticiones ejercitadas por las partes) a una “homogeneidad integral”, como la califica Sempere¹¹, en el que la oposición o contraste no surge de la comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las

⁹ En la expresión de F. CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, p. 67.

¹⁰ F. P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

¹¹ A. SEMPERE NAVARRO, *El recurso de casación para la unificación de doctrina*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 51. Véanse en este punto las interesantes reflexiones de M. FERNANDEZ LOPEZ, *El recurso de casación para la unificación de doctrina: puntos críticos*, en AA.VV., *Unificación de doctrina*, Madrid, Francis Lefebvre, 1999, pp. 21-27.

controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos cuya igualdad sustancial debe construirse sobre las identidades que relaciona el precepto citado¹².

La exigencia de identidad en los hechos constituye un requisito o presupuesto necesario del juicio de contradicción. Ha sido, precisamente, el elevado nivel de exigencia en la identidad fáctica el que explica que determinadas materias no hayan sido accesibles a la unificación: señaladamente, los despidos disciplinarios y la revisión del grado de invalidez. No obstante, lo cierto es que se ha venido produciendo un progresivo proceso de flexibilización de la referida exigencia. A tal fin debe recordarse que, tratándose de accidentes y de su calificación como derivados o no de trabajo, el Tribunal Supremo estableció en Sala General, en la STS 27 de febrero de 2008 (R° 2716/2006), que si bien “ciertamente que existen diferencias en las circunstancias laborales de los trabajadores afectados ... y en las consecuencias del suceso ..., pero las mismas son intrascendentes en cuanto a la cuestión que el debate plantea ...; y no hay que olvidar que el citado art. 217 LPL no requiere una identidad absoluta, sino tan sólo que se haya llegado a la diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales»”.

En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo consideró que se cumplía adecuadamente con la contradicción exigida legalmente por cuanto que en ambas resoluciones se trataba de trabajadores que sufren una crisis epiléptica durante el tiempo y lugar de trabajo, determinante de caída y traumatismo craneoencefálico; y en tanto la decisión recurrida excluye se trate de accidente de trabajo, la sentencia de contraste llega a la diversa conclusión de que el evento se halla amparado por la presunción de laboralidad que establece el art. 115.3 LGSS (actual, art. 157.3 LGSS). Ciertamente que *existen diferencias en las circunstancias laborales de los trabajadores afectados* [Jardinero, en el caso de autos; Oficial de Primera de la construcción, en el supuesto de la referencial] y *en las consecuencias del suceso* [fallecimiento en este proceso; IPA en el de contraste], *pero las mismas son intrascendentes en cuanto a la cuestión que el debate plantea* [extensión de la presunción de accidente de trabajo a las enfermedades de origen común manifestadas en tiempo y lugar de trabajo]; y no hay que olvidar que el citado art. 217 LPL no requiere una identidad absoluta, sino tan sólo que se haya llegado a la diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales». La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa plantea numerosas dudas.

La historia de la más que dudosa contradicción se inicia con la citada STS 16 de julio de 2014, en la que el contraste se produce entre una sentencia que declara que la contingencia no deriva de accidente de trabajo en el caso de un *traumatismo con impacto directo sobre húmero derivado de un resbalón y caída de un trabajador en un buque mientras veía una película en su tiempo de descanso*, con otra en la que se reconoce como accidente de trabajo el fallecimiento por “*fallo cardíaco. Insuficiencia cardíaca*”, durante también el descanso. La identidad más evidente es que los dos sucesos se producen en tiempo de descanso. Tan es así que la sentencia olvida la contingencia determinante y concluye afirmando la existencia de accidente de trabajo al considerar que “no podemos olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se

¹² Entre otras muchas, vid., las STS (4ª) entre otras muchas, de 27-1 y 28-1-1992 (R° 824/91 y 1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-1997 (R° 4067/96, 94/97 y 4203/96), 17-5 y 22-6-2000 (R° 1253/99 y 1785/99).

desarrolla a bordo de la embarcación, que no sólo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aun cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco”.

En la STS de 6 de julio de 2015, objeto de nuestro comentario, la propia dicción de la sentencia nos ahorra cualquier comentario. En la misma se “contempla un supuesto en el que en las sentencias objeto de contraste se trataba de trabajadores que prestaban servicios a bordo de un buque, lo que les obliga a que el descanso y pernoctación se realice a bordo del mismo, y que sufren un accidente precisamente en dicho tiempo de descanso, fallándose en el supuesto de la sentencia recurrida, en el sentido de que la contingencia de dicho accidente es común en aplicación de la jurisprudencia que cita, y en la sentencia de contraste en el sentido de que la contingencia es accidente de trabajo (...), siendo indiferente que en el supuesto de la sentencia recurrida el accidente se produjera en el camarote en tiempo de descanso nocturno, y en el supuesto de la sentencia de contraste en el camarote en el descanso entre la jornada de tarde y la de noche, tras realizar en ambos casos las labores de esfuerzo que comporta el trabajo en la mar. Prescindiendo, por tanto, de circunstancias irrelevantes y carentes de valor para apreciar la contradicción, *–pues aunque en un supuesto se trate de un infarto, y en el otro se trata de un daño al nervio peroneo que lleva a la pérdida de movimiento o sensibilidad en el pie y la pierna producido, entre otras causas, por presión en la rodilla por posiciones inadecuadas durante el sueño profundo–*, es evidente que entre las situaciones comparadas concurre una sustancial identidad en hechos, sujetos, fundamentos y pretensiones, y como en uno y otro supuesto se han dado respuestas judiciales de signo contrario, se ha quebrantado la unidad de la doctrina, anomalía que está llamado a subsanar este recurso extraordinario”.

¿Es “irrelevante y carente de valor” la contingencia determinante que sirve de base a la calificación? ¿Opera del mismo modo la presunción del art. 157.3 LGSS en un caso de fallecimiento donde la causa del mismo no se conoce que ante una lesión precisamente diagnosticada y en la que concurren en su producción factores extralaborales? ¿Todo lo que ocurre a un trabajador en un barco es un accidente de trabajo? Parece que la respuesta a los anteriores interrogantes, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe ser positiva. Aunque a lo largo del comentario hemos expuesto nuestras dudas sobre dicha conclusión es probable que tenga razón la STS de 6 de julio de 2015, pues, como recordaba Pascal en sus *Pensamientos*: ¿Quién sabe si esta otra mitad de la vida en la que creemos estar despiertos, no es otro sueño, algo diferente del primero?

Accidente *in itinere* y enfermedad preexistente agravada: Senda posible pero problemática para calificar de accidente de trabajo STS de 15 de julio de 2015, RCUd 1594/2014

Accidents on the way to and from work and aggravated pre-existent disease: Possible but problematic pathway to qualify as occupational accident Judgment of the Supreme Court of 15 July 2015, RCUd 1594/2014

BRAULIO GIRELA MOLINA

MÉDICO INSPECTOR DE SERVICIOS SANITARIOS, JUNTA DE ANDALUCÍA
PROFESOR ASOCIADO, DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL,
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La cuestión planteada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 2015, RCUd 1594/2014, es determinar el origen, común o profesional, de la incapacidad permanente total reconocida al demandante. Más concretamente, se plantea si el accidente *in itinere* que sufrió el trabajador, pudo agravar una enfermedad común preexistente. Se resuelve la controversia considerando la existencia de accidente de trabajo, aplicando dos de las presunciones *iuris et iure*, contenidas en el artículo 156.2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social. Supone un cambio jurisprudencial, que realiza una calificación forzada, en aras de la mejor protección del trabajador, continuando la tendencia de buscar a toda costa, la conexión con el trabajo para la calificación de la contingencia, corriéndose el riesgo de desbordar aún más, el concepto legal de accidente de trabajo, lo que sugiere una reorientación del mismo.

Abstract

The matter at hand in the Judgment of the Supreme Court of 15 July 2015, RCUd 1594/2014 is to determine the origin, common or professional, of the total permanent disability granted to the claimant. More specifically, it is debated whether the accident on the way to and from work that the claimant suffered may have aggravated a pre-existing common disease. The controversy is settled by admitting the existence of an occupational accident, applying two of the non-rebuttable presumption contained in article 156.2 of the Social Security Law currently in force. This amounts to a change in case law by using a forced qualification, in order to ensure a better protection of the employee, continuing the tendency to search at all costs the connection with the employment for the purposes of qualification of the labour contingency, with the risk of expanding even more the legal definition of occupational accident, which calls for a reorientation.

Palabras clave

Accidente de trabajo, agravación enfermedad preexistente, accidente *in itinere*

Keywords

Occupational accident, aggravation of pre-existing disease, accident on the way to and from work

1. INTRODUCCIÓN

Se analiza en este estudio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 2015, RJ\2015\4132, RCUd 1594/2014. Considera accidente de trabajo la patología lumbar previa degenerativa hasta entonces silente, agravada por un accidente laboral «*in itinere*», declarando la incapacidad permanente total para la profesión del trabajador deriva de esa contingencia profesional.

Previamente, es necesario realizar un breve análisis del concepto de accidente de trabajo¹, que sirva de marco para el estudio doctrinal de la Sentencia referida.

Nuestro Sistema de Seguridad Social protege con mejores prestaciones al trabajador asalariado de las consecuencias del accidente laboral que de las que tienen su origen en una enfermedad común. Aquél se define como “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena*”, en descripción del tipo general de accidente de trabajo contenida en el art. 156.1 LGSS² (anterior art. 115.1 LGSS 1994).

El tipo general del accidente de trabajo, descrito en el art. 156.1 LGSS es el mismo que se contemplaba en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, que inició la protección social en nuestro país. Tipo general con tres elementos, subjetivo, objetivo y causal: trabajador, lesión corporal y relación de causalidad entre desempeño de la actividad laboral por cuenta ajena y lesión.

El término lesión significa, gramaticalmente, cualquier daño causado por herida, golpe o enfermedad. Elemento que, por tanto, no exige al accidente que se cause súbitamente y/o por una acción externa, abarcando tanto el daño físico como psíquico.

El requisito de causalidad se configura, en ese tipo general, de manera extraordinariamente amplia, ya que abarca la directa –lesión causada por el trabajo– y la circunstancial –lesión causada con ocasión del trabajo–, en muestra evidente de que no se precisa una causa única, ya que en este segundo bloque siempre habrá una causa directa de la lesión. En definitiva, este requisito del tipo general podemos decir que se cumple si respondemos afirmativamente a la pregunta siguiente: ¿se habría evitado la lesión o reducido su entidad de no haber tenido que trabajar?

Ahora bien, el art. 156 LGSS se destina a definir el accidente de trabajo y no limita su alcance a ese tipo general, a diferencia de lo que sucedía con la vieja Ley. Nuestro legislador de 1966 quiso clarificar su alcance y lo hizo introduciendo como reglas legales lo que hasta entonces venían siendo criterios aplicativos sentados por los Tribunales y, muy especialmente, por el Tribunal Supremo. Se trata de reglas de presunción y de vías de ampliación constitutiva que llevan a un concepto más flexible, comprendiendo más allá de acontecimientos súbitos y violentos con consecuencias lesivas para el trabajador,

¹ TSJ de País Vasco, STS num. 1845/2015 de 6 de octubre, JUR/2015/299207. En su Fundamento de Derecho Tercero, hace un extenso análisis del concepto de Accidente de Trabajo, y en concreto, de la agravación de enfermedad o defecto padecido con anterioridad.

² A partir del 02/01/2016 el contenido de la antigua LGSS/94, arts.115, 118 y 119, respectivamente, se corresponden con la LGSS/15 arts.156, 159 y 160. Vid. RD Leg 8/2015 art.156, 159 y 160, BOE 31-10-15. Concretamente, a efectos de este estudio, interesa:

Artículo 156. Concepto de accidente de trabajo.

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo, f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

3. 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.

enfermedades que, de un modo más o menos directo, tienen alguna relación con el trabajo. Por consiguiente dentro del concepto amplio de accidente de trabajo se desarrollan diversos supuestos por presunción o asimilación, que tienen la consideración de accidente de trabajo.

Al efecto, recogió en el apartado 2 del precepto un buen número de casos –presunciones *iuris et de iure*– que sí son accidentes de trabajo, cuyo recto sentido ha de verse siempre en la forma positiva en que nuestro legislador los recoge: esto es, hay accidente de trabajo cuando se dan los supuestos ahí previstos, pero eso no significa que no sean accidentes de trabajo aquellos casos que no encajen en esos supuestos legales.

En el apartado 3 del art. 156 LGSS, existe una norma vinculada a los problemas que suscita el elemento causal del tipo general, cuya demostración se favorece mediante una presunción legal *iuris tantum* de concurrencia, si la lesión aparece en tiempo y lugar de trabajo.

En síntesis, dentro del concepto legal de accidente de trabajo, se desarrollan diversos supuestos por presunción o asimilación –apartados 2 y 3 art.156 LGSS–.

Si observamos los casos del art. 156.2 LGSS, apreciamos que incluye tres supuestos, las denominadas “enfermedades del trabajo”, que se consideran accidentes de trabajo (letras e, f y g), y que junto a la noción de enfermedad profesional del art. 157 LGSS (anterior art. 116 LGSS 1994) y la de enfermedad común que se contiene en el art. 158.2 (anterior art. 117.2 LGSS 1994) permiten visualizar el modo en que nuestro Sistema de Seguridad Social ha querido tipificar, como contingencia profesional (y acceder, con ello, a la más fácil y mejor protección que se depara a éstas), las enfermedades que puedan tener algún tipo de relación con el trabajo. Constituye una singularidad de nuestro Sistema de Seguridad Social, posibilitar que enfermedades de etiología común puedan ser calificadas como accidente de trabajo, en determinadas condiciones y circunstancias.

Si se examinan los supuestos se comprende el hilo conductor al que atienden, que deriva de dar un tratamiento guiado por criterios de seguridad jurídica al problema principal que plantea la configuración de una lesión de naturaleza enfermiza –no traumática– como accidente de trabajo o enfermedad profesional, que no es otro que el de conocer si el trabajo tuvo o no alguna relación causal en esa patología.

Por consiguiente, el problema esencial de calificación de una patología propia de enfermedad como accidente de trabajo está en determinar su relación causal con el trabajo –por ocasión o como consecuencia–, complicándose la relación de causalidad al tratarse de procesos patológicos que se desarrollan en un tiempo más o menos prolongado, siendo susceptibles de ser afectados en mayor o menor grado por factores de diversa naturaleza, lo que dificulta en muchos casos la relevancia del componente laboral exigido.

Se considerará contingencia profesional sólo cuando se visualiza con claridad la relación causal entre la lesión y el trabajo. Nitidez que puede venir de varios factores: a) de lo habitual que es que aparezca esa patología en esos trabajos, con criterio objetivamente comprobado y oficializado: estamos ante la enfermedad profesional del art. 157 LGSS –la relación de causalidad está cerrada y formalizada–; b) del empeoramiento que sufre una enfermedad que ya se tenía, a consecuencia de la lesión sufrida por un accidente: es el caso de

la enfermedad agravada del art. 156.2.f) LGSS, que incluye el supuesto en que el accidente empeora una patología silente, apareciendo sus primeras manifestaciones clínicas; c) el supuesto inverso al anterior, en el que la lesión sufrida en un accidente de trabajo empeora por una enfermedad que la complica o que se contrae en el nuevo medio en el que se le está tratando de aquélla: son los casos de las enfermedades intercurrentes del art. 156.2.g) LGSS; d) finalmente, cuando se comprueba que la enfermedad no tiene más causa que el trabajo: supuesto de enfermedad exclusiva del art. 156.2.e) LGSS . Es preciso matizar que en las enfermedades del trabajo, existe una relación de causalidad abierta entre trabajo y enfermedad.

En el supuesto de las enfermedades agravadas –art. 156.2.f LGSS– se configura una regla por la que una lesión que inicialmente nada tiene que ver con un accidente de trabajo, se califica como tal, para lo que es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) existencia de una enfermedad o defecto; b) existencia posterior de un accidente; c) que la lesión causada por éste agrave aquélla. Así lo ha resuelto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4135, RCU 2348/2009), atribuyendo a accidente laboral una situación de incapacidad temporal por lumbalgia aguda debida a esfuerzo trabajando, aún cuando existiese una hernia o protusión discal ajena al trabajo. Se precisa la demostración de la efectiva influencia del ejercicio laboral en la aparición o agravación de la patología subyacente (Sentencia TS de 25 de noviembre de 1992, RJ 1992,8835).

Ahora bien, esa calificación de accidente laboral no se extiende a la enfermedad previa una vez que el trabajador, restablecido plenamente de las consecuencias del accidente, ve agravado su estado de salud por una posterior evolución de esa enfermedad preexistente, como lo proclama ya la doctrina unificada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sentencias de 22 y 25 de enero de 2007, RCU 35/2005 y 3599/2005).

También encajan en este tipo legal, los casos en que el accidente hace aflorar patología derivada de lesiones que el trabajador tenía anteriormente sin que le hubieran provocado alteraciones relevantes, bien entendido que no cabe encajar en dicho supuesto otros dos, en los que el accidente no es elemento desencadenante de la patología: a) de una parte, cuando hay una pura coincidencia temporal en el afloramiento, de tal forma que ni tan siquiera lo ha acelerado; b) los casos en los que, tratándose la lesión constitutiva del accidente, se descubre la presencia de otra, ajena al mismo y no alterada en su curso por aquélla.

Una precisión final respecto a ese supuesto específico: su función aclaratoria atañe, básicamente, a que se trate como accidente lo que inicialmente no viene de éste. Por tanto, no precisa entrar en juego, bastando con la regla general del art. 156.1, respecto al tratamiento de la lesión directamente producida por el trabajo (por ejemplo, el dolor causado por el esfuerzo; la infección cogida en el trabajo sobre una úlcera previa al mismo, debida a insuficiencia circulatoria); su relevancia estriba para tratar como accidente la lesión previa, que éste ha empeorado (la hernia discal activada por ese esfuerzo; la úlcera ahora infectada), y no lo que es directamente atribuible al trabajo .

A afectos de este estudio, también va interesar la relación con el accidente *in itinere*, al ir o volver del trabajo –art. 156.2 a LGSS–.

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

Se declararon probados los siguientes hechos:

1.- El actor causó baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo el 16.12.2009, por accidente de tráfico sufrido el día anterior –accidente de trabajo “*in itinere*”–, alcance por detrás de bajo impacto (latigazo cervical). Habiendo permanecido de baja por este accidente con diagnóstico de espasmo muscular desde esa fecha hasta el 31.1.2010 en que se produce el alta por mejoría que permite trabajar, a pesar de que tiene que seguir haciendo rehabilitación hasta el 8 de marzo.

2.- Tras la reincorporación volvió a causar baja médica el 8.4.2010 por enfermedad común. Baja que se extiende hasta que pasa a incapacidad permanente total derivada de enfermedad común por esguince cervical postraumático con discopatía degenerativa lumbar.

3.- Instado expediente de determinación de contingencia se dictó resolución del INSS que declaró que el proceso de IT iniciado el 8.4.2010 derivaba de enfermedad común.

4.- Antes del accidente, el 29.9.2009, la empresa había realizado un reconocimiento médico al actor, declarándole apto para su puesto de trabajo.

5.- A los tres días de accidente el 23.12.2009 en informe médico, en el apartado de antecedentes de interés, se hace constar que el actor padece desgaste discal L5-S1.

6.- El 19.2.2010 y el 23.2.2010 se realizaron sendas resonancias magnéticas al actor cuyo resultado es que presenta patología lumbar degenerativa.

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

3.1. Las enfermedades previas agravadas por accidente: Identificación de los requisitos necesarios en el supuesto estudiado

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente³ se viene admitiendo que para que proceda la aplicación del art. 156.2.f), habrán de concurrir los siguientes requisitos: a) Existencia de una enfermedad o defecto previo; b) Producción posterior de un accidente de trabajo; c) La lesión causada por el accidente agrave o modifique los efectos lesivos de la enfermedad preexistente.

a) Enfermedad o defecto preexistente

Aunque del tenor literal del precepto –art.156.2 f) LGSS– cabría deducirse que se trata de enfermedades o defectos padecidos, es decir actuantes en cuanto a sus efectos o limitaciones, la doctrina legal ha extendido este supuesto a aquellos en que una enfermedad

³ ROMERO RÓDENAS, M.J.: *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Albacete, Bomarzo, 2015 Editorial Aranzadi, S.S., Cizur Menor (Navarra), págs. 97-101.
SSTSJ Canarias (Las Palmas) 26 abril de 2011, rec. 528/2009; Castilla león (Burgos) 10 de mayo de 2007, rec. 284/2007 y 12 de abril de 2007, rec. 199/2007; Castilla León (Valladolid) 18 julio de 2005, rec. 1214/2005.

hasta entonces latente se manifiesta o desencadena por primera vez. No es necesario que el trabajador conozca su existencia, aunque lo más común es que así sea, ni que haya sido diagnosticada previamente; sin que el hecho de que las lesiones previas tengan carácter degenerativo impidan que su agravación se califique como accidente de trabajo, cuando concurran el resto de los requisitos exigibles, ni tampoco cuando se trate de enfermedades congénitas y aunque el origen de la enfermedad sea anterior a la incorporación al trabajo.

Las enfermedades subyacentes pueden ser derivadas del trabajo o no, pero el accidente de trabajo las agrava, agudiza, desencadena o saca de su estado latente (TSJ Las Palmas 28-2-92), de manera que el trabajo coadyuva a que se desencadene el proceso patológico (TSJ Asturias 5-1-96), teniendo que existir nexo causal entre la enfermedad, el trabajo ejecutado y la agravación de la dolencia (TSJ Murcia 27-9-93). Como ocurre cuando un episodio ocurrido en el trabajo, afecta a otras dolencias comunes que se encontraban larvadas (TSJ Castilla-La Mancha 27-5-09, EDJ 120429).

No basta con que la enfermedad se exteriorice con ocasión del trabajo sino que es necesario que exista un agente que intervenga de manera repentina, un suceso, en definitiva que actúe como desencadenante de la agravación⁴, siendo ese hecho traumático el que agudiza la enfermedad previa o la saca de su estado latente, ignorándose si se hubiera o no hecho patente de no haber acaecido el siniestro⁵, de forma que no es suficiente con el hecho de que la enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de una actividad laboral, ya que tal circunstancia no dota a la misma, sin más, de la condición jurídica de accidente de trabajo sino va acompañada de un suceso puntual, traumático desencadenante del proceso.

Lo determinante a estos efectos es que la patología previa no hubiera impedido el desarrollo normal del trabajo con anterioridad al accidente, siendo precisamente a raíz del mismo, cuando la capacidad laboral del trabajador se ve limitada, evidenciándose con ello que la causa inmediata de la incapacidad radica en el accidente, sin perjuicio de que la causa remota tenga su origen en la enfermedad previa. En la Sentencia analizada, *“antes del accidente, la empresa había realizado a un reconocimiento médico al actor, declarándole apto para su puesto de trabajo”*.

En definitiva, lo relevante a los efectos de la norma legal antes citada, no es que el traumatismo ponga de manifiesto una clínica sino que produzca una incapacidad hasta entonces inexistente (TSJ Castilla-La Mancha 20-2 15, EDJ 13531).

La STS de 15 de julio comentada, refleja que *“la patología lumbar degenerativa existía antes del accidente, aunque estaba silente cual evidencia el que no hubiese sido diagnosticada en previos reconocimientos médicos y el que no impidiera al demandante trabajar con normalidad. También ponen de manifiesto que la patología lumbar preexistente se diagnosticó a los tres días del accidente, diagnóstico que corroboraron sendas resonancias magnéticas practicadas los días 19 de febrero y 23 de febrero de 2010, hechos*

⁴ SSTSJ Castilla La mancha 15 mayo 2014, rec.72/2014; Madrid 15 noviembre de 2011, rec. 4100/2011 y Cataluña 7 febrero de 2007, rec. 2467/2005.

⁵ STSJ Galicia 21 de noviembre de 2012, rec. 4673/2009 y Canarias (Tenerife) 26 de septiembre de 2005, rec. 606/2005.

que indican que desde el primer momento el trabajador se quejó de molestias en la zona lumbar. Finalmente, el hecho de que a los quince meses del siniestro el trabajador fuese declarado en situación de incapacidad permanente total por esguince cervical y discopatía degenerativa a nivel lumbar nos permite concluir que, dada la edad y el trabajo del actor, su patología lumbar degenerativa preexistente al accidente, se agravó y empezó a mostrar unos efectos perjudiciales e incapacitantes que hasta entonces habían estado silentes”.

b) Accidente de trabajo que provoque la lesión

El segundo requisito objetivo de necesaria concurrencia es la existencia de un accidente de trabajo que provoque una lesión y que a su vez incida en alguna medida sobre la enfermedad o defecto preexistente. Lo determinante es que la agravación se produzca como consecuencia del trabajo que se realice “a través de un suceso repentino calificable como accidente de trabajo”⁶.

El accidente se ha de revelar en factor concausal o elemento desencadenante de la patología previa, no bastando que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral, pues para adquirir la característica jurídica de accidente de trabajo, es preciso que se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia (TS 24-5-90, EDJ 5484).

Se ha considerado accidente toda agravación de enfermedad preexistente por causa de lesión en el trabajo; y las diversas bajas laborales que tuvieron lugar posteriormente muestran que el trabajador no llegó a curar de la patología incapacitante, porque recayó en los mismos síntomas que presentó al principio, y al ser una recaída en la lesión que provocó la primera baja, procede la calificación de accidente laboral que se dio a la primera (TS 3-7-13, EDJ 142893). Pero no se considera que la enfermedad preexistente se agrave por el accidente de trabajo cuando se manifiesta con el mismo alcance que anteriormente (TSJ Castilla y León 16-9-93).

En la STS de 15 de julio 2015, el actor causó baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, por accidente de tráfico sufrido el día anterior –accidente de trabajo “*in itinere*”– lo cual exige un análisis más pormenorizado al apartarse de la línea jurisprudencial utilizada en los fundamentos jurídicos de la dicha Sentencia –se trata de accidentes en lugar y tiempo de trabajo–.

c) Lesión que agrave las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad

Por “lesión” ha de entenderse cualquier menoscabo físico o fisiológico, que incida en el desarrollo funcional y que a consecuencia del mismo se exteriorice una enfermedad previa que permanecía larvada o se agrave una dolencia de la que ya existía constancia, de forma que el daño producido no es el que normalmente derivaría del accidente, sino el de la enfermedad previa activada a consecuencia del mismo, pudiendo ocurrir que el daño que origine el accidente sea mínimo en comparación con el que se produce por el agravamiento de la enfermedad previa.

⁶ STS 21 noviembre de 2007, rec. 4111/2006.

En coherencia con el concepto jurídico de lesión, se ha ampliado la noción de lesión constitutiva de accidente a un esfuerzo, una tensión emocional o una simple caída sin lesión destacable (TS 27-10-92, EDJ 10509). También a supuestos en los que un simple esfuerzo actúa como elemento desencadenante de los efectos dañosos de la enfermedad o defecto preexistente, existiendo múltiples pronunciamientos en los que un simple mareo en el trabajo o tirón muscular, un mal paso o una posición forzada en la realización del trabajo, se considera suficiente para que el art. 156.2.f) LGSS, despliegue sus efectos, cuando consta que se ha producido la manifestación o el agravamiento de la enfermedad o del defecto preexistente.

En la Sentencia de 15 de julio de 2015, el actor causó baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, por accidente de tráfico sufrido el día anterior –accidente de trabajo “in itinere”–, alcance por detrás de bajo impacto (latigazo cervical). Habiendo permanecido de baja por este accidente con diagnóstico de espasmo muscular. La lesión es el latigazo cervical que provoca un espasmo muscular –cervicalgia– por esguince postraumático. Continuando dicha sentencia: *“el accidente afectó a la columna cervical y la enfermedad silente afectaba a la columna lumbar, mientras que en el caso de la sentencia de contraste el accidente afectó a la columna cervical, donde ya existía una patología degenerativa previa... Porque el supuesto que contempla el artículo 115-2-f) de la L.G.S.S. (RCL 1994, 1825) no restringe su aplicación a las enfermedades padecidas en la zona más perjudicada por el siniestro, sino que la extiende a cualquier enfermedad preexistente que agrave el accidente, pues la rotura de una extremidad inferior en una caída puede llevar unida la agravación de una lesión preexistente en la columna, por ejemplo, que queda bajo la cobertura del precepto citado”*.

La doctrina jurisprudencial y legal⁷ ha considerado, por ejemplo, supuestos incluidos dentro de este apartado:

Aparato locomotor (Músculo-esquelético):

- traumatismos que dio parte la empresa como accidentes de trabajo, que vinieron a desencadenar la necesidad de operar quirúrgicamente al trabajador de quistes de Tarlow que tenía en estado latente, ocasionándose por tal causa unas limitaciones laborales que se declaran derivadas de accidente laboral (TS 7-3-89, EDJ 2580);

- peón accidentado por levantar unos sacos durante el trabajo que agrava una hernia discal preexistente de la que tiene que ser intervenido y es declarado inválido (TSJ Granada 25-3-03, EDJ 24768);

- limpiadora, que sufrió accidente laboral consistente en caída casual siendo diagnosticada de contusión en rodilla y que no preciso baja médica pero desencadena una sintomatología crónica al existir con anterioridad una enfermedad de tipo degenerativo (TSJ Granada 21-3-03, EDJ 24824; TSJ Castilla-La Mancha 16-1-03, EDJ 22102);

⁷ MEMENTO SOCIAL: *Accidente de Trabajo*, Ediciones Francis Lefebvre, 2016 págs. 85-164. <http://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&memento>

- lumbalgia de esfuerzo secundaria, con el diagnóstico espondilolistesis intervenida (TSJ Sevilla 26-2-04, EDJ 257285);

- lesiones degenerativas de columna agravadas por el accidente (TS unif doctrina 23-2-10, EDJ 16494);

Procesos Cardiovasculares:

- edema agudo de pulmón –inundación brusca y masiva de los alvéolos, y del tejido intersticial producidos por la embolia pulmonar– que se desencadena al realizar un esfuerzo durante el trabajo (TS 30-9-86, EDJ 5947);

- ictus cerebral manifestado al realizar un esfuerzo en el trabajo (TS 29-4-14, EDJ 76966).

Procesos Neurológicos:

- trabajador que sufría un proceso anterior de paraparesia crónica que podía agudizarse por cualquier traumatismo leve o brotar de manera espontánea y cuando ayudaba a cargar un camión de fruta, pisó una piedra perdiendo el equilibrio y cayó en el suelo de espalda (TS 27-10-92, EDJ 10509);

Procesos Oftalmológicos:

- agravación de su padecimiento, miopía magna, por la actividad laboral desarrollada, por sacudidas y movimientos bruscos sufridos por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral de guarda forestal (TSJ Granada 6-5-03, EDJ 54441);

Procesos Renales

- enfermedad quística de riñón con hemorragia debida al accidente de trabajo (TSJ Madrid 23-9-10, EDJ 300384);

Sin embargo, no concurre este supuesto cuando no se acredita la existencia de agente lesivo concausal, sino una manifestación natural de un padecimiento preexistente, debiendo ser el suceso desencadenante o bien un accidente o la atención, esfuerzo o prisa que el trabajo exija. Así, no constituye accidente laboral:

Procesos Cardiovasculares

- la enfermedad preexistente hipertensión arterial e hipercolesterolemia, que se manifestó a través de una fibrilación ventricular, que pericialmente se acreditó sin relación alguna con el trabajo (TSJ Galicia 27-7-94);

Aparato locomotor (Músculo-esquelético):

- cuando no existe lesión alguna sufrida por el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo que haya podido dar lugar al diagnóstico de hernia discal (TSJ Galicia 12-2-15, EDJ 13679);

Procesos Psiquiátricos

- cuando no se ha demostrado que la crisis de ansiedad y componente depresivo padecida por la trabajadora tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo (TSJ Asturias 19-12-14, EDJ 245111);

3.2. Las enfermedades previas agravadas por accidente producido durante el tiempo y en el lugar de trabajo: Línea Jurisprudencial

3.2.1. Línea Jurisprudencial en que se fundamenta la Sentencia

La STS de 15/07/29015, finaliza el Fundamento de Derecho Segundo, diciendo: *“procede estimar el recurso por ser doctrina reiterada de esta Sala la de que es constitutiva de accidente laboral toda agravación de cualquier enfermedad preexistente que sufra el trabajador y se produzca con ocasión del accidente, cual se deriva de lo dispuesto en el artículo 115-2-f) de la L.G.S.S. y en supuestos similares ha señalado esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 1992 (R. 1901/1991), 23 de febrero de 2010 (R. 2348/2009), y 3 de julio de 2013 (R. 1899/2012) entre otras. En las dos últimas se dice que: Es cierto que el trabajador ya padecía lesiones degenerativas en su columna vertebral antes del accidente. Pero esa patología no le había mermado sus facultades para ejercer las labores propias de la profesión que ejercía –no consta siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias– y después del accidente quedó incapacitado. El supuesto aparece así como paradigma del mandato legal: lesiones anteriores al accidente que se agravan a consecuencia del sufrido en el desempeño del trabajo”*. El denominador común de éstas Sentencias es tratar de enfermedades previas agravadas por accidente producido durante el tiempo y lugar de trabajo.

La STS de 27 de octubre de 1992 (R. 1901/1991), trata de un proceso neurológico: *“el trabajador sufría un proceso anterior de paraparesia crónica que puede agudizarse por cualquier traumatismo leve o brotar de manera espontánea”*; *“y en el lugar de trabajo, cuando ayudaba a cargar un camión de fruta, al tomar un cajón efectuando el correspondiente esfuerzo, pisó una piedra y perdiendo el equilibrio cayó en el suelo de espalda”*..... *“el término «lesión» que consignan las dos normas citadas - como otras de la Ley General de la Seguridad Social - no cabe darle el estricto sentido que en la sentencia referida se le atribuye, sino el de cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional”*..... *“el operario afectado, en el curso de su trabajo y al realizar un esfuerzo por el exigido pisó una piedra, cayó al suelo y se golpeó la espalda, lo que supone un traumatismo al que siguió dolor, suficiente también según lo probado, para producir el agravamiento de su patología precedente. El dato de que tan grave consecuencia fuera no previsto y que ello motivara la falta inmediata de su advertencia al empresario ni al médico no desvirtúa en absoluto el enlace o relación de causalidad en el caso”*.

En la STS de 23 de febrero de 2010 (R. 2348/2009), se refiere a un proceso degenerativo en la columna vertebral: *“el actor sufrió accidente al desempeñar el trabajo propio de su categoría profesional en el hospital, en el que prestaba sus servicios y dentro de su jornada. Ninguna duda cabe del carácter accidental de sus lesiones en el momento inicial y, sin haber obtenido el alta médica, acaba siendo declarado en situación de incapacidad total para su trabajo. Ciertamente es que ya padecía lesiones degenerativas en su*

columna vertebral antes del accidente. Pero esa patología no le había mermado sus facultades para ejercer las labores propias de la profesión que ejercía –no consta siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias– y después del accidente quedó incapacitado. El supuesto aparece así como paradigma del mandato legal: lesiones anteriores al accidente que se agravan a consecuencia del sufrido en el desempeño del trabajo”.

La cuestión que se plantea en la Sentencia de la STS de 3 de julio de 2013 (RJ 2013, 5166) (núm. recurso: 1899/2012)⁸, también referida a un proceso degenerativo en la columna vertebral es *“la calificación de la lesión lumbar sufrida por el trabajador como accidente de trabajo o enfermedad común, constituye una oportunidad para dar un repaso a los criterios de ampliación y aclaración del accidente de trabajo por la vía expresa del art. 115.2 y 3 LGSS, y especialmente al referido en el art. 115.2. f)”, “se consideró accidente de trabajo el agravamiento por recaída de una dolencia previa de un empleado de la construcción diagnosticada de lumbociática aguda debido a sucesivas bajas laborales, que provocaron los efectos incapacitantes de la lesión hasta derivar en una patología lumbar crónica”..... “nos encontramos ante una patología previa que se agravó estando el trabajador en el centro de trabajo desempeñando su labor y con ocasión de realizar un esfuerzo, lo que hace que el suceso deba considerarse accidente laboral, conforme al artículo 115-2-f), cual en supuestos similares señaló esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 1992 (R. 1901/1991) y 23 de febrero de 2010 (R. 2348/2009)”.*

3.2.2. Patología silente previa

Dice la Sentencia analizada, *“... la patología lumbar degenerativa existía antes del accidente, aunque estaba silente...”* Esta eventualidad ya se ha abordado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia.

En relación con la patología silente –latente– previa, y en el mismo sentido que las anteriores Sentencias, vamos a hacer mención a la STS de 29 abril 2014, RJ\2014\2676, referido a un accidente cerebrovascular: *“nos encontramos ante una patología previa que se agravó estando el trabajador en el centro de trabajo desempeñando su labor y con ocasión de realizar un esfuerzo, lo que hace que el suceso deba considerarse accidente laboral, conforme al artículo 115-2-f), cual en supuestos similares señaló esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7844) (R. 1901/1991) y 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4135) (R. 2348/2009)” “debe tenerse presente que la enfermedad previa apenas había presentado síntomas con anterioridad, no había sido diagnosticada y no había provocado ninguna baja laboral. Si consta, por contra, que fue estando el recurrente en el centro de trabajo realizando las labores propias de oficial de la construcción, la patología hasta entonces silente se manifestó de forma clara y cruda provocando que de allí fuese al hospital*

⁸ RODRÍGUEZ SANTOS, E.: Proyecto de Investigación sobre *“El Tratamiento Laboral, Preventivo y de Seguridad Social de la Enfermedades de Trabajo”*, Revista Doctrinal Aranzadi, num. 9/2014, num. 10/2014 parte Observatorio de Riesgos Laborales, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2014.

A partir de esta Sentencia, repasa los criterios de ampliación y aclaración del accidente de trabajo por la vía expresa del art. 115.2 y 3 LGSS, y especialmente al referido en el art. 115.2.f), que contempla las enfermedades padecidas con anterioridad por el trabajador que se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente

y que se le cursase una baja laboral temporal que sin solución de continuidad se ha convertido en permanente. Así las cosas, la presunción del art. 115-3 de la L.G.S.S. en favor de la existencia de accidente laboral debe juzgar con toda su fuerza, lo que obligaba a las demandadas a probar la inexistencia de un nexo causal entre el trabajo y la lesión, a probar que el ictus cerebral nada tuvo que ver con el esfuerzo realizado en el trabajo, prueba que no se ha logrado. Procede, por tanto, estimar que estamos ante un accidente laboral, máxime cuando también constituye un accidente laboral toda agravación de una enfermedad preexistente que sufra el trabajador por causa del accidente (art. 115-2-f) de la L.G.S.S.). En este sentido pueden citarse las sentencias de esta Sala de 3 de julio de 2013 (RJ 2013, 5166) (R. 1899/2012) y de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8476) (R. 726/2013)”.

3.2.3. Antecedentes patológicos de enfermedad

Finalmente, terminar de enmarcar el fondo jurisprudencial para el análisis del supuesto objeto de estudio, con la STS de 18 diciembre 2013, RJ\2013\8476, presunción de existencia de accidente de trabajo en un supuesto de infarto de miocardio acaecido en el lugar de trabajo y durante el tiempo, aunque existan antecedentes patológicos de la enfermedad: *“de acuerdo con la doctrina constante de esta Sala contenida en las sentencias de 23-3-68, 9-10-70 (RJ 1970, 3949), 22-3-85 (RJ 1985, 1374), 4-11-88 (RJ 1988, 8529), 27-6-90 (RJ 1990, 5529), 27-12-95 (RJ 1995, 9846) (rcud 1213/95), 15-2-96 (RJ 1996, 1022) (rcud 2149/95), 18-10-96 (RJ 1996, 7774), (rcud 3751/95), 27-2-97 (RJ 1997, 1605) (rcud 2941/96), 23-1-98 (RJ 1998, 1008), (rcud 979/97), 18-3-99 (RJ 1999, 3006) (rcud 5194/97), 12-7-99 (RJ 1999, 5790), (rcud 4702/97) 23-11-99 (RJ 1999, 9341) (rcud. 2930/98), 25-11-02 (RJ 2003, 1921) (rcud.235/02), 13-10-03 (RJ 2004, 264) (rcud. 1819/02) y 30-1-04 (RJ 2004, 2580) (rcud. 3221/02) entre otras, que ha reconocido al infarto de miocardio sufrido en tiempo y lugar de trabajo el carácter de accidente laboral. Y ello por las razones siguientes:*

1) La presunción del artículo 115. 3 (antes, art. 84.3 LGSS (RCL 1994, 1825) del 74) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.

2) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, 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, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

3) 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 cardiaca, 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.”

3.2.4. Aplicación de la presunción del art. 156.3 LGSS a las enfermedades agravadas –Art. 156.2 f) LGSS–

Como mantiene la doctrina del Tribunal Supremo, para que opere la calificación de accidente de trabajo, se debe probar la relación de concausalidad entre el accidente y las lesiones preexistentes o sobrevenidas, pues “el hecho de que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral, no dota sin más de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia” (Sentencia TS de 24 de mayo de 1990, RJ 1990, 4498).

No obstante, y como ya se ha anticipado en el apartado anterior, la jurisprudencia admite la aplicación de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, a los supuestos contemplados en el art. 156.2.f) –enfermedades agravadas– y que entiende cumplida la conexión causal entre accidente y enfermedad previa, cuando se producen alteraciones de los procesos vitales que se manifiesten en tiempo y lugar de trabajo, salvo prueba que determine la ruptura de la presunción de manera evidente. En definitiva, se califica la enfermedad como accidente de trabajo porque el suceso que desencadenó y agravó la enfermedad preexistente, ocurrió en tiempo y lugar de trabajo.

A propósito del caso de un soldador-chapista que sufrió un episodio de lumbalgia aguda cuando descargaba material de la furgoneta, en tiempo y lugar de trabajo, habiendo sufrido anteriormente episodios de lumbalgia por artrosis lumbar, el TSJ de País Vasco, en Sentencia num. 1040/2012 de 17 abril, AS\2012\1570, ha dicho: “*El art. 115.3 LGSS establece una presunción legal de que concurre esa relación causal entre el trabajo y la lesión corporal, cuando ésta aparece en tiempo y lugar de trabajo. Cuando esto sucede, el trabajador no tiene que demostrar ese nexo causal. Claro es que cabe destruir esa presunción legal, pero ello exige que se demuestre que el trabajo nada tuvo que ver en la aparición de esa lesión, para lo cual no es suficiente con que se acredite que concurre una patología previa, ajena al mismo, sino también que el trabajo no ha sido factor que la haya empeorado.*

Tiene dicho la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su aplicación: 1) que la presunción también se aplica en los casos de concurrencia de enfermedades previas (entre otras, STS de 15-Fb-96 (RJ 1996, 1022), RCUD 2149/1995), recordada por STS de 15-Jn-10 (RJ 2010, 2705), RCUD 2101/2009); 2) que la presunción no se destruye por el hecho de que se acredite la existencia de esa patología previa ajena al trabajo (SSTS 27-Dc-95 (RJ 1995, 9846), RCUD 1213/1995, y 15-Fb-96, RCUD 2149/1995, entre otras muchas); 3) que tampoco es suficiente con que se demuestre que en el trabajo no concurrían factores proclives a agravar o aflorar la patología previa (STS 20-Oc-09 (RJ 2009, 7608), RCUD 1810/2008); 4) sí, en cambio, cuando se demuestra que el trabajo no pudo producir ese empeoramiento, como en el caso del episodio vertiginoso que se demostró que no pudo provocarlo una causa exógena a la persona (STS de 16-Dc-05 (RJ 2006, 445), RCUD 3344/2004)” ... “Estamos, así, ante el supuesto propio del art. 115.2.f) LGSS, en el que el

accidente que agrava la lesión previa resulta acreditado por la vía de la presunción legal. Es más, estamos ante un prototipo de este supuesto legal, habitual en personas con lesiones en columna ajenas al trabajo, que sufren episodios agudos presentados durante el trabajo y en circunstancias incluso favorecedoras de su aparición. Negar carácter laboral al episodio por el mero hecho de que se haya probado la patología previa supone ignorar el exacto alcance de la presunción legal favorable al accidente de trabajo”.

Hay que hacer una matización a la aplicación del criterio de la presunción del art. 156.3 a las enfermedades. Por la exigencia espacio-temporal de esta regla, sólo resultaría aplicable, en aquellos supuestos en los que se desarrollen patologías que en el transcurso de su evolución sufran crisis o alteraciones puntuales que permitan ubicar en el tiempo y lugar de trabajo dichos episodios, con independencia de que la enfermedad sea preexistente, pues ésta no tiene espacio ni lugar, al existir siempre⁹.

3.3. Doble ampliación del concepto de accidente de trabajo: enfermedades previas agravadas por accidente y accidente in itinere. Quiebro en la línea jurisprudencial

En el art. 156 LGSS, dentro del concepto amplio de accidente de trabajo, se desarrollan diversos supuestos por presunción o asimilación, que tienen la consideración de accidente de trabajo. *“Al efecto, recogió en el apartado 2 del precepto un buen número de casos que sí son accidentes de trabajo, cuyo recto sentido ha de verse siempre en la forma positiva en que nuestro legislador los recoge: esto es, hay accidente de trabajo cuando se dan los supuestos ahí previstos, pero eso no significa que no sean accidentes de trabajo aquellos casos que no encajen en esos supuestos legales, por lo que no pueden leerse en sentido inverso (por ejemplo, si una enfermedad no tiene por causa exclusiva el trabajo, no es accidente de trabajo). Lo revela así, tanto el tenor de la norma como, lo que es más relevante, el absurdo al que conduce, ya que de leerse en negativo, nunca podrían ser accidente de trabajo los supuestos del art. 115.2 f) y g), a la vista del art. 115.e)”* (TSJ de País Vasco, STS num. 1845/2015 de 6 de octubre, JUR/2015/299207).

Sería posible por tanto, calificar el supuesto estudiado, de accidente de trabajo utilizando dos de las reglas del apartado 2 del art. 156 LGSS, en concreto el accidente *in itinere* y las enfermedades preexistentes agravadas, como se hizo en la Sentencia comentada. Sin embargo ello le aparta de las Sentencias en que se fundamentó, al tratarse en estas de accidentes ocurridos en lugar y tiempo de trabajo.

3.3.1. Accidente in itinere

En los hechos probados de la Sentencia comentada, no se discute la existencia de un accidente *in itinere*. En éste, la causalidad lesión-trabajo no es inmediata, como puede ocurrir en el accidente de trabajo típico, sino mediata o remota –accidente impropio–. En consecuencia, la realización del trabajo no es el detonante directo del accidente, sino la necesidad de realizar el recorrido como acto imprescindible para la realización de la actividad laboral por cuenta ajena. Quedaría roto el nexo causal cuando no concurren los

⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo, Aranzadi Social nº 5/2008, Revista doctrinal electrónica.

requisitos precisos¹⁰ –genéricos y específicos–, y cuando el hecho sea debido a “dolo o imprudencia” (art. 156.4 b) LGSS). Por el contrario, se mantendrá la calificación propia de la contingencia profesional cuando concorra “imprudencia profesional” (art. 156.5 a LGSS) o “la culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo” (art. 156.5 b LGSS).

La presunción en el accidente *in itinere* –*iuris et de iure*– se establece para la relación de causalidad con el trabajo, pero no en relación a la lesión o trauma que no se discute; mientras que en la presunción de laboralidad contemplada en el art. 156.3 LGSS, la presunción se da a otro nivel, pues hace referencia a que la lesión ocurrida en tiempo y lugar de trabajo; y también con distinta intensidad, ya que la presunción es *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario; sin embargo en el accidente *in itinere* se produce automáticamente esa calificación, pues la LGSS –art. 156.2.a– establece que tendrán la consideración de accidente de trabajo, siempre que concurren los requisitos jurisprudenciales fijados para su calificación. En suma, se produce una inversión en la postura de las partes, pues en éste caso el trabajador o sus beneficiarios, han de demostrar que concurren esos requisitos jurisprudenciales sin que se haya roto el nexo causal entre el accidente y el trabajo, mientras que en el ocurrido en el tiempo y lugar de trabajo es el empresario o las entidades gestoras correspondientes quienes han de justificar que esa lesión no se produjo en el trabajo. Por tanto, como se ha dicho, no se pueden mezclar estas dos presunciones claramente diferenciadas por el legislador¹¹.

Así pues, verificada la existencia del accidente de trabajo *in itinere*, la calificación será automática, pues según el tenor del precepto indica: “*tendrá dicha consideración*” el que se produzca al ir o volver del lugar de trabajo.

3.3.2. Enfermedades o dolencias surgidas o manifestadas en el trayecto de ida y vuelta al trabajo

En relación con las enfermedades –procesos no traumáticos– *in itinere*, la doctrina consolidada establece una línea restrictiva. Es paradigmática la La STS de 18 junio 2013 (RJ\2013\6099) que plantea si debe o no ser calificada de accidente de trabajo una enfermedad o dolencia (cardíaca, en el caso), surgida en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo de una trabajadora por cuenta ajena: “*Existe jurisprudencia muy reiterada de la Sala sobre la cuestión controvertida que deniega la calificación de accidente de trabajo para las enfermedades o dolencias surgidas o manifestadas en el trayecto de ida y vuelta al trabajo, por lo que el recurso, de conformidad con el informe Son exponentes de esta doctrina jurisprudencial, además de la sentencia de contraste, las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1995 (RJ 1995, 5906) (rcud 1499/1994), de 21 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6766) (rcud 2983/1993), y otras anteriores, como las de 24 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6810), 27 de febrero de 1984 (RJ 1984, 934) y 23 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1396). Esta posición jurisprudencial ha sido mantenida en otras muchas resoluciones posteriores de esta misma Sala; entre ellas en las sentencias de 16 de*

¹⁰ Requisitos genéricos: Elemento subjetivo (trabajador por cuenta ajena), elemento objetivo (lesión corporal) y nexo causal. Requisitos específicos (Jurisprudenciales): Teológico, temporal o cronológico, mecánico y topográfico.

¹¹ GALLO FERNÁNDEZ, M.: *Accidente de Trabajo y enfermedades coronarias: jurisprudencia y prevención*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014, págs. 32-70.

noviembre de 1998 (RJ 1998, 9825) (rcud 502/1998), 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 314) (rcud 722/1998), 30 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5891) (rcud 468/1999), 16 de julio de 2004 (RJ 2004, 8234) (rcud 3484/2003), 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867) (rcud 3415/2005) y 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 6303) (rcud 3542/2009)..... El razonamiento en que se basan estas resoluciones puede sintetizarse como sigue: 1) la presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en el artículo 115.3 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (RCL 1994, 1825) (LGSS), sólo alcanza a los acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo, y no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo ; 2) la asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto («in itinere») se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación; y 3) estos dos procedimientos técnicos de extensión de la protección de los accidentes de trabajo (la presunción iuris tantum y la inclusión expresa de un supuesto de frontera) son claramente diferenciados y no deben mezclarse”. Esta doctrina ha permanecido inalterable en fallos judiciales posteriores¹².

Por consiguiente, las patologías no traumáticas tienen un difícil encaje como accidentes *in itinere*. Los procesos no traumáticos como el infarto de miocardio u otras manifestaciones agudas de cardiopatías isquémicas, ocurridos durante la ida o vuelta del trabajo, con carácter general no tienen la consideración de accidente laboral.

Sin embargo hasta 1995 la jurisprudencia usaba un criterio distinto pues tendía a interpretar de forma conjunta al art. 115.2.a LGSS y el art. 115.3, de manera que los infartos y otras enfermedades que habían ocurrido *in itinere* cabía calificarlos como accidente de trabajo¹³. A partir de ese año, la jurisprudencia mayoritaria considera que no es accidente laboral *in itinere* una cardiopatía isquémica aguda –infarto agudo de miocardio, angor pectoris (angina de pecho), estable e inestable y muerte súbita cardíaca–, pues se empieza a exigir la actuación de agentes externos o un vínculo de causalidad –sucesos laborales, nexo causal con el trabajo–.

En la Sentencia de 15 de julio de 2015, hay que distinguir la patología traumática –espasmo muscular (cervicalgia) por esguince postraumático–, de la patología degenerativa de columna lumbar –enfermedad común–, no traumática, que es la que se agravó a raíz del accidente, habiéndose dicho ya, que las enfermedades o dolencias surgidas o manifestadas en el trayecto de ida y vuelta no se califican como derivadas de accidente de trabajo, dado que no opera la presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en el art. 156.3 LGSS, al no tratarse de supuestos acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo. Pese a ello, no se impide que exista la posibilidad de romper la aludida presunción en el trayecto de ida al trabajo o vuelta al mismo, superando la carga de prueba que recae sobre el trabajador. En este supuesto, el desplazamiento de la carga probatoria supone que para admitir la existencia del accidente *in itinere* corresponde a quien lo alega (trabajador o causahabientes) la prueba fehaciente de que el accidente ocurrió en el itinerario de ida o vuelta del trabajo, y

¹² VV.AA.: *Comentarios a la ley General de Seguridad Social*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), Editorial Aranzadi, S.S., Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 598-606.

¹³ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, A.: *El infarto sufrido en el ejercicio de funciones representativas como accidente laboral*, Aranzadi Social, 3 (II), Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 29-36.

además, que en el mismo confluyen todos los requisitos para concluir que las lesiones provocadas guardan conexión con la actividad profesional del accidentado¹⁴.

3.3.3. Enfermedades preexistentes agravadas y accidentes *in itinere*, en Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. Referencia a una práctica frecuente en el ámbito laboral

Hay Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que se refieren a enfermedades o defectos padecidos con anterioridad, agravadas a consecuencia del accidente «*in itinere*», que nos ilustran para el análisis de la Sentencia de 15 de julio. En tres de ellas - TSJ de Castilla y León, Sentencia de 14 enero 2003JUR\2003\54548¹⁵, TSJ de Islas Canarias, Sentencia num. 303/2004 de 29 marzo (JUR\2004\142287)¹⁶ y TSJ de País Vasco, Sentencia num. 1861/2005 de 12 julio (AS\2005\2639)¹⁷, referidas a enfermedades agravadas

¹⁴ SANCHEZ PEREZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Murcia, Laborum, 2013, págs. 214-228, 290-305.

¹⁵ TSJ de Castilla y León, Valladolid, Sentencia de 14 enero 2003JUR\2003\54548: “El problema fundamental de autos se plantea porque la actora presenta, derivado de enfermedad común, cambios degenerativos en los discos C5-C6 y C6-C7, con formación de osteofitos marginales, posteriores y laterales, sin signos concluyentes de hernia discal, hallándose conservada la alineación y el tallo medular, y sin signos de alteraciones valorables en la charnela occipitocervical, sufrió un accidente de circulación, en principio leve y aceptado como de trabajo por todas las partes, que motivó baja, extendida por los servicios médicos de la Mutua aseguradora, por contractura muscular postraumática y posterior alta, por curación, el día 30 de octubre, seguida, al día siguiente, de baja por enfermedad común, extendida por los servicios médicos del Insalud, sin que se discuta la procedencia de tal baja, debatiéndose si fue o no correcta el alta extendida por la Mutua, cuestión que ha de resolverse conforme a lo acordado en la instancia, y ello porque el artículo 115.2.f) de la Ley de Seguridad Social “no existe indicio alguno de que ya le hubiera sido diagnosticado a la recurrida su cuadro cervical, con lo que, a salvo prueba en contrario, ha de sostenerse que las manifestaciones clínicas justificantes de la baja extendida por el Insalud, y que ya existían cuando se extendió el alta por la Mutua, derivan del accidente laboral sufrido por la Sra. V., puesto que las mismas no consta hubieran tenido manifestación anterior, se desencadenaron por el accidente de tráfico, calificado como laboral, y persistían en el momento de extenderse el parte de alta”.

¹⁶ TSJ de Islas Canarias, Sentencia num. 303/2004 de 29 marzo (JUR\2004\142287): “una trabajadora que el día 4 de abril de 1998, cuando se dirigía a su centro de trabajo en un vehículo de transporte público, sufre una caída en la que se golpea las rodillas, que le ocasiona lesiones consistentes en «gonalgia izquierda y gonartrosis» (hechos probados segundo y tercero), se cumplen con creces todos y cada una de los requisitos necesarios para que se estime existente un accidente de trabajo de trayecto o *in itinere*, encontrándonos ante un supuesto paradigmático de tal figura jurídica” ... “A partir de la producción del referido accidente de trabajo y en el curso de la incapacidad temporal derivada del mismo, la trabajadora accidentada es dada de alta por curación por la Mutua recurrente el día 11 de junio de 1998 (hecho probado tercero), encontrándose en un estado físico tal que ese mismo día es dada de baja por los facultativos del Servicio Canario de Salud por enfermedad común con el diagnóstico de «gonalgia izquierda y derrame articular»” ... “Por ello hemos de concluir que las lesiones que presentaba la actora a fecha 8 de febrero de 2000 (fecha del informe médico de síntesis), a saber, gonalgia bilateral, debilidad en ambas rodillas y dificultad para subir y bajar escaleras, se comenzaron a exteriorizar a raíz del anteriormente referido accidente de trabajo, sin que la trabajadora hubiera manifestado anteriormente sintomatología en la zona, ni hubiera causado nunca un proceso de incapacidad temporal por tales dolencias (fundamento de derecho cuarto, con indudable valor de hecho probado), a pesar de que ya padecía un proceso degenerativo artrítico reumatoide” ... “Ninguna importancia para la resolución del presente procedimiento encierra el hecho de que a la actora se le diagnosticara a raíz de dicho accidente de trabajo una enfermedad común que cursa con un proceso degenerativo irreversible, porque la existencia de dicha dolencia no excluye la posibilidad de que exista accidente de trabajo, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 párrafo 2º letra f)...”

¹⁷ TSJ de País Vasco, Sentencia num. 1861/2005 de 12 julio (AS\2005\2639): “La trabajadora demandante argumenta que su sintomatología lumbar debutó como consecuencia de la contusión que sufrió a dicho nivel en el accidente laboral «*in itinere*» ocurrido el día 2 de abril de 2003, que no había remitido el siguiente 16 de julio, como entendieron los servicios médicos de Osakidetza al extender parte de baja médica sin solución de continuidad y con el mismo diagnóstico.

(...)

preexistentes del aparato locomotor, se presenta además, un supuesto que en la práctica genera abundante conflictividad. Se trata de aquellos casos –la mayoría– en los que la cobertura de contingencias profesionales está a cargo de una Mutua Colaboradora de la Seguridad Social; estas entidades proceden a emitir el alta médica de la incapacidad temporal por accidente de trabajo al considerar que la patología derivada del mismo está curada, y que las dolencias que sufre el trabajador son de origen común –enfermedad agravada por el accidente–, y a continuación, con o sin solución de continuidad, el médico del Sistema Sanitario Público, emite un parte de baja, al no haberse recuperado la capacidad laboral, iniciándose un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común. En estos casos, si el trabajador presenta una reclamación administrativa contra el alta de la Mutua, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), resuelve o debe resolver, como alta improcedente, en línea con lo argumentado en esas Sentencias respecto al art. 156 f) LGSS y continuar en incapacidad temporal por contingencia profesional.

Finalmente, la STSJ de Islas Canarias, Sentencia num. 219/2015 de 11 febrero (AS\2015\1462)¹⁸, trata de una enfermedad neurológica –siringomielia– que se agrava a raíz de un accidente *in itinere*, considerándose que la contingencia originadora de un nuevo proceso de Incapacidad Temporal es profesional.

La especificidad o particularidad de este tipo legal, conecta con el primero de los elementos de la definición de accidente de trabajo –el daño corporal–, por lo que para que la enfermedad precedente pueda calificarse como accidente de trabajo es indispensable que concurra el elemento causal, que juntamente con el subjetivo conforman la noción legal, es decir, que la enfermedad se haya desencadenado como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Relación de causalidad entre el accidente y la expresión de la enfermedad que como afirma la sentencia de 25 de septiembre de 1987, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, no tiene que ser necesariamente exclusiva, directa e inmediata, dada la amplitud de la formula legal, que no requiere una prueba completa e indiscutible del vínculo causal, siendo suficiente con que se de una simple relación de concausalidad y se acredite una relación de probabilidad entre ambos” ... “para que una dolencia latente del trabajador, pueda considerarse accidente de trabajo a efectos de una posterior baja médica por incapacidad temporal, deberá quedar acreditada, sino de manera indubitada al menos en términos de probabilidad, la existencia de un nexo de causalidad claro o de concausalidad o influencia entre la lesión constitutiva del accidente y la sintomatología que da lugar al citado proceso, no siendo bastante la mera coincidencia, sin influencia significativa, del accidente de trabajo con las lesiones o padecimientos causantes de la baja” ... “A la hora de establecer el nexo de causalidad entre el accidente de trabajo y la sintomatología lumbar, constituye un dato importante la ausencia de manifestaciones clínicas antes del accidente” “Todos estos datos llevan a la conclusión, no desvirtuada por ningún elemento de juicio que pueda operar en sentido contrario, de que existe una conexión causal entre el accidente de tráfico «in itinere» en que se vio involucrada la actora y la sintomatología lumbar que determinó la baja controvertida así como la improcedencia del alta médica por curación cursada por Mutua”.

¹⁸ TSJ de Islas Canarias, Sentencia num. 219/2015 de 11 febrero (AS\2015\1462): “En este caso, del inalterado relato fáctico se deduce que el demandante sufrió un accidente laboral in itinere el día 1-3-2004, con el diagnóstico: “Síndrome de latigazo cervical” ... “Con fecha 4-7-2013 inició proceso de Incapacidad Temporal derivado de enfermedad común con el diagnóstico: “Siringomielia y siringobulbia” ... “Ello quiere decir que tales lesiones, evidenciadas inicialmente a partir del accidente de trabajo sufrido por el actor el día 1-3-2004 y aunque pudieran existir con anterioridad al mismo, han venido evolucionando desfavorablemente para el mismo de forma intercurrente con las consecuencias del accidente hasta ocasionarle la baja por Incapacidad Temporal de 4-7-2013 por siringomielia y siringobulbia” ... “Por consiguiente ha de concluirse que la contingencia originadora del nuevo proceso de Incapacidad Temporal del trabajador es de naturaleza profesional; todo ello con independencia de si dicha baja tuvo ocasión en un mareo del actor inducido por su padecimiento”.

4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La Sentencia analizada considera como accidente de trabajo, la patología lumbar previa –silente–, agravada por un accidente de tráfico que se calificó como “*in itinere*”.

El problema esencial de calificación de una patología propia de enfermedad como accidente de trabajo, está en determinar su relación de causalidad con el trabajo. Sólo cuando se visualiza con claridad esa relación, se considerará como contingencia profesional –accidente de trabajo–, como sucede con el empeoramiento que sufre una enfermedad que ya tenía el trabajador, a consecuencia de la lesión sufrida por un accidente –art. 156.2 f) LGSS–, incluyendo el supuesto en que el accidente hace aflorar una patología silente –en este caso, degenerativa de columna lumbar–, apareciendo las primeras manifestaciones clínicas.

Se precisa por tanto la demostración de la efectiva influencia del ejercicio laboral en la aparición o agravación de la patología latente, debiendo existir un suceso repentino calificable como accidente de trabajo, para poder aplicar el art. 156.2 f) LGSS.

Las dificultades de la prueba de la relación causal cuando se trata de la agravación por accidente de enfermedades previas, como las del Aparato Locomotor –musculo-esqueléticas–, con un importante componente extralaboral, que hacen presumir en el tiempo lesiones similares durante el ejercicio de la vida diaria, máxime cuando se trata de un accidente *in itinere*, llevan al Tribunal a conectar las distintas vías para la calificación de accidente de trabajo, medida que se puede interpretar como un cauce más de flexibilidad y de ampliación del concepto, dando cabida a situaciones como la planteada, para favorecer la protección del trabajador.

De los tres requisitos necesarios para la aplicación del art. 156.2 f) LGSS –enfermedad previa, posterior accidente de trabajo y lesión causada por el accidente que agrave o modifique los efectos lesivos de la enfermedad preexistente– es el relativo al segundo de ellos –accidente–, el más problemático en el supuesto estudiado.

La enfermedad subyacente –silente–, en este caso de etiología común, aflora por un accidente de tráfico calificado *in itinere*. Por consiguiente, no es el trabajo, ni un suceso repentino acaecido en el mismo, el que coadyuva a que se desencadene clínicamente el proceso patológico de columna lumbar que permanecía asintomático, no existiendo nexo causal entre enfermedad degenerativa silente lumbar, trabajo ejecutado y aparición –manifestación– de lumbalgia.

En el accidente *in itinere*, la causalidad lesión-trabajo no es inmediata, sino mediata o remota –accidente impropio–, en consecuencia la realización del trabajo no es el detonante directo del accidente. El legislador establece una *presunción iuris et de iure*, para la relación de causalidad con el trabajo, pero no en relación a la lesión o trauma, que no se discute.

En el supuesto estudiado, hay que distinguir la patología traumática directa –espasmo muscular (cervicalgia) por esguince traumático– de la patología no traumática agravada por el accidente de tráfico –degenerativa lumbar de origen común–.

Las enfermedades o dolencias, surgidas o manifestadas en el trayecto de ida y vuelta al trabajo, no se califican como derivadas de accidente de trabajo, ya que como establece una consolidada jurisprudencia: 1) la presunción de laboralidad del accidente o dolencia de

trabajo establecida en el artículo 156.3 LGSS sólo alcanza a los acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo, y no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo ; 2) la asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto (“*in itinere*”) se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación; y 3) estos dos procedimientos técnicos de extensión de la protección de los accidentes de trabajo (la presunción *iuris tantum* y la inclusión expresa de un supuesto de frontera) son claramente diferenciados y no deben mezclarse.

Pueden utilizarse las dos presunciones –enfermedades agravadas por el accidente y accidente *in itinere*– para flexibilizar y ampliar el concepto de accidente de trabajo, para calificar la patología lumbar silente –aflorada por el accidente–, como contingencia profesional. Así lo ha hecho la Sentencia objeto de estudio, adelantándose a la misma, algunas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. Pero este giro jurisprudencial, en la línea de buscar por los distintos caminos posibles, la calificación de accidente de trabajo, supone forzar esta institución.

Lo más ajustado a Derecho, hubiese sido limitar a la patología de columna cervical –resultado directo del accidente– la calificación de accidente de trabajo, a efectos del origen de las prestaciones de Seguridad Social que pudieran derivarse, excluyendo de la calificación de contingencia profesional, a la patología de columna lumbar manifestada.

Esta tendencia constante de los Tribunales, a la ampliación de los supuestos calificados de accidente de trabajo, buscando la conexión con el ejercicio laboral, contribuye a desbordar aún más si cabe, el concepto legal de accidente de trabajo, lo que sugiere una reorientación del mismo.

2. Recargos por falta de medidas de seguridad

LABORUM

El Recargo de Prestaciones por Falta de Medidas de Seguridad (SSTS 4 y 23 de Marzo de 2015)

The Charge of Benefits For Lack of Safety (SSTS 4 and 23 march 2015)

JOSE LUIS MONEREO PÉREZ
JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT
CATEDRÁTICO Y PROFESOR (ACREDITADO A CONTRATADO DOCTOR),
RESPECTIVAMENTE DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

*“La lucha es el trabajo eterno del derecho [...] Desde el momento en que el
derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica”*

R. V. IHERING

Resumen

Dos importantes sentencias del Tribunal Supremo (TS) en este año vuelven a retomar la incidencia del recargo de prestaciones en dos aspectos de especial relevancia. La primera de ellas (STS 4 marzo 2015) analiza la posibilidad de extender la responsabilidad del recargo de prestaciones desde la empresa incumplidora a las Entidades Gestoras. La segunda (STS 23 marzo 2015) supone un giro radical de la postura mantenida hasta ahora por el TS, admitiendo la opción de transmitir el recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales de una empresa a otra en supuestos de sucesión, siempre que la conducta infractora se produzca en fecha anterior a dicha subrogación.

Abstract

Two important Supreme Court decisions in this year again to resume the incidence surcharge performance on two aspects of particular relevance. The first one (STS March 4, 2015) discusses the possibility of extending the responsibility of the surcharge benefits from the defaulting company to the managing bodies. The second (STS March 23, 2015) represents a radical change of the position taken so far by the TS, admitting the option of transmitting surcharge social security benefits in case of default of corporate bonds of one company to another in cases of succession, provided that the unlawful conduct occurs at date prior to such subrogation.

Palabras clave

Recargo de prestaciones, sucesión de empresas, responsabilidad, Seguridad Social

Keywords

Surcharge benefits, business succession, responsibility, Social Security

1. INTRODUCCIÓN

El recargo de prestaciones económicas es un tema recurrente en nuestra doctrina y en la jurisprudencia. Se ha convertido en una institución polémica si atendemos a los numerosos estudios y sentencias que han tratado esta cuestión. Muchos de los problemas que tienen que ver con esta institución se deben a su discutida naturaleza jurídica¹. Tras años de vacilaciones

¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

la jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que la naturaleza del recargo es compleja, no es una simple sanción, ni tampoco una prestación o indemnización. Para el Tribunal Supremo el recargo tiene una naturaleza mixta, sancionadora y punitiva. Se trata de una institución en la que converge una doble finalidad: la preventiva, en cuanto se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente; y la reparadora o resarcitoria del daño causado al trabajador por el incumplimiento empresarial en materia de prevención de riesgos laborales.

En el año 2015 vuelve a ponerse el foco en este asunto al acaecer varias resoluciones del TS que inciden en dos aspectos de especial relevancia. El primero de ellos está relacionado con la posibilidad de extender la responsabilidad del recargo de prestaciones desde la empresa incumplidora a las Entidades Gestoras. Al respecto, la STS 4 marzo 2015 analiza el artículo 123.2 LGSS (art. 164 TRLGSS de 2015)², así como la doctrina anterior, dando una solución contraria a la que dio la sala de suplicación. El segundo de los aspectos tratados en el presente año supone un giro radical de la postura mantenida hasta ahora por el TS. Se trata de la posibilidad de transmitir el recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales de una empresa a otra en supuestos de sucesión, siempre que la conducta infractora se produzca en fecha anterior a dicha subrogación. La STS 23 marzo 2015 que trata la cuestión se aparta del criterio sostenido hasta ahora consistente en negar dicha posibilidad de transferir el recargo de una empresa a otra. El sentido del fallo de esta resolución jurisprudencial se vuelve a repetir en una sentencia más reciente (STS 13 octubre 2015) en la que también se toma en consideración un supuesto de recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales ocurrido en una empresa que es sucedida por otra, cuando la infracción ocurrió antes de la sucesión empresarial, pero dándose la particularidad de que el trabajador beneficiario de las prestaciones nunca prestó servicios para la empresa sucesora que, no obstante, se le imputa la responsabilidad en el mencionado recargo³. En esta senda hermenéutica se inscribe la STS de 25 de febrero de 2016, Rec. 846/2014, declarando la procedencia del recargo de prestación de viudedad (50%) por falta de medidas de seguridad impuesto a empresa sucesora de aquélla en la que el trabajador prestó sus servicios.

2. LA STS 4 MARZO 2015: LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PAGO

La STS 4 marzo 2015 parte de unos hechos probados en los que se declaró por resolución del INSS la existencia de una responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente sufrido por un trabajador. En dicha resolución se impone a la empresa un recargo del 30 por 100 en todas las prestaciones de Seguridad Social

² Entiéndase referido al art. 164 (“Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional”) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En el texto se mantiene la referencia a la numeración anterior para facilitar el seguimiento de la argumentación de la doctrina del Tribunal Supremo.

³ Un análisis de esta sentencia en PANIZO ROBLES, J. A.: “El Tribunal Supremo reafirma su doctrina: el recargo de prestaciones por falta de medidas de prevención de riesgos laborales se transmite en los casos de sucesión de empresas (STS de 13 de octubre de 2015; rcud 2166/2014)”, *Aranzadi Digital*, 2016 (BIB 2016/663).

correspondientes y derivadas del referido accidente de trabajo. El trabajador reclamó frente a la empresa dicho recargo, estimándose su pretensión ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba. La empresa, por su parte, interpuso recurso de suplicación contra la anterior resolución ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla. En esta fase de decide revocar la sentencia de instancia declarando que la obligación de pago de las prestaciones propias del recargo le corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin perjuicio de las actuaciones ejecutivas que éste pudiera ejercitar contra la empresa.

La Entidad Gestora sostiene en su recurso ante el TS que se ha vulnerado el art. 123.2 LGSS (art. 164 TRLGSS de 2015) y tomando como referencia las sentencias de dicho Tribunal de 23 de marzo, 20 de mayo de 1994 y 22 de abril de 2004 considera que la responsabilidad del pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. Del tenor literal del precepto de aplicación se deriva con claridad que el pago del recargo de prestaciones solo alcanza a la empresa infractora, sin que quepa la posibilidad de transferencia de la responsabilidad del mismo. Se plantea a este respecto la probable confusión en que ha podido incurrir la Sala de suplicación al aplicar la responsabilidad patrimonial que podría corresponder a la Administración cuando incurre en inactividad sin que la misma pueda tener cabida en el ámbito del recargo de prestaciones, donde la responsabilidad se encuentra tasada y delimitada respecto de la empresa infractora.

Para el TS, conforme al criterio interpretativo que ofrecen los pronunciamientos reiterados con anterioridad, la interpretación literal que se desprendía de la anterior regulación del recargo (artículo 92.2 TRLGSS) al establecer que la responsabilidad en el pago del recargo recae directamente sobre el empresario infractor, no pudiendo ser objeto de aseguramiento de tipo alguno, y sin que quepa el establecimiento de cualquier pacto o contrato que se lleve a cabo para “cubrirla, compensarla o transmitirla”, no deja la menor duda de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad es directa e intransferible a cargo del empresario incumplidor. La imposibilidad legal del aseguramiento de tal tipo de responsabilidad se extiende a cualquier modalidad de seguro, sea éste público o privado. Subraya el TS que “cuando el precepto en cuestión dice que esa responsabilidad... no podría ser objeto de seguro no distingue y donde la Ley no lo hace no le es dable distinguir al intérprete”. Asimismo, se aduce igualmente que el principio de protección social proclamado por el art. 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado sino que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado. De ahí que para este Tribunal haya que recordar que no solo un recargo como el, ahora, cuestionado sino, también, otras varias prestaciones quedan fuera del área de acción del sistema protector de la Seguridad Social.

En base a lo anterior, el TS considera que “es innegable que no cabe invocar un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa, directamente, condenada a su abono, ya que el recargo por falta de medidas de seguridad tiene un carácter sancionador que hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable. No se trata, por tanto de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente. Es, por el contrario, una pena o sanción

que se añade a una propia prestación, previamente, establecida y cuya imputación solo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. Por ello, a juicio del TS, el Instituto Nacional de la Seguridad Social no tiene obligación alguna en relación con el abono del recargo, estableciéndose una imposibilidad legal del aseguramiento de tal tipo de responsabilidad, que se extiende a cualquier modalidad o tipo de seguro, ya tenga éste carácter público o privado. Desde esta perspectiva no cabe extender el régimen protector de la Seguridad Social a unas prestaciones que quedan fuera del sistema protector de la Seguridad Social. No cabe, en consecuencia, desde la consideración del carácter sancionador del recargo justificar la traslación de responsabilidad empresarial hacia la Entidad Gestora, correspondiendo la imputación en forma exclusiva a la empresa que se erige así en única responsable de las obligaciones derivadas de la seguridad e higiene en el trabajo.

3. LA STS 23 MARZO 2015: TRANSMISIBILIDAD DEL RECARGO EN LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE EMPRESAS

La opción de la transmisión del recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales de seguridad acaecida en una empresa que con posterioridad es sucedida por otra, siempre que tal circunstancia se hubiera producido con anterioridad a dicha sucesión no ha suscitado especial controversia. La posición del Tribunal Supremo (TS) ha sido la de negar en este asunto la posibilidad de trasladar el recargo a la nueva empresa que asume todos los derechos y obligaciones mediante una subrogación empresarial. Para sostener dicha postura obstativa de que se transmitiera de la empresa incumplidora a la sucesora el recargo se apelaba al art. 123.2 LGSS (art. 164 TRLGSS de 2015), que proclamaba la responsabilidad “directa del empresario infractor”, de la que se deducía el carácter personalísimo y sancionador del recargo. Ejemplos de esta posición defendida por el TS las encontrábamos en las SSTS 18 julio 2011 y 28 octubre 2014.

Pese a lo anterior, el TS se ha decantado en el 2015 por alterar la interpretación realizada hasta ahora a través de la STS 23 marzo 2015, tomando como referencia la STJUE 5 marzo 2015 (Asunto C-343/13) sobre la aplicación de la Directiva 78/855, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (hoy ya Directiva 2011/35, de 5 abril). Se rectifica, de este modo, la doctrina consolidada respecto de la transmisibilidad, en los casos de sucesión de empresas, del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, impuesto a la empresa sucedida por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, cuando la conducta infractora se había producido en fecha anterior a la realización de la sucesión empresarial.

3.1. El supuesto de hecho enjuiciado

El caso enjuiciado aborda la problemática relativa al fallecimiento de un trabajador a causa de una enfermedad profesional contraída durante el tiempo de prestación de servicios para la empresa “Rocalla, SA”, declarando el INSS la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el trabajo. En dicha resolución se impone el consiguiente recargo de prestaciones del 50 por 100 a la empresa que absorbe Rocalla, SA, que es Uralita, SA. Esta entidad interpone demanda ante el Juzgado de lo Social solicitando la anulación del recargo, el cual confirma la resolución del órgano administrativo y,

posteriormente, presenta el correspondiente recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ante el cual se denuncia la errónea interpretación del art. 123 LGSS (art. 164 TRLGSS de 2015), basándola en tres argumentos jurídicos: a) la falta de responsabilidad por no tratarse de la empresa infractora ya que hasta el año 1995 no tuvo lugar la sucesión entre ambas empresas; b) que el porcentaje del recargo debería graduarse atendiendo al breve período de prestación de servicios del causante; y, c) que la responsabilidad únicamente se podría imponer si se hubiera acreditado que la empresa no facilitó los medios necesarios para permitir que el trabajo fuera realizado en condiciones de seguridad e higiene adecuados.

La STSJ 15 noviembre 2013 desestima el recurso de suplicación presentado por Uralita, SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2012⁴. Debido a ello, la empresa decide formular recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando contradicción de la sentencia recurrida con la STS 18 julio 2011, en la que, ante un caso análogo, se había declarado la intransmisibilidad del recargo de prestaciones en supuestos de sucesión de empresas. Se denuncia, en este sentido, la infracción del artículo 44 ET en relación con el art. 127 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015).

3.2. La doctrina precedente

La posición mantenida por la Sala de lo Social del TS en este asunto ha sido la de matizar la responsabilidad de la empresa sucesora en los supuestos de recargo de prestaciones⁵. Pese a que el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que apuntaría a una posible extensión de su responsabilidad en supuestos de sucesión de empresa conforme a lo previsto en el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015), se considera, no obstante, que debe prevalecer la función preventiva/punitiva. En base a ello, se postula la primacía de la idea de “empresario infractor” que se desprende de la redacción del art. 123.2 LGSS (art. 164 TRLGSS de 2015) que proclama la responsabilidad directa de éste, de la que se deduce el carácter personalísimo y sancionador del recargo, obstativo de que se transmita de la empresa incumplidora a la sucesora. Por tanto, la responsabilidad que implica el recargo es intransferible por la vía del art. 44 ET.

3.3. La nueva interpretación adoptada

La STS 23 marzo 2015 opta por separarse de la doctrina anterior en la que se declaraba, a partir de dar preeminencia a la dimensión punitiva, la intransferibilidad de la responsabilidad que comporta el recargo por la vía de la sucesión de la empresa. Esta posición jurisprudencial se ve rectificada completamente por la sentencia citada, entre otras razones, por las exigencias planteadas por la STJUE de 5 marzo de 2015.

⁴ Sobre esta sentencia, *vid.*, ROMERO BURILLO, A. M.: “El recargo de prestaciones en los supuestos de sucesión de empresas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014 (BIB 2014/1068).

⁵ SSTS 18 julio 2011 (rcud. 2502/2010 y 28 octubre 2014 (rcud. 2874/2013).

La solución adoptada parte de una reconsideración del tema objeto de discusión, entendiéndose que, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva. Ello comporta que, de forma opuesta a la doctrina anterior, la consecuencia inducible de las previsiones del art. 123.2 (art. 164 TRLGSS de 2015) ha de ceder frente a las derivables del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015), lo que resulta del todo coincidente con la doctrina comunitaria derivada de la sentencia del TJUE mencionada.

Para llegar a esta conclusión, el TS realiza unas consideraciones previas. En primer lugar, sostiene que el art. 44.3 ET salva –en la materia del régimen jurídico que corresponde a la sucesión de empresa– la regulación específica de “la legislación de Seguridad Social”, lo que comporta una remisión a este ámbito normativo e impone en el mismo la necesidad de una respuesta, expresamente regulada por el legislador u obtenible por analogía. Por otro lado, el art. 123.2 LGSS (art. 164 TRLGSS de 2015) no contempla la específica incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por recargo de prestaciones, puesto que se refiere exclusivamente a la imposibilidad de transmitirla por negocio jurídico específico ad hoc y destinado a “cubrirla, compensarla o transmitirla”. Por el contrario, el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015) sí prevé la transmisión de prestaciones en los casos de sucesión de empresas, señalando que el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión.

Pese a que este último precepto se refiere específicamente a las “prestaciones” y no al “recargo de prestaciones”, el TS subraya que dicha laguna legal debe colmarse con el propio ordenamiento de la Seguridad Social, mediante la inclusión del recargo de las prestaciones dentro de los supuestos previstos en el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015). En apoyo de esta solución, el TS sostiene que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de “prestación” en los más variados aspectos: por un lado, su regulación por la LGSS se hace en Sección 2ª titulada “Régimen General de las Prestaciones”, ubicada en Capítulo III denominado “Acción Protectora” y dentro del Título II “Régimen General de la Seguridad Social”; por otro, la competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye “la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social”; en tercer lugar, el procedimiento para la imposición del recargo es el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996; en cuarto lugar, los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 son de aplicación al recargo de prestaciones (art. 121.3 LGSS); en quinto lugar, el recargo es objeto de capitalización y susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como las pensiones de las que se declara la responsabilidad empresarial; en quinto lugar, el plazo de prescripción que le resulta aplicable es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones.

Una vez aclarada la aplicación del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015) al caso enjuiciado, el TS analiza la referencia de dicho precepto a las prestaciones causadas con objeto de precisar el alcance temporal de la transmisión de la responsabilidad del recargo. Pues bien, para el citado Tribunal la expresión “causadas” no solo comprende las ya reconocidas con

anterioridad a la subrogación, sino que, partiendo de una interpretación material, la misma ha de recoger también a las “generadas”, con independencia del momento de su reconocimiento. Esta interpretación es la más razonable, a juicio del TS, cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que el referido mandato del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015) no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión, sino que igualmente ha de alcanzar a los que, por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad, se hallasen “*in fieri*” a la fecha de cambio empresarial.

Por último, nuestro más alto tribunal viene a realizar una última consideración de no poca trascendencia, la de que la transmisión de la responsabilidad del recargo de prestaciones no solo resultará de aplicación en los casos de fusión por absorción, que es el corresponde al supuesto de hecho enjuiciado, sino a todos los casos de sucesión empresarial: fusión por constitución, escisión, fenómenos de transformación o cesió global de activo o pasivo. A esta conclusión llega el TS a partir del examen que realiza de la Directiva 78/855/CE y la STJUE 5 marzo 2015 (Asunto C-343/13), entendiendo que pese a que el caso examinado por el tribunal comunitario se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso objeto de estudio por nuestro tribunal, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio, y por otra parte la 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 se hace.

4. VALORACIÓN DE CONJUNTO

Las dos sentencias analizadas (a la que cabe añadir, en la misma dirección interpretativa, la STS de 25 de febrero de 2016, Rec. 846/2014) vuelven a hacer del recargo de prestaciones una figura polémica (a pesar de que el propio Tribunal Supremo continúa manteniendo el carácter complejo, sancionador y reparador del recargo de prestaciones) en la que lejos de darse una solución cerrada a los problemas que suscita, de nuevo cobran fuerza las interpretaciones encontradas. Prueba de la falta de unidad de criterio en torno a esta institución la encontramos en la segunda de las resoluciones en las que se han sucedido dos votos particulares. No sólo esto sino que en la STS 23 marzo 2015 se da un cambio interpretativo de enorme relevancia. La tesis que hasta ahora venía manteniendo el TS avalaba que, en los casos de sucesión de empresas, el ordenamiento socio-laboral obligaba a fijar una responsabilidad solidaria de la empresa sucesora respecto de las “prestaciones” de Seguridad Social de las que pudiera resultar responsable la empresa sucedida o anterior, si bien con exclusión del recargo de prestaciones en atención a su especial regulación y su naturaleza mixta –punitiva o reparadora–, de modo que el carácter punitivo obstaculizaba el mecanismo de la subrogación contenido en el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015). El nuevo criterio adoptado prevé que la regulación actual del recargo no contempla la incidencia que puede tener en el mismo la sucesión de empresas, existiendo en este sentido una laguna legal que se debe completar con los preceptos propios de la legislación de Seguridad Social, sosteniendo *hic et nunc* la aplicación del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de

responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015) y, por tanto, la transmisibilidad en estos casos de este tipo de responsabilidad.

Estamos ante una solución que deriva lógicamente de la naturaleza plural de la figura del recargo y que muestra la tensión presente en una institución que aspira a cubrir determinados objetivos, pero que se muestra limitada a la hora de ofrecer soluciones adecuadas, si tenemos en cuenta la inexistencia de responsabilidad subsidiaria de las Entidades Gestoras y la imposibilidad de su aseguramiento⁶. Por ello, resulta problemática la opción interpretativa del TS a la hora de colmar las insuficiencias del ordenamiento socio-laboral en orden a proteger los derechos de los trabajadores en los casos de transmisión empresarial. Aunque ciertamente, la jurisprudencia comunitaria impone que las leyes nacionales deben interpretarse en el sentido que mejor se acomode a las finalidades perseguidas por las Directivas sobre fusión de empresas. En todo caso, sería necesario establecer una regulación más precisa del recargo de prestaciones manteniendo su naturaleza jurídica compleja, sancionadora y reparadora, pero determinando con mayor concreción su régimen jurídico para los distintos supuestos controvertidos en la experiencia jurídica.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., y SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El recargo de prestaciones y la nueva doctrina jurisprudencial. Una reflexión crítica a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y de 23 de marzo de 2015”, *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2015 (LA LEY 7728/2015). El problema de la responsabilidad empresarial quedaría en gran medida resuelto atribuyendo a la institución pública del FOGASA también este ámbito de responsabilidad, o creando una institución pública *ad hoc* financiada por los empresarios que cubriera ese ámbito de responsabilidad.

Intereses de capitalización asociados al recargo
Comentario a la STS 3^a de 14 de abril de 2015. RJ 2015/1527
Associated with interest capitalization surcharge
Commentary to supreme court decision 3rd, of april 14, 2015.
RJ 2015/1527

SOFÍA OLARTE ENCABO
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La STS (3^a) de 14 de abril de 2015, resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina, desestimándolo y confirmando la Sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid., de 11 de julio de 2013, que declaró que los intereses de capitalización del capital-coste de recargo sobre una prestación de incapacidad permanente, no se calculan a partir de la notificación por la TGSS (la fecha de reclamación del importe de la deuda), sino desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador. Aborda, en definitiva el cálculo del recargo de prestaciones a abonar por la empresa en relación con una prestación de incapacidad permanente absoluta, previa declaración de responsabilidad en el hecho causante por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral. La Sala de lo Contencioso-Administrativo acoge así el criterio mantenido por la Sala de lo Social, según cuya jurisprudencia los intereses de capitalización asociados al concepto de capital-coste del recargo no surgen de un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital-coste en su actualización al momento del hecho causante. Por tanto, a los efectos dies a quo para su cálculo se ha de partir desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador y no desde la fecha en que se notifica por la Tesorería General de la Seguridad Social la reclamación de la deuda.

Palabras clave

intereses de capitalización, recargo, capital-coste, prestación de incapacidad permanente, cálculo, *dies a quo*, enfermedad profesional, medidas de seguridad y salud

Abstract

Performance fee payable by the company in connection with the provision of permanent total disability, prior declaration of responsibility for the triggering event for breach of safety measures and occupational health. Interest capitalization associated with the concept of capital cost surcharge will not arise from a delay in income, but part of the capital cost in updating the time of the event itself. Effects ten quo for calculation: from the date of recognized purpose of providing the worker and not from the date it is notified by the General Treasury of the Social Security debt claim.

Keywords

interest capitalization, surcharge, capital cost, permanent disability benefit, calculation, dies a quo, occupational disease, health and safety measures.

1. SUPUESTO DE HECHO

La STS (3ª) de 14 de abril de 2015, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Uralita S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección Tercera) de fecha 11 de julio de 2013 (PROV 1013, 298120), dictada en procedimiento ordinario, sobre intereses de capitalización asociados al concepto de capital-coste de recargo sobre la prestación por incapacidad permanente de un trabajador por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas, con el límite fijado en el fundamento de derecho sexto de la sentencia (2.000 euros por todos los conceptos).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (Sección Tercera) dictó sentencia el 11-07-2013 desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa contra la resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de 6 de septiembre de 2011, por la que desestimaba el recurso deducido contra la resolución anterior del mismo órgano, de fecha 20 de julio de 2011, por la que se reclamaba a la empresa la suma de 137.555,50 euros a que ascendía la capitalización del recargo del 50% sobre la prestación de incapacidad permanente absoluta causada por el trabajador como consecuencia de la responsabilidad de la citada empresa por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La IP absoluta tiene su causa en la enfermedad profesional contraída por el trabajador, habiendo sido declarada la responsabilidad de la empresa por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en noviembre de 2010. En el recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, la empresa recurrente pretendía que la fecha inicial para el cómputo de la reclamación por intereses de capitalización respecto del capital-coste sobre el que recaen se fijara en el día en que se expidió la correspondiente reclamación del importe de la deuda y no, como sostenía la TGSS, desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador. La STSJ Madrid de 11-07-2013 desestimó el recurso por considerar que en lo referente a los intereses de capitalización, su aplicación ha de serlo desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador –22 de mayo de 2002–, hasta la fecha en que se efectúe el ingreso del capital coste a disposición de la Tesorería General de la Seguridad Social, en base a lo dispuesto en el artículo 201.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social –texto de 1994–, conteniéndose la procedencia del abono de los intereses de capitalización en los artículos 69, 70 y 75 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/04, de 11 de junio.

Según entiende el TSJ de Madrid en la sentencia recurrida, los intereses no se generan por mora o retraso en el pago, sino por mandato legal desde la fecha de efectos de la pensión hasta la fecha de cálculo del capital coste correspondiente al recargo, pues se trata de intereses legales, no moratorios que son de actualización –no recargos– y para tal fin, considera el TSJ, que es lógico que se produzcan o generen desde el momento en que la capitalización produce efectos económicos, ya que solo así se produce la actualización. Por ello, concluye que dichos intereses tienen por finalidad la actualización del capital coste de las prestaciones causadas, es decir, determinar “el importe actual” del mismo en el momento del ingreso.

La Sentencia de contraste, traída por el recurrente en recurso de casación para unificación de la doctrina, es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17 de marzo de 2009. En ella también se resolvía la cuestión relativa a la determinación del *dies a quo* para el cómputo de los intereses de capitalización asociados al capital-coste de recargo en relación con una prestación –en la sentencia de contrastaste, de viudedad– que debía abonar la empresa como consecuencia de su previa declaración de responsabilidad en el hecho causante de dicha prestación por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral. Efectivamente, esta sentencia mantenía el criterio de la empresa, ahora recurrente en casación, en relación con los intereses de capitalización en base a lo dispuesto en el art. 70.1 párrafo segundo del Reglamento General de Recaudación, según el que los intereses de capitalización que se devenguen desde el día en que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda, hasta el de su pago serán liquidados y adicionados por el sujeto responsable de éste. Razón por la que la reclamación por intereses se limita a la fecha de reclamación del importe por la TGSS.

El TS, aprecia la necesaria concurrencia de contradicción, al considerar que se trata en ambas sentencias de litigantes en la misma posición procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales; existiendo, además incompatibilidad lógica entre ambos pronunciamientos, de forma que no pueden ser verdaderos jurídicamente hablando y falsos o contrarios a Derecho a la vez. El hecho de que la sentencia impugnada se refiera al recargo por la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional del trabajador y que la aportada como de contraste aborde este mismo recargo respecto de una pensión de viudedad causada por el fallecimiento del trabajador, no afecta a la concurrencia de la requerida identidad fáctica, ya que lo verdaderamente relevante no es la clase de prestación, sino la relación del hecho causante con el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud y la determinación de cómo han de calcularse los intereses de capitalización del capital-coste del recargo sobre aquella prestación, resultando indiferente, por ello, la naturaleza de la misma.

En efecto, considera con acierto el TS, que en ambos supuestos de hecho la TGSS había calculado los intereses de capitalización del capital-coste del recargo desde la fecha de efectos de la prestación reconocida y frente a dicha tesis, ambos demandantes defendían que dicho cómputo debía iniciarse en la fecha en que se notifica por la TGSS la reclamación de la deuda. Pese a ello, las dos resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM llegaron a soluciones ontológicamente contradictorias. En la impugnada en el recurso de casación resuelto en la sentencia analizada aquí, se considera que, entre otros, pero sobre todo en base a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento General de Recaudación, los intereses de capitalización deben aplicarse desde la fecha de la prestación reconocida al trabajador. Mientras que en la de contraste, por el contrario, se sostiene, con idéntico sustento normativo, que dichos intereses se devengan “desde que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda”.

A partir de este supuesto de hecho y antecedentes jurídicos, el TS se pronuncia sobre la doctrina que considera correcta, sobre la base de una muy escueta fundamentación jurídica que, en definitiva, consiste en una remisión a la doctrina sentada al respecto por el orden social y que analizamos a continuación de forma más detallada.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandante, afirmando que la doctrina correcta es la aplicada por la sentencia impugnada y no la de contraste. La fundamentación de dicha posición se recoge única y exclusivamente en el Fundamento Jurídico Quinto, en el que, aunque no sea propiamente la razón desestimatoria, el TS señala que es, además, la solución interpretativa adoptada por el propio TSJ de Madrid en la práctica totalidad de sus pronunciamientos, enumerando solo algunos de los más recientes. Razón por la que el TS considera la sentencia de contraste como un pronunciamiento “absolutamente aislado”. No parece por sí solo un argumento susceptible de sustentar razonablemente, en este caso, la desestimación del recurso, sin embargo, es evidente que ello pesa en la consideración del Tribunal Supremo, cuando, tras referirse a tal circunstancia afirma: “Y es, además, la doctrina de lo Social del Tribunal Supremo”.

Y este es el segundo argumento de la Sala Tercera del TS, la doctrina de la Sala de lo Social del mismo TS, mencionando las Sentencias de 21 de julio de 2006 (RJ 2006, 8051) y de 11 de julio de 2007 (RJ 2007, 6497) a la que, en realidad, no hace sino remitirse, transcribiendo los razonamientos esgrimidos por la Sala de lo Social del TS. Concretamente, recoge la doctrina de la Sala de lo social que considera que el recargo de prestaciones derivadas de accidente por infracción de las medidas de seguridad, a parte de sus características sancionadoras respecto del empresario incumplidor, tiene también, al menos respecto de los beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social (...) de modo que el recargo sigue el mismo régimen que las prestaciones. Siendo esto así, como las prestaciones deben satisfacerse desde la fecha del hecho causante, es evidente que los elementos a tomar en cuenta para los cálculos actuariales en ese momento (tablas de mortalidad) arrojarían un capital coste superior al fijado en el momento posterior de la liquidación e ingreso, con el consiguiente perjuicio de la Tesorería que habrá de abonar la prestación desde aquella fecha, a no ser que se corrija ese desfase temporal mediante los intereses de capitalización. Por tanto, es claro que la jurisprudencia del orden social no considera que se trate de intereses moratorios por el retraso en el ingreso de una deuda líquida, sino de fijar el capital coste necesario para abonar las prestaciones, ya incrementadas por el recargo, desde el momento del hecho causante. En definitiva los intereses de capitalización constituyen un acto único, no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste por un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital coste en su actualización al momento del hecho causante, que es desde cuando debe pagarse la prestación incrementada por el recargo.

La Sala Tercera acoge la doctrina de la Sala Cuarta, confirmando que los intereses de capitalización no se generan por el retraso sino por mandato legal, ya que forman parte del propio capital-coste en su actualización al momento del hecho causante. Por ello deben aplicarse desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador, tal y como hace la sentencia impugnada.

En definitiva, puede decirse que la Sala Tercera no aporta ningún argumento nuevo ni a favor –ni, menos aún– en contra de la jurisprudencia del orden social que aquí se limita a reproducir, sin que la cuestión merezca a juicio del este tribunal mayor reflexión, ya que implícitamente, se reconoce el mayor conocimiento de la figura del recargo por el orden social, aunque competencialmente corresponda al orden contencioso-administrativo la

resolución de este recurso. Por ello, si algo es destacable de la Sentencia no es precisamente ni la aportación de una nueva línea de interpretación, ni tampoco de otros argumentos jurídicos que los ya señalados. Lo “destacable” es que el orden contencioso administrativo recoja –asumiéndola como propia– la interpretación mantenida por el orden social, como, también ha hecho el TSJ, 3ª, de Madrid, en casi todos sus pronunciamientos. Coincidencia que, dado lo acertado de su construcción teórica, se valora positivamente tanto en cuanto al fondo y al caso concreto, como más ampliamente, en cuanto a que contribuye a una mayor seguridad jurídica en términos de coherencia jurídica, ya que, aunque dos órdenes jurisdiccionales no tienen por qué llegar a las mismas conclusiones necesariamente, no cabe duda de que cuando se interpreta la misma norma jurídica e institución la coincidencia de resultados fortalece la coherencia técnica de una figura ya de por sí compleja, como es el recargo de prestaciones.

La Sentencia del TS (4ª) de 11 de julio de 2007, resolvió un recurso de casación en unificación de doctrina, casando la STSJ Andalucía –Granada– de 17 de mayo de 2006 y estimando el recurso planteado por la Mutua Iberbmutuamur. Es cierto que el supuesto de hecho es distinto del enjuiciado en la sentencia objeto de análisis aquí, ya que en ella se dilucida si en el derecho al reintegro de prestación anticipada por la Mutua, siendo responsable el empresario, debe incluir o no el interés de capitalización. Para el TS la obligación de constituir todo capital-coste de renta incluye en todo caso, como parte integrante de la misma, la de satisfacer estos intereses, ya que el abono de los mismos forma parte necesaria e ineludible del contenido de esta obligación de constituir el capital coste de renta. En otros términos, este abono de intereses se tiene que presentar en todos los casos de constitución de un capital coste, pues entre la fecha inicial de efectos económicos de la prestación y la fecha de ingreso de ese capital, necesariamente tiene que mediar el transcurso de un período de tiempo que en ocasiones puede ser muy dilatado. Siendo claro que es imposible que el ingreso de dicho capital se haga efectivo el día inicial de los efectos económicos de la prestación y por tanto, el pago de los intereses se produce siempre y en todo caso en una operación de este tipo.

La jurisprudencia del orden social considera, además, los intereses como un elemento consustancial y necesario y ello tanto a la luz del vigente Reglamento General de Recaudación como del anterior de 1995, lo que reconoce también la STS 4ª de 21 de julio de 2006.

El hecho de que el orden contencioso acoja el mismo criterio jurisprudencial se ha de valorar positivamente, aunque, a diferencia de las sentencias del orden social aludidas, que se refieren al reintegro por anticipo de la prestación, del que es competente el orden social, la sentencia analizada enjuicia una resolución de la TGSS que es recurrida ante el orden contencioso-administrativo. Unidad de criterio de ambos órdenes jurisdiccionales que redundará, como se ha señalado, en la seguridad jurídica y en una adecuada protección de la siempre deficiente tutela de los trabajadores frente a los riesgos del trabajo.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Las contingencias profesionales del sistema de Seguridad Social cuentan con un régimen privilegiado en materia de prestaciones, lo que, aunque pueda ser cuestionado por el agravio comparativo que supone respecto a las contingencias comunes (y no por cuestionar la existencia de una responsabilidad empresarial objetiva), no deja de ser un sistema de

protección insuficiente, ya que las prestaciones de la Seguridad Social no cubren la totalidad del daño que se produce como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Precisamente por ello, de forma complementaria, nuestro sistema establece dos posibles mecanismos adicionales –y compatibles– de reparación en determinados casos: el recargo de prestaciones y la eventual indemnización civil adicional. Desde mi punto de vista, es esta insuficiencia estructural a los mecanismos de reparación en las contingencias profesionales la que subyace en la figura del recargo de prestaciones, que no conoce parangón en ningún otro tipo de relaciones jurídicas.

En lo que ahora nos interesa, el recargo de prestaciones proporciona una reparación del daño adicional o complementario a las prestaciones de la Seguridad Social. No obstante, el mismo sólo procede cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se sustenta en culpa del empresario, con incumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales, cuya cuantía se determina mediante un incremento porcentual respecto de la correspondiente prestación de la Seguridad Social, de un 30 a un 50 por ciento, tal y como establece el artículo 164.1 del vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre –art. 123 del Texto Refundido de la LGSS de 1994–.

Es importante dejar sentado, para comprender la posición del orden social en relación con el recargo, que las prestaciones de la Seguridad Social, en caso de contingencias profesionales constituyen un aseguramiento público y obligatorio de la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Una responsabilidad que es objetiva, ya que la obligación de reparar se sustenta en la mera actualización del riesgo, sin necesidad de que concurra culpa del empresario. Las prestaciones de la Seguridad Social, no obstante, no reparan totalmente el daño, con el que no se establece una plena correspondencia. Y esto es importante porque, de la misma manera, el recargo, que consiste en un incremento porcentual sobre la misma, tampoco guarda dicha correlación, siendo la indemnización civil adicional la que podría completar la reparación íntegra. A diferencia de la prestación, sustentada en la responsabilidad objetiva señalada, el recargo requiere la concurrencia de culpa, pero ambos, prestación y recargo están coligados conceptual y jurídicamente hablando.

El recargo, ex artículo 164.1TRLGSS/2015, no es sino un incremento, que según la gravedad de la falta, puede ir del 30 al 50 por ciento, que opera sobre todas las prestaciones que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando concurra culpa empresarial. Más concretamente, es un derecho que se reconoce a cargo del empresario cuando *“la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentario, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”*. Siendo una responsabilidad que recae directamente sobre el empresario infractor, no pudiendo ser objeto de seguro alguno y *siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla*.

La naturaleza jurídica de esta peculiar institución jurídica ha sido –y aún hoy– objeto de un intenso debate doctrinal¹, en el que, sintéticamente, se enfrentan quienes consideran que se trata de una sanción punitiva –ya que el recargo se sustenta en una previa infracción administrativa o incluso penal, se cuantifica, con independencia del daño, en función de la gravedad de la falta y no es asegurable, lo que concuerda con la función preventiva de las sanciones punitivas– y quienes consideran que se trata de una reparación por daño (una indemnización) que abona el causante del mismo a la víctima o sus familiares y que guardaría una cierta conexión con el daño, ya que consiste en un incremento de una prestación de la Seguridad Social.

Sin pretender entrar aquí en dicho debate, puesto que este trabajo se limita a realizar un comentario doctrinal de una sentencia, lo que sí es importante a la hora de valorar ésta es que el problema de la naturaleza jurídica ha sido un punto crucial en la determinación de muchos elementos de su régimen jurídico, así como en relación con la procedencia o no del descuento del recargo de la eventual indemnización civil. En efecto, si se considera que el recargo es una sanción, en ningún caso el recargo sería aplicable, como límite de la indemnización, y, por tanto, solo cabría deducir de la cuantía de la indemnización civil, la cuantía de las prestaciones de la Seguridad Social. A partir de la STS de 2 de octubre de 2000 se impuso la tesis sancionadora, resolución en la que el TS, aun invocando la doctrina anterior sobre la exclusión de la responsabilidad del INSS en el abono del recargo en caso de insolvencia del empresario responsable, sentó la naturaleza sancionadora en la función fundamentalmente preventiva del recargo, actuando el recargo sobre el empresario como mecanismo coercitivo en orden al cumplimiento del deber de seguridad, función que quedaría neutralizada si el recargo pudiera ser compensado o absorbido por las otras vías de reparación –la prestación y la indemnización–. En cambio posteriormente, en relación con los problemas de prescripción y caducidad en el procedimiento del recargo, la STS de 17 de abril de 2007 matizó la jurisprudencia anterior y aun manteniendo la tesis sancionadora, reconoció la concurrencia de elementos en el recargo que no son propios de las sanciones, por lo que acabó considerando que el recargo tiene una naturaleza compleja o mixta, para, de esta manera poder así sostener la no procedencia de la caducidad y la suspensión del procedimiento de recargo. Posteriormente, las Sentencias del TS de 14 de febrero de 2007 y de 9 de julio de 2008, se separaron de la tesis sancionadora señalando que, sin perjuicio de su función preventiva, el recargo no implica imposición de sanción sino reconocimiento a la víctima o sus beneficiarios de un derecho patrimonial. Y la STS de 30 de junio de 2008 decidió la no aplicación del principio de presunción de inocencia en lo relativo al

¹ Para una visión más completa de las diferentes posiciones doctrinales, vid. CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, J.: *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes del porcentaje aplicable*, Bormarzo, 2005 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Bormarzo, 2008; DESDENTADO BONETE, A.: “El recargo de prestaciones y su aseguramiento. Contribución a un debate”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003 y “La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de cobertura”, en AA.VV., *El futuro de la jurisdicción social. Congreso de Magistrados del orden social*, CGPJ, Madrid, 2007; MERCADER UGINA, J.: *Indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo. Seguridad Social y Derecho de daños*, La Ley, 2001; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1992; PURCALLA BONILLA, M.A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral: análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Comares, 2000; SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN GIMÉNEZ, R.: *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

reconocimiento del recargo, sentencia que se fundamentó en que el recargo no tiene la consideración formal en nuestro ordenamiento de sanción tipificada como tal por una ley; y ello aun en contra de lo que había resuelto el TS en la STS de 16 de enero de 2006, que aplicó la presunción de inocencia el empresario por entender que el recargo tiene un contenido sancionador.

Al margen de las objeciones que se pueden realizar a ambas tesis, la singularidad de esta figura, el recargo, además de lo escueto de su régimen jurídico, han permitido a la jurisprudencia la reconstrucción-integración de su régimen jurídico y lo cierto es que lo ha realizado casi siempre en el sentido de la mayor favorabilidad para la víctima o sus beneficiarios en todos los elementos de su régimen jurídico. A título de ejemplo, además de los aspectos ya referenciados en las sentencias mencionadas, el TS en su Sentencia de 27 de septiembre de 2000 consideró que el porcentaje del recargo se aplica a todas las prestaciones económicas (indemnizaciones a tanto alzado, subsidios, pensiones) y ello en totalidad, lo que implica que también se extienda al incremento por gran invalidez, pues la norma exige que el recargo se aplique sobre el total de la prestación sin excepción.

En la Sentencia que nos ocupa, aunque sólo se limite a recoger el criterio de la Sala IV, se observa idéntica orientación jurisprudencial, en el sentido de optar por la solución más favorable a la víctima –en este caso en el cálculo de los intereses–, con independencia de que ello encaje más con la naturaleza punitiva o indemnizatoria, haciendo lo que podemos calificar como una interpretación teleológica. Pero, a diferencia de las sentencias anteriormente referenciadas, la fundamentación del TS en la Sentencia aquí comentada, no se refiere expresamente a la naturaleza jurídica del recargo, tema que se obvia, sino que, directamente, se orienta a su vinculación finalista con la prestación (no olvidemos que el recargo consiste en un porcentaje sobre la prestación de la Seguridad Social). La Sala IV, a cuya doctrina se remite la Sala III, de la misma manera que también ha optado por vincular el recargo a la prestación a la hora de establecer el plazo de prescripción, que, como es sabido, al no estar expresamente regulado, considera es el de cinco años del art. 43.1. LGSS (plazo general de prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones, que se corresponde con el artículo 53 del vigente TRLGSS) y no el plazo general de las acciones laborales previsto en el art. 59 ET –un año– ni el previsto para las sanciones en la LISOS, aquí también vincula el recargo y la prestación para la determinación del *dies a quo* para calcular los intereses de capitalización.

En efecto, la doctrina de la Sala IV a la que remite la STS (3ª), de 14 de abril de 2015 –SSTS (4ª) de 21 de julio de 2006 y de 11 de julio de 2007– considera que el recargo tiene, al menos respecto de los beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social, razón por la que el mismo ha de seguir el régimen propio de las prestaciones de la Seguridad Social. Y, dado que el derecho a prestación nace en la fecha del hecho causante, los elementos a tomar en cuenta para los cálculos actuariales en ese momento arrojarían un capital coste superior al fijado en el momento posterior de la liquidación e ingreso, con el consiguiente perjuicio para la TGSS que habría de abonar la prestación desde aquella fecha, a no ser que se corrija ese desfase mediante los intereses de capitalización. Por tanto, considero que esta doctrina, que se valora positivamente, no pretende defender la existencia de unos intereses por mora, sino que, simplemente, garantiza el que se fije el capital coste necesario para el abono de las prestaciones ya incrementadas por el recargo, desde el momento del hecho causante. Y en ese sentido es correcto afirmar que constituyen un acto

único, que los intereses son una partida del capital coste en su actualización al momento del hecho causante, siendo éste el momento desde el que se ha de pagar la prestación incrementada con el recargo.

Pese a ello, lo cierto es que el artículo 70 del Reglamento General de Recaudación, al regular el “plazo reglamentario de ingreso”, no es lo suficientemente claro. De un lado, el en apartado 1, establece que el plazo reglamentario de ingreso de los capitales coste de pensiones se iniciará al día siguiente de la notificación de la reclamación de la deuda practicada por la Tesorería General de la Seguridad Social por el importe fijado en la resolución firme de la entidad gestora o colaboradora, del capital coste, de los intereses de capitalización y, en su caso, del recargo por falta de aseguramiento y finalizará el último día hábil del mes siguiente al que se produzca dicha notificación. Por tanto, no especifica el dies a quo del cómputo de intereses. Y, de otro lado, en el segundo párrafo de dicho apartado 1, establece que los intereses de capitalización que se devenguen desde el día en que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda hasta el de su pago serán liquidados y adicionados por el sujeto responsable de éste. Por tanto, solo alude a intereses en caso de mora propiamente dichos, sin aludir a los intereses que se generan respecto al recargo desde el momento del hecho causante.

A modo de conclusión final, podemos decir que hay una tendencia a la confluencia en el tratamiento de los intereses en relación con los recargos tanto en el orden social, como por asumirlos, en el orden contencioso-administrativo, de la misma manera que la jurisdicción civil hace planteamientos análogos en relación con la indemnización. A la postre es claro que la figura del recargo, siendo una figura jurídica sumamente original o atípica, cuenta con una muy deficiente regulación, lo que obliga a una auténtica labor de reconstrucción judicial y jurisprudencial, en la que es visible que se ha “superado” el intento de su reconducción a la naturaleza jurídica de instituciones tales como la indemnización, la sanción o la prestación de Seguridad Social y se ha buscado la máxima tutela tanto de la víctima o su beneficiario como del interés público de tutela del sistema de Seguridad Social y de su función. Y siendo ello encomiable, no deja de resultar contrario al principio de seguridad jurídica, el que una institución así, de vital importancia tanto desde la perspectiva reparadora de daños derivados del trabajo, como desde la vertiente preventiva esté regulada de forma tan sumamente sucinta o deficiente.

LAS PRESTACIONES

1. Incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante la lactancia

LABORUM

Incapacidad Temporal: Límites del principio de oficialidad y el juego de las reglas de prescripción y retroactividad

Temporary Disability: Limits the principle of officialdom and the game rules of prescription and retroactivity

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UCM

Resumen

El principio de oficialidad en la gestión de la incapacidad temporal, tan solo opera cuando se dan los requisitos de acceso a la protección y se tramitan los correspondientes partes médicos. En otro caso, es necesaria la colaboración obligatoria del beneficiario mediante la correspondiente solicitud. Cuando la prestación del servicio se realiza al margen de la legalidad y se produce un accidente, todos los parámetros se alteran.

La solicitud extemporánea sobre un derecho no reconocido y no prescrito, activa el criterio de la retroactividad trimestral, que aplicado en su literalidad legal conduce a resultados absurdos.

Para evitar el resultado no deseado, acudimos de *lege ferenda* a la búsqueda de soluciones mediante la aplicación del principio de alta de pleno derecho, vinculado *ope legis* a un singular principio de oficialidad.

Abstract

The principle of officialdom in the management of temporary disability, only operates when the access requirements are given protection and the relevant medical reports are processed. In another case, the mandatory cooperation of the beneficiary with the corresponding application is necessary. When the service occurs outside the law and an accident occurs, all parameters are altered.

The late request for a right unrecognized and prescribed enable the criterion of quarterly retroactivity, which applied in its legal literalness leads to absurd results.

To avoid unwanted result, we turn to *ferenda lege* finding solutions by applying the principle of full-fledged high, linked *ope legis* to a singular principle of officialdom.

Palabras clave

Incapacidad temporal, principio de oficialidad, prescripción, retroactividad, alta de pleno derecho

Keywords

Temporary disability, principle of officialdom, prescription, retroactivity, social security registration "every right"

1. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto aquí analizado parte de la situación de un trabajador que, prestando servicios para una Comunidad de Bienes, sufre un accidente de tráfico (19.05.2003), sin estar dado de alta en la Seguridad Social. Esta situación deriva en la falta de reconocimiento de relación laboral inicial, por lo que el trabajador presenta demanda ante el Juzgado de lo Social reclamando dicho reconocimiento, el cual se le otorga en primera instancia (Juzgado nº 3 Toledo, 22.06.2004) y se confirma, posteriormente, por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (20.04.2006).

Solicitada la declaración de invalidez, el INSS reconoce la calificación de gran invalidez por accidente no laboral (con informe de la Inspección de Trabajo) "sin derecho a prestaciones por carecer aquél de cotizaciones previas en la fecha en la que aconteció el suceso".

Esta resolución es recurrida por la parte actora en el sentido de pretender la catalogación del accidente de tráfico sufrido, como un accidente de trabajo, reconocimiento que otorga la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo en fecha 26.06.2008, confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha en fecha 22.01.2010. Consecuentemente, la gran invalidez declarada inicialmente sin derecho a prestaciones, por deberse a una contingencia común, pasa a ser calificada como accidente de trabajo, con derecho a prestación y con fecha de efectos de 16.06.2007.

Una vez reconocida al trabajador, por tanto, la gran invalidez con derecho a prestaciones motivada por accidente de trabajo, aquél solicita en fecha 01.03.2012 las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales referida al período transcurrido entre la fecha del accidente y la fecha de reconocimiento de la gran invalidez, al no haber podido recibir el trabajador esa prestación en el momento debido, por encontrarse inmerso en el proceso judicial de reconocimiento de los requisitos que hubieran dado lugar a aquélla.

La solicitud de prestaciones de incapacidad temporal aludida, es respondida por la Mutua de A.T. y E.P, Ibermutuamur, desestimando la pretensión al entender que han transcurrido los plazos de prescripción y caducidad recogidos en los artículos 43 y 44 de la LGSS, respectivamente.

Ante la negativa de la mutua, el actor presenta demanda contra dicha resolución, que es resuelta por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo (31.10.2012), en el sentido de reconocer el derecho del trabajador a percibir las prestaciones de incapacidad temporal entre el 19.05.2003, fecha del accidente de trabajo, y el 16.06.2007, fecha de efectos de la declaración de gran invalidez, cuyo pago habrá de anticipar Ibermutuamur.

Contra esta sentencia, la mutua Ibermutuamur presenta recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, el cual estima, dando lugar a su posterior sentencia (03.10.2013) en la que se revoca la sentencia de fecha 30 de octubre de 2012 del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo, en el sentido de desestimar la demanda presentada por la parte actora, absolviendo a los demandados (mutua Ibermutuamur, INSS y TGSS) de las pretensiones contenidas en aquélla, esto es, del pago de las prestaciones de incapacidad temporal en el referido período.

La parte actora presenta recurso de casación para la unificación de doctrina contra la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de fecha 03.10.2013 alegando infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en los arts. 43.1 y 44.2 de la LGSS. Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 26.10.2009.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Cuestión planteada ante el Tribunal Supremo

La sentencia aquí analizada anuncia explícitamente cuál es la cuestión controvertida, a saber, determinar si en el caso de un trabajador por cuenta ajena que sufrió un accidente de tráfico prestando servicios para su empresa, la cual no había procedido a darle de alta en la seguridad social (cuestionada la laboralidad inicialmente, con posterioridad se reconoce por

sentencia), es exigible o no la solicitud de la prestación de incapacidad temporal, cuyo pago se litiga, por parte del trabajador, y, consecuentemente, si es de aplicación el plazo de prescripción de cinco años ex. art. 43 LGSS y, en su caso, determinar la existencia o no de caducidad de la acción conforme a lo establecido en el art. 44.2 LGSS.

2.2. Bases de la sentencia recurrida

Nos encontramos así, ante una doble determinación de la existencia o no de dos figuras: la prescripción y la caducidad, enunciadas ambas en la LGSS.

Respecto de la primera, la prescripción recogida en el artículo 43 LGSS, la sentencia recurrida aplica dicho artículo, determinando que la acción no había prescrito por darse una situación interruptora –cual es la actuación inspectora de la Inspección de Trabajo– y, por tanto, estima el primer motivo recogido en el art. 43.1 LGSS. Dicho lo cual, no sucede así con el segundo motivo de igual precepto, pues *“los efectos del reconocimiento del derecho a prestación por IT solo alcanzarían a los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, es decir, tres meses antes del 01-03-2012, fecha en que el actor ya tenía reconocida la situación de GI y estaba percibiendo la prestación correspondiente, y evidentemente la situación de IT se encontraba agotada”*, y, sigue argumentando la sentencia, ya en relación con la caducidad, *“a esta razón ha de añadirse que a mayor abundamiento, según el art. 42.2 LGSS, en caso de prestaciones periódicas el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento, lo que aplicado al presente supuesto significa que en la hipótesis de que el derecho a la IT hubiese durado hasta la fecha de efectos de la gran invalidez (16-06-2007), resulta que al momento de la solicitud de aquella prestación (01-03-2012) habría caducado el derecho al percibo de cada mensualidad de IT”*.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

3.1. Cuestiones previas

Sin perjuicio del juego de las argumentaciones jurídicas realizadas por la sentencia y que más adelante comentaré, el juicio de valor doctrinal debe venir precedido por varias cuestiones relevantes.

El trabajador prestaba su actividad al margen de la legalidad, tanto en materia laboral, como de seguridad social, por tanto desprovisto de cualquier tutela.

En la referida situación, la actualización de un siniestro hace explotar los parámetros de ilegalidad, adquiriendo virtualidad la realidad prestacional que condiciona la calificación jurídica de la misma y todos sus efectos derivados.

La conducta ilícita y reprochable del empresario deja al trabajador accidentado “solo ante el peligro” y le convierte en protagonista de su propio destino.

A partir del siniestro comienza el calvario judicial, calificación de la relación jurídica, calificación del siniestro, como laboral o no, búsqueda del aparato protector, vinculación de la protección a la calificación del siniestro... Calvario al que además se incorporan, como sujetos añadidos con talante no pacífico, las entidades encargadas de proporcionar la protección del trabajador.

El ordenamiento de la seguridad social fue desde antiguo especialmente sensible con estas situaciones, previendo que “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones” (art. 125.3 LGSS.94, hoy incorporado al art. 166.4 LGSS.15). Alta de pleno derecho de la que deriva la automaticidad absoluta de las prestaciones, lo que quiere decir que adquiere relevancia de primer orden la protección del trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades derivadas y de los sujetos imputados.

Aunque con buena intención, el precepto de la LGSS se quedó corto, en la medida en que limita indirectamente el espacio protector, al referirse a “...los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del régimen general...”, dejando fuera (o exigiendo una primera o previa calificación para su integración en...) a los trabajadores instalados en la marginalidad por decisión y conveniencia del empleador.

No obstante lo anterior, el espíritu del “alta de pleno derecho” debe ser interpretado como principio informador.

3.2. Doctrina general

La Sentencia que comentamos, apoyada en otras precedentes, fija la siguiente doctrina: El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal, viene condicionado por el previo cumplimiento de las condiciones generales y particulares exigidas (afiliación, alta, cumplimiento del periodo previo de cotización, en su caso) y una vez presentados los correspondientes partes médicos de baja y confirmación. Fuera de estos supuestos es obligatoria la colaboración documental del beneficiario en la gestión de la contingencia, mediante la presentación de la correspondiente solicitud de la prestación.

3.3. Aplicación de la doctrina al caso concreto

El presente caso –según afirma la sentencia– aun tratándose de un trabajador por cuenta ajena, cabe entenderlo incluido en la excepcionalidad de la no aplicación del principio de oficialidad establecido en la jurisprudencia de la Sala puesto que no concurren los presupuestos y finalidad del mismo, al tratarse de un supuesto de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo en trabajador por cuenta ajena no dado de alta en la seguridad social, habiéndose cuestionado previamente la existencia de relación laboral y la calificación del accidente de tráfico como laboral. Puesto que no cabe exigir en el presente caso a la Entidad gestora o a los obligados al pago de la prestación económica de IT que debían abonarla desde que tuvieran conocimiento de su existencia y no cabe afirmar que dicha prestación económica no estaba condicionada a la previa solicitud del beneficiario.

3.4. Excepción al principio de oficialidad y su aplicación analógica

Siguiendo la doctrina del TS, la sentencia identifica los supuestos que excepcionan la aplicación del principio de oficialidad, singularmente referida a los trabajadores por cuenta propia. Así, afirma que, el principio de oficialidad tiene sentido aplicarlo a las prestaciones derivadas de enfermedad común en trabajadores por cuenta ajena puesto que ellos no tienen obligación alguna de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia pero no cuando se trata de trabajadores autónomos que han incumplido de forma manifiesta con sus

obligaciones, con lo que ello supone de indefensión para la indicada Entidad Colaboradora en cuanto que sin aquella comunicación queda inhabilitada para llevar a cabo una adecuada gestión de dicha prestación cual tiene legalmente encomendada en los casos en que el trabajador autónomo haya optado por la cobertura de la prestación de IT.

Identificada la excepción, la sentencia entiende que la aplicación del criterio general de dicho precepto a las situaciones de IT de estos trabajadores por cuenta propia es la que resulta más adecuada a la finalidad perseguida por el precepto, imponiendo por tanto al trabajador la obligaciones específicas de comunicación de su situación a la Entidad Gestora, en definitiva, la solicitud de la prestación.

No parece razonable, asimilar las situaciones referidas. En un supuesto nos encontramos con un trabajador por cuenta propia que incumple sus obligaciones con la entidad gestora o colaboradora. En otro, con un trabajador situado por su empleador extramuros de la legalidad. Ambas fotografías, al menos, dificultan la identidad indubitada que la sentencia aprecia.

Con la cautela de la complejidad del supuesto, resulta curioso que ninguna de las entidades actuantes y de las instancias judiciales, se hubieran pronunciado sobre la situación y prestación de incapacidad temporal, previa a la declaración de invalidez permanente. Parece como si la Gran Invalidez declarada hubiera caído del cielo. Más aun cuando, como sabemos, "...la incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal..." (Art. 136.3 LGS.94).

3.5. La solicitud y el juego de la prescripción

Después del larguísimo clavario del trabajador que fue declarado gran invalido, la opción de la sentencia por exigir "solicitud" de la prestación de incapacidad temporal, reconduce el problema al espacio de la prescripción (art. 43.1 LGS.95, hoy art. 53.1 LGS.15, *"El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y 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"*), y su posible interrupción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 43.3 LGS.94.

El resultado final es el siguiente: aplicando el art. 43 LGSS.94 y aunque se entiende que la acción no había prescrito por haberse interrumpido, queda desestima la pretensión actora aplicando el extremo del precepto en el que se dispone 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", puesto que en los tres meses anteriores el trabajador ya tenía reconocida la situación de GI y estaba percibiendo la prestación correspondiente, y evidentemente la situación de IT se encontraba agotada.

Acudir a los viejos y clásicos institutos de la prescripción y caducidad y aplicarlos, como suele ser común, en su sentido más ortodoxo –son institutos "sin alma"–, puede conducir, como en este caso, a un resultado trampa, que además choca con la realidad, la función protectora de la contingencia y nos sitúan en el plano de lo absurdo.

Si se entiende que el derecho no ha prescrito, en base a las sucesivas interrupciones, y aplicamos la retroactividad de tres meses prevista en la norma, parece razonable entender, que los tres meses refieren al tiempo en que la prestación estaba viva, y no a los inmediatos a la solicitud, que nadie solicitó, como es lógico, y que son de imposible reconocimiento al ser el trabajador titular de una pensión de gran invalidez y la incapacidad temporal agotada desde hace años. La solicitud, como determinante del *dies a quo* del cómputo trimestral, debe ir referida a una prestación viva, en otro caso, la solicitud sirve para marcar el plazo de prescripción quinquenal y si el reconocimiento no ha prescrito, la retroactividad debe, a mi juicio, situarse en los tres últimos meses de vigencia de la incapacidad temporal.

La valoración anterior trae su causa de una interpretación causal del juego de la prescripción y la retroactividad. El reconocimiento del derecho puede ser imprescriptible o sometido a plazo. La retroactividad opera sobre el efecto económico derivado, de forma que respetando el “derecho”, limita el impacto económico del reconocimiento. Es una regla de salvaguarda y, al tiempo, penalizadora de la petición prestacional extemporal. Aunque los supuestos pueden ser infinitos, parece razonable entender como regla general, que el precepto va referido a una “prestación vida”, donde reconocimiento del derecho y efectos económicos se ajusten a la realidad protectora y produzcan efectos en el espacio de la lógica.

Cuando la prestación temporal se extinguió y la solicitud es extemporánea, no cabe aplicar la regla general que conduce a lo absurdo. Puede entenderse que, si bien el derecho está vivo, por ser superior el plazo prescriptivo que la duración de la contingencia, la finalidad protectora perdió su esencia, reconvirtiendo en su caso el derecho prestación en un mecanismo indemnizatorio. Puede entenderse, que el conocimiento y la falta de actuación de las entidades responsables, es una especie de “irregularidad continuada”, donde no cabe aplicar la regla general.

3.6. A mi juicio hubiera sido posible otra solución

El punto de partida es que no parece razonable que ninguna institución se hubiera pronunciado sobre el reconocimiento de la incapacidad temporal de la que deriva la invalidez, cuando todos (INS, Mutua e instancias judiciales) tuvieron conocimiento del proceso. La falta de pronunciamiento de las instituciones competentes no puede ir en contra del trabajador y en favor del empresario incumplidor y de la mutua que debió anticipar.

Como sabemos, el “alta de pleno derecho” abarca al conjunto de prestaciones que derivan del riesgo profesional, por tanto también a la incapacidad temporal. Podríamos decir también que, el reconocimiento *ex lege* de la situación de alta de pleno derecho impone a las instituciones competentes una especie de “oficialidad” en el reconocimiento de las prestaciones y sus consecuencias (especialmente en materia de responsabilidad y anticipo), ya que cuando se produce el hecho causante el trabajador está fuera del sistema (falta de alta y cotización). El criterio de la oficialidad adquiere plena eficacia cuando queda declarado que la relación es laboral y el accidente de trabajo. A partir de ese momento surge con toda su fuerza la obligación *ope legis* –y por tanto no vinculada a la actuación (solicitud) del beneficiario– de la entidad (en este caso la mutua) responsable. En este orden, la falta de reconocimiento es imputable a la mutua, concedora de la situación y parte en los procesos, sin que pueda vincularse la falta de reconocimiento a la falta de solicitud, en términos de colaboración singular y obligatoria del trabajador afectado. En este caso no se puede decir

como afirma el TS que “...con lo que ello supone de indefensión para la indicada Entidad Colaboradora en cuanto que sin aquella comunicación queda inhabilitada para llevar a cabo una adecuada gestión de dicha prestación...”, ya que la entidad competente era “concedora activa” e incumplió de forma continuada la obligación *ope legis* de reconocimiento y pago (anticipo) de la prestación

Evitar el razonamiento descrito u otro similar con idéntica finalidad y acudir a la lógica ortodoxa y direccionada, del juego de la solicitud y la prescripción, constituye una muerte anunciada.

Finalmente, el supuesto de hecho y la constatación de una realidad social donde se incrementan los espacios de “prestación de servicios al margen de la legalidad”, plantea la necesidad de incorporar reformas legislativas que permitan dar prioridad a la tutela –previa al calvario judicial– del trabajador sin derechos.

Prestación por maternidad en el régimen general y en el RETA: es posible causarlas simultáneamente desde una situación de excedencia para cuidado de hijo

Maternity benefits in the General Social Security System and in the RETA: it is possible to cause them simultaneously on an extended leave of absence to look after a child

PILAR CHARRO BAENA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen

El Tribunal Supremo viene a dar respuesta positiva a la posibilidad de lucrar simultáneamente dos prestaciones por maternidad, una en el Régimen General y otra en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, desde la situación de excedencia para cuidado de hijo menor de tres años. El que la trabajadora en excedencia realice una actividad profesional que le permita conciliar la vida personal, familiar y laboral y cause alta en el Régimen Especial de Autónomos no implica la mutación de la excedencia por cuidado de hijo en otra voluntaria. En consecuencia, y teniendo los tres años de excedencia para cuidado de hijo la consideración de período efectivamente cotizado y situación asimilada al alta, no puede por menos que admitirse la compatibilidad de las prestaciones por maternidad causadas en ambos regímenes.

Abstract

The Supreme Court admits the simultaneous payment of two maternity benefits, one in the General System and the other in the Special System of Self-Employed Workers, on an extended leave of absence to look after a child under the age of three. The performance of a professional activity by the worker on an extended leave of absence which permits to reconcile the personal, familiar and working life and sign up in the Special Regime of Self-Employed Workers, does not involve the mutation of the leave of absence for taking care of children in a voluntary one. Accordingly, and having the three years of leave of absence for taking care of children the consideration of contribution period and equivalent situation to the registry in the Social Security System, it must be accepted the compatibility of the maternity benefits in both systems.

Palabras clave

Excedencia, Cuidado de hijo, Maternidad, Cotizaciones ficticias, Compatibilidad, Regímenes de Seguridad Social

Keywords

Leave of absence, Taking care of children, Maternity, Nominal contributions, Compatibility, Social Security Systems

1. SUPUESTO DE HECHO E ITER PROCESAL

Los hechos de los que trae causa la Sentencia que ahora se comenta son sencillos. Una trabajadora dada de alta en el Régimen General de Seguridad Social que prestaba servicios laborales como jefa de zona para una empresa solicita, y le es concedida, una excedencia para cuidado de su quinto hijo. Cuando apenas llevaba dos meses en esa situación, causa alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como consecuencia de desarrollar una actividad por cuenta propia que, por las características, ubicación, horario y demás condiciones, le permitían conciliar el cuidado del hijo menor. Unos meses después, nace su sexto hijo, por lo que la trabajadora solicita las prestaciones de maternidad tanto en el Régimen General de la Seguridad Social como en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA). La Entidad Gestora reconoce el derecho de la trabajadora a obtener la prestación en el RETA; sin embargo, en relación a la solicitud de dicha prestación

en el Régimen General de la Seguridad Social, la deniega “por no estar en alta ni en situación asimilada de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 LGSS”.

La trabajadora formuló la preceptiva reclamación administrativa previa; al ser desestimada interpuso demanda ante los Juzgados de lo Social de León. El Juzgado Social núm. 3 de León dictó Sentencia con fecha 29 de mayo de 2013 en la que declaraba el derecho de la trabajadora a la prestación por maternidad por nacimiento de su sexto hijo, con derecho a percibir una prestación económica equivalente al 100% de la base reguladora reconocida.

La Sentencia de instancia es recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid. El citado Tribunal dictó Sentencia en fecha 30 de octubre de 2013, estimando el recurso y negando la compatibilidad entre ambas prestaciones y, en consecuencia, el derecho de la trabajadora a disfrutar de la prestación por maternidad en el Régimen General de la Seguridad Social. Considera el Tribunal que aquélla en el momento del hecho causante no se encontraba ni en alta ni en situación asimilada al alta –como establece la disposición adicional cuarta.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo–, pues al simultanear la excedencia para cuidado de hijo con un trabajo por cuenta propia, dicha excedencia había mutado a otra voluntaria.

Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportándose como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2012. En esta última Sentencia se afirma que el hecho de que la trabajadora en excedencia para cuidado de hijo hubiese estado prestando servicios a tiempo parcial para otra empresa no supone *per se* la extinción de la anterior excedencia; lo anterior conlleva que sea de aplicación la previsión contenida en el citado RD 295/2009, en orden a la consideración de la excedencia para cuidado de hijo como situación asimilada al alta respecto de determinadas prestaciones. El Tribunal Supremo revoca la sentencia impugnada y declara la compatibilidad de ambas prestaciones sobre la base de la argumentación que se desarrollará en el epígrafe siguiente.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. La excedencia para cuidado de hijo como instrumento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

La primigenia finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo hizo que tempranamente se incorporaran disposiciones que tutelaban intereses vinculados a la mujer trabajadora y a la familia. Si bien es cierto que esa protección estuvo vinculada durante muchos años al hecho biológico de la maternidad y a la tutela de la mujer como ser débil y necesitado de una especial protección, la normativa laboral ha ido añadiendo secuencialmente fórmulas que permitiesen a las trabajadoras compatibilizar la atención de determinados intereses familiares con su desarrollo profesional, sin que ello supusiese un peligro para la estabilidad en el empleo. La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y la integración de España en la, entonces, Comunidad Económica Europea provocó un giro radical en la protección jurídico-laboral de la mujer trabajadora erigiéndose como objetivo fundamental la promoción de la mujer en términos de igualdad real y efectiva con el hombre.

En la actualidad, se pueden distinguir hasta tres tipos de medidas jurídico-laborales dirigidas a la protección de los intereses familiares de los trabajadores:

1) Las que protegen la salud de la madre, del feto y del hijo/a durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia. Como se ha adelantado, fueron las primeras que se adoptaron y se centraban, en exclusiva, en el hecho biológico de la maternidad.

2) Las que garantizan el principio de igualdad, impidiendo que la maternidad tenga efectos perniciosos en el acceso al empleo y la segregación profesional; en la formación y la promoción a puestos de responsabilidad; a una mayor precariedad en el empleo y la expulsión del mercado de trabajo por motivos relacionados con la maternidad y la asunción de responsabilidades familiares; y, en fin, a una menor protección social derivada de la interrupción de la carrera de seguro.

3) Las que fomentan la corresponsabilidad de ambos sexos, procurando que la maternidad/paternidad sea asumida y compartida por ambos progenitores.

Con origen en el ET de 1980, la excedencia para el cuidado de un hijo menor de tres años quedaría enmarcada, por una parte, entre las que fomentan la corresponsabilidad entre los progenitores, pues desde su origen la titularidad del derecho se atribuyó indistintamente a ambos. Otra cuestión es que las estadísticas tozudamente advierten de que el cuidado de hijos menores (y, en general, de los familiares) sigue siendo responsabilidad de las mujeres. Según datos publicados por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades¹, en 2014 (último año del que se disponen cifras) disfrutaron de una excedencia para cuidado de hijos menores de tres años 31.435 personas, de las cuales el 94,02% eran mujeres. En el mismo año, quienes solicitaron y ejercitaron el derecho a una excedencia para cuidado de familiar fueron 8.176, de los cuales, el 84,67% eran mujeres. Estas cifras no difieren en mucho de las de años anteriores.

Pero por otra, y en este breve comentario jurisprudencial es lo que interesa, la actual regulación laboral y de Seguridad Social de la excedencia para cuidado de hijos se encuadra entre las medidas que garantizan el principio de igualdad, impidiendo que la maternidad tenga efectos perniciosos en el empleo y en las carreras de seguro. Como se sabe, los derechos de conciliación se configuran como derechos de ausencia², y el ejemplo más paradigmático de ello son las excedencias laborales. Como tales derechos de ausencia obligan a los trabajadores con responsabilidades familiares a apartarse, aunque sea temporalmente, del mercado de trabajo, lo que genera efectos negativos en el plano contractual (pérdida o reducción de ingresos, déficit formativo, pérdida de expectativas de mejora) y de Seguridad Social³. Sin duda, una finalidad fundamental de la regulación de la excedencia para cuidado de hijo es evitar una discriminación indirecta a través de la que se

¹ <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>

² BALLESTER PASTOR, M^a.A.: “Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social”, en AA.VV. *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales* (Coor. N. PUMAR BELTRÁN), Huygens Editorial, Barcelona, 2014, págs. 182 y ss.

³ VIQUIERA PÉREZ, C.: “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: Deficiencias y problemas aplicativos”. *Aranzadi Social* núm. 10, 2010, pág. 19.

expulsa a la mujer del mercado de trabajo⁴. El Tribunal Constitucional en Sentencia 240/1999, de 20 de diciembre⁵, reconoció que “hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias”, por tanto, se trata de una institución directamente conexonada con el principio de igualdad por razón de sexo. Consideró el Alto Tribunal que “en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo”. En su Sentencia 3/2007, de 15 de enero⁶, afirmó que el objetivo primordial de las medidas que coadyuvan a lograr una conciliación de la vida familiar y laboral es evitar la discriminación laboral –especialmente de la mujer– y asegurar una efectiva igualdad de oportunidades.

El legislador laboral ha ido completando el régimen jurídico de la excedencia para cuidado de hijo, estableciendo que el tiempo que se disfrute de la excedencia por cuidado de hijos computa antigüedad; durante ese tiempo, el trabajador tiene derecho a participar en los cursos de formación profesional; y, en fin, tiene derecho a reserva de puesto de trabajo durante el primer año y, transcurrido dicho plazo, tiene derecho a la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional (salvo que el trabajador forme parte de una familia numerosa, en cuyo caso, la reserva se extiende a quince o dieciocho meses). En materia de Seguridad Social, la protección se ha traducido en la consideración del período de excedencia para cuidado de hijo como situación asimilada al alta y como período de cotización efectiva, a efectos de lucrar determinadas prestaciones, entre ellas, la de maternidad.

2.2. La prestación familiar contributiva y su relación con la excedencia para cuidado de hijo

Uno de los efectos en materia de Seguridad Social que se acompaña al ejercicio del derecho a la excedencia para cuidado de hijo es la mal llamada prestación familiar “contributiva”. Se está haciendo referencia a la previsión contenida en el vigente artículo 237 LGSS 2015 (antes, art. 180 LGSS 1994), en cuya virtud, los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 del ET, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva. Este reconocimiento tendrá una serie de beneficios, como el ser tenidos en alta para acceder a las demás prestaciones de Seguridad Social, salvo la de incapacidad temporal y servir para el cómputo del período de carencia y de la base reguladora para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

El ordenamiento de la Seguridad Social contempla desde hace tiempo el reconocimiento de cotizaciones ficticias⁷ (es decir, la atribución de periodos de cotización no realizados efectivamente) en determinados supuestos de reducción de jornada, suspensión o

⁴ PÉREZ ALONSO, A.: *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 58.

⁵ RTC 1999, 240.

⁶ RTC 2007, 3.

⁷ Denominadas “cotizaciones presuntas” por ALBIOL MONTESINOS, I.; ALFONSO MELLADO, C.L.; BLASCO LAHOZ, J.; CAMPS RUIZ, L.M.; GARCÍA RUBIO, M^a.A. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 180.

extinción del contrato a fin de anular los efectos negativos que, en materia de Seguridad Social, se derivan de la atención y cuidado de hijos y familiares⁸. La prestación no económica de la Seguridad Social ahora comentada fue introducida por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, y como se ha dicho, al menos resulta paradójico⁹ que se califique como contributiva la referida prestación, pues ni su reconocimiento está subordinado a la acreditación de período de carencia alguno, ni su finalidad es paliar la ausencia de salarios dejados de percibir durante el tiempo en que los beneficiarios se encuentren en situación de excedencia.

Se trata, asimismo, de una prestación para la que no es necesaria la solicitud, por parte del beneficiario, para su reconocimiento, por lo que sugiere más una situación asimilada al alta que una prestación en sentido estricto. Bastará la alegación del período cotizado en el momento en que sea necesario justificar su procedencia. Las empresas, según dispone el artículo 8 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de quince días a partir de que se produzca, el inicio y la finalización del disfrute de los trabajadores de los períodos de excedencia laboral para cuidado de hijos, so pena de incurrir en una infracción leve (artículo 21.3 LISOS), aunque la comunicación extemporánea de la empresa de la situación de excedencia no perjudica a la trabajadora si reúne los debidos requisitos para ser acreedora de la prestación¹⁰.

Su objetivo es, precisamente, cubrir el vacío de cotización que supone la excedencia, período de suspensión del contrato de trabajo en el que cesan las obligaciones de cotización tanto de los trabajadores como del empresario (aunque se considere como tiempo cotizado, el empresario en todo caso cursará la baja en el Régimen que corresponda) y contribuir a la conciliación de la vida laboral y familiar, mitigando las negativas repercusiones que el ejercicio del derecho a la excedencia por causas familiares tendría sobre la carrera profesional de los trabajadores excedentes, muy especialmente por lo que respecta a sus carreras de seguros.

Si originalmente esa atribución de períodos de cotización no realizados efectivamente se limitó al primer año de excedencia¹¹, coincidente con el período de reserva del mismo puesto de trabajo, se ha ido ampliando, primero a dos años, por mor de la disposición adicional 18.12 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, hasta, finalmente, alcanzar los tres años, esto es, la totalidad del período de excedencia, por el artículo 9.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁸ VICENTE PALACIO, A.: “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”. *Lan Harremanak* núm. 25, 2012, pág. 223.

⁹ SÁNCHEZ RODAS, C.: “La prestación familiar en su modalidad contributiva. exégisis a la nueva redacción del artículo 180 TRLGSS”, *Aranzadi Social* núm 5, 2004, págs. 647-662.

¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2009 (AS 2009, 1532).

¹¹ En su origen, el período de cotización ficticia se aumentaba hasta quince o dieciocho meses si la unidad familiar de la que formaba parte el menor, en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tenía la consideración de familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente.

La previsión contenida en el vigente artículo 237 LGSS 2015 (antes, artículo 180 LGSS 1995) se completa con disposiciones reglamentarias. El artículo 36.1.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, establece como situación asimilada al alta “La situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable”. Y la disposición adicional cuarta del Real Decreto 259/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, prevé que “tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad, el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 LGSS 1995 (actualmente, artículo 237 LGSS 2015)”.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13 de octubre de 2013, considera el Tribunal que la trabajadora no tiene derecho a la prestación por maternidad en el Régimen General de la Seguridad Social, por una parte, porque ya que no se encontraba ni en alta ni en situación asimilada al alta, ya que aquélla no se encontraría en la situación protegida en el artículo 180 LGSS 1995 (hoy, artículo 237 LGSS 2015) sino en el supuesto previsto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 259/2009, de 6 de marzo, que no considera el mismo como de asimilación al alta a efectos de las prestaciones por maternidad. Por otra, y en íntima relación con lo anterior, porque entiende que la realización de una actividad profesional durante la situación de excedencia por cuidado de hijo provocó que ésta mutara en una excedencia voluntaria.

Sobre la última de las consideraciones que maneja el TSJ de Castilla y León se harán los comentarios oportunos en el siguiente epígrafe. En relación a la primera, el Tribunal Supremo declara que la trabajadora se encontraba en situación asimilada al alta en el momento de solicitar la prestación por maternidad, puesto que la excepción contenida en la disposición adicional cuarta del Real Decreto, respecto de la consideración de situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se refiere al caso en que se haya superado el período considerado como de cotización efectiva, esto es, desde la reforma operada en 2011, los primeros tres años de excedencia.

Además, recuerda el Alto Tribunal la expresa compatibilidad de prestaciones por maternidad lucradas en varios regímenes de la Seguridad Social. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.6 del Real Decreto 295/2009, en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo, el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

2.3. La excedencia con afectación finalista para cuidado de hijo

La excedencia que ahora se examina tiene una afectación finalista: el cuidado de un hijo menor de tres años. Esta afectación no es indiferente. La normativa vigente no anuda expresamente el ejercicio del derecho a la excedencia de un hijo a que el trabajador/a acredite que efectivamente dedica el tiempo de la excedencia a la atención y cuidado del

menor. Nótese que, a diferencia de lo previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años (art. 37.6 ET), donde se exige que el cuidado sea “directo”, en la excedencia para cuidado de hijo no se acompaña del mismo calificativo. No obstante, no debe pensarse en un menor grado de exigencia para acceder a la excedencia que para lograr el derecho a la reducción de jornada¹² pues ese es precisamente el fundamento de la institución. El silencio del legislador ha de interpretarse como una presunción de probidad en el ejercicio de la excedencia. La doctrina judicial no ha sido uniforme y el Tribunal Supremo, en la Sentencia que ahora se comenta, unifica doctrina afirmando la posible compatibilidad de trabajo y excedencia, pues la ley no anuda el ejercicio de ésta a la dedicación “exclusiva” al cuidado de hijos o familiares.

En relación a esta cuestión, una de las cuestiones más controvertidas es la relativa a la compatibilidad o no del ejercicio de la excedencia para cuidado de hijo con el desempeño de una actividad laboral o profesional¹³. Por descontado, la prohibición de realizar competencia desleal actuaría como límite para admitir la compatibilidad de trabajos (por cuenta propia o ajena) durante la excedencia.

Tratándose de excedencias con afectación finalista y teniendo en cuenta los privilegiados efectos a los que se anuda, parecería legítimo defender el interés empresarial por limitar que el trabajador excedente realizara actividades por cuenta propia o ajena durante el tiempo que está en excedencia y con reserva de puesto de trabajo. No es infrecuente, en este sentido, que la negociación colectiva advierta al trabajador excedente que no puede incurrir en actividad alguna, por cuenta propia o ajena, que represente una competencia respecto a la actividad de la empresa¹⁴. El VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (art. 78) lo limita a la prestación de servicios que supongan una concurrencia desleal en relación a la Empresa. Si así lo hiciera, perderá automáticamente su derecho al reintegro; en el mismo sentido, se dispone que la excedencia no podrá utilizarse para pasar a otra Entidad de Ahorro, Banca, Cajas Rurales o entidades similares; si así se hiciera, se perderán todos los derechos¹⁵. En parecidos términos se expresa el Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, advirtiendo que de prestar sus servicios en otra empresa que se dedique a la misma actividad o sea similar a una parte de la actividad global de la empresa, so pena de perder el derecho a reintegro¹⁶.

La doctrina judicial se ha hecho eco, en ocasiones, de esta interpretación restrictiva. Así, la STSJ Madrid de 2 de diciembre de 2008¹⁷ mantiene que cuando el legislador ha regulado la excedencia para cuidado de hijo está pensando en una atención personal y no

¹² LÓPEZ TERRADA, E.: El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 58.

¹³ Véase, al respecto, el completo y reciente estudio de PRIETO PADÍN, P.: “Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el trabajo por cuenta propia y ajena y competencia desleal”, RTSS-CEF núm. 391, 2015, págs. 101 y ss.

¹⁴ Art. 11.1 del XV Convenio colectivo de la Empresa Eropcar IB, SA.

¹⁵ Art. 21.5 del VII Convenio colectivo de la Caja de Ahorros de Guipuzkoa y San Sebastián-Kutxa.

¹⁶ Art. 57 del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Fornis Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SI y Saskibe, SL, que alude a carnicerías, charcutería, droguerías, frutas y verdura, pescadería, bodegas, horno, perfumería, ultramarinos.

¹⁷ Jur 2009, 103470.

delegada, y esta finalidad explica la intensidad de la protección reconocida, que incluye obligaciones para la empresa tales como la reserva del mismo puesto de trabajo al menos durante un año, y de otro puesto equivalente en todo caso, el cómputo de la antigüedad, la asistencia a cursos de formación profesional (art. 46.3 ET) y otros beneficios para los trabajadores como la situación asimilada al alta y el cómputo del período como cotizado a efectos de la mayoría de las prestaciones, así como la protección reforzada en materia de nulidad del despido. Todo ello carecería de sentido si se aceptara que cabe solicitar la excedencia –es decir ejercitar un derecho a dejar de trabajar conservando el puesto de trabajo– por cuidado de hijo, y sin embargo trabajar en otra empresa.

El mismo Tribunal, en la STSJ Madrid de 21 de enero de 2003, considera que la concurrencia que lleva a cabo la trabajadora debe reputarse desleal porque se aprecia un elemento intencional en su conducta (al iniciar la relación laboral con la segunda empresa al día siguiente de comenzar el disfrute de su excedencia) lo que, según el juzgador, evidencia una planificación laboral y profesional de la que no se informó a la empresa; pero, sobre todo, porque las características del puesto de trabajo son esencialmente similares a las del puesto que se venía desempeñando antes de la excedencia, lo que evidencia que la actividad se realiza en el mismo sector, mismo mercado y un círculo de clientes similar, lo que puede provocar un desvío de clientela, así como un aprovechamiento de los conocimientos adquiridos en la empresa que le concedió la excedencia, y a la que sigue vinculada, originando un perjuicio para el empresario.

La doctrina judicial en este sentido ha llevado a declarar procedentes los despidos disciplinarios de trabajadores excedentes que llevaban a cabo actividades laborales durante el período de excedencia por incurrir en trasgresión de la buena fe contractual.

Menos drástica es la solución proporcionada por otros Tribunales de Justicia, entre los que se encuentra el de Castilla y León/Valladolid, que en su Sentencia de 30 de octubre de 2013, que casa el Tribunal Supremo, considerando que el trabajador ha de ser considerado en tales casos en situación de excedencia voluntaria. Llegan a la conclusión de que la excedencia para cuidado de hijo y la excedencia voluntaria protegen intereses distintos y el legislador somete ambos derecho a distintos condicionamientos y regímenes jurídicos. En la excedencia voluntaria, ciertamente la norma no impone limitaciones al trabajo en distinta empresa, pero correlativamente también el contenido del derecho es mucho más restringido para el trabajador. Pero en la excedencia por cuidado de hijo el objetivo es que el trabajo no impida la atención personal a aquel, y por ello no puede darse a este tipo de excedencia el mismo trato legal que a las otras en cuanto al mantenimiento de otro empleo.

No se puede compartir esta opinión, por mucho que la excedencia voluntaria pueda también desempeñar un importante papel en la conciliación de los intereses personales, familiares y laborales. Como señala el Tribunal Supremo, para llegar a tan drástica solución (mutación de la excedencia para cuidado de hijo a excedencia voluntaria) no hay ningún respaldo legal. En la misma línea, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2000¹⁸, afirma que de la contratación de la trabajadora en una nueva empresa no puede derivarse su baja voluntaria en la empresa en la que solicitó la excedencia pues, en opinión

¹⁸ AS 2000, 4111.

del Tribunal, nada impide que durante la excedencia por cuidado de hijos se presten servicios en una empresa distinta que, por sus características, pueda convenir más al trabajador durante ese período.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión también son atendibles, y legítimos, los intereses del trabajador excedente que bien pidiera simultanear el cuidado del hijo o del familiar con otro trabajo que le permitiera, sin merma salarial, atender a dichas responsabilidades. Desde luego, la pervivencia del vínculo jurídico que supone la excedencia por cuidado de hijos determina que el derecho reconocido a los progenitores debe vincularse al deber genérico de buena fe, que debe presidir toda relación laboral, aun cuando ésta se encuentre en un estado latente. Pero el hecho de compatibilizar un trabajo por cuenta propia o ajena con una excedencia para cuidado de hijo, no tiene por qué frustrar necesariamente el propósito que tuvo el legislador al regular la figura. Ni siquiera sería necesario que el nuevo trabajo fuese ocasional o marginal, criterio que, en opinión del Tribunal Supremo, se antoja en exceso rígido y estricto. Máxime como ocurre en este caso, que se ha alegado y probado que la actividad profesional, por su duración, características e, incluso, por su cercanía a su domicilio, es perfectamente posible atender al cuidado del menor.

La STS de 10 de febrero de 2015,¹⁹ que ahora se comenta, admite la compatibilidad entre la excedencia para cuidado de hijo y el trabajo por cuenta propia, señalando que “en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos una consecuencias tan negativas como la pérdida del derecho a reserva de su puesto de trabajo”. Es más, la compatibilidad entre excedencia y trabajo puede facilitar una de las finalidades perseguidas por el régimen jurídico actual de la excedencia para el cuidado de hijos, como es el reducir los efectos negativos que su disfrute acarrea, desde una perspectiva de género, en la promoción en el empleo y en la carrera de seguro de las trabajadoras.

3. CONCLUSIONES

La excedencia laboral, en sus diferentes modalidades, ha jugado un papel fundamental como instrumento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se trata de uno de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento laboral para encauzar los objetivos relativos a la conciliación que consiste en el derecho de los trabajadores a apartarse temporalmente del mundo laboral, suspendiendo el contrato de trabajo, con la finalidad atender al cuidado de un hijo o de un familiar. El régimen jurídico asociado a la excedencia para cuidado de hijo, en sus aspectos laborales y de Seguridad Social se ha ido intensificando y fortaleciendo para, desde la perspectiva del principio de igualdad de oportunidades por razón de sexo, impidan que la maternidad tenga efectos perniciosos en el acceso al empleo, en la formación y la promoción profesional; o, peor aún, provoque la expulsión del mercado de trabajo por motivos relacionados con la maternidad y la asunción de responsabilidades familiares y a una menor protección social derivada de la interrupción de la carrera de seguro.

¹⁹ Rec. núm. 25/2014.

En este sentido, que el tiempo en que el trabajador se encuentra en situación de excedencia para cuidado de hijo sea considerado como situación asimilada al alta y se tenga como tiempo cotizado contribuyen, sin duda, a alcanzar ese objetivo.

Afirma, acertadamente, el Tribunal Supremo que la realización de una actividad laboral o profesional durante el ejercicio de la excedencia para cuidado de hijo no frustra, necesariamente, la finalidad perseguida por el legislador cuando reguló esta figura. Por tanto, serán compatibles cuando por las características del trabajo pueda atenderse adecuadamente el cuidado del menor.

Y si lo anterior se admite, no puede por menos que defender la posibilidad de lucrar, simultáneamente, prestaciones por maternidad en el Régimen General y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al encontrarse la trabajadora en una situación asimilada al alta, con cotizaciones, y haber solicitado la prestación dentro de los tres años que puede alcanzar la excedencia para cuidado de hijo y su “privilegiado” régimen jurídico.

¿Cuándo hay un riesgo específico para la trabajadora lactante? STS 13 Mayo 2015

When there is a specific risk for infant trabajadora? STS 13 mayo 2015

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS
PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

ELENA LASAOSA IRIGOYEN
PROF. CONTRATADA DRA. DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen

La sentencia del Tribunal Supremo examinada expone que el riesgo por lactancia debe acreditarse y ser específico. En caso contrario ni se suspende el contrato, ni se devenga el subsidio de Seguridad Social. No basta que una Educadora en Centro de Integración esté expuesta a los riesgos genéricos (agresiones, contagios) del empleo. Su interés lo acredita que cuente con un Voto Particular y que aborde un supuesto relativamente frecuente.

Abstract

The examined judgment/sentence of the Supreme/High Court states that the risk for breastfeeding must be established and be specific. Otherwise the contract is not suspended and the Social Security subsidy/allowance is not accrued. Not sufficient that an Educator from the Integration Centre is exposed to generic risks (aggression, contagions) of employment. Its interest accredits to have a private vote and to be addressed to a relatively common course.

Palabras clave

Mujer trabajadora, maternidad, lactancia materna, riesgos laborales

Keywords

Worker woman, maternity, breastfeedind, labour risks

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015¹ tiene su origen en la reclamación presentada por una madre trabajadora, tras denegársele la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Se trata de una educadora que presta servicios en un centro de reeducación de menores, dependiente de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana y gestionado por una Fundación. Entre las características más relevantes de la actividad laboral de la solicitante cabe destacar:

- Desarrolla sus tareas en contacto directo con usuarios que a menudo se hallan bajo sospecha de ser agresivos².

¹ TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia de 13 mayo 2015 (rec. 3114/2013). Ponente: Excm. Sra. Milagros Calvo Ibarlucea.

² Concorre riesgo de que agredan a los educadores, aunque no resultan habituales los episodios violentos (de hecho cuando se interpone la demanda en 2012 no se ha producido en este centro agresión alguna a los educadores desde 2007).

- En ocasiones los menores padecen enfermedades infecto-contagiosas tales como la hepatitis B, el SIDA o la tuberculosis, por lo que los educadores están expuestos al riesgo de contagio, derivado del estrecho contacto que mantienen con los usuarios.
- Su horario laboral se desarrolla en turnos rotativos que incluyen fines de semana.

El relato de los hechos que desembocan en este pleito comienza con la reincorporación de la trabajadora tras su permiso de maternidad, cuando solicita el cambio de puesto de trabajo por razón de riesgo durante la lactancia natural. Pero la empresa manifiesta que en ese momento no existe ningún puesto de similar categoría al suyo que no implique riesgo para la lactancia, y le comunica que lo más aconsejable es el paso a la suspensión del contrato.

La actora acude entonces a la Mutua pidiendo la prestación por riesgo durante la lactancia, pero su solicitud es rechazada al considerar la Mutua “que no se encuentra en las situaciones protegidas que dan derecho a la misma”.

Ante este estado de las cosas, la trabajadora opta por situarse en excedencia por cuidado de hijos durante unos meses, sin renunciar a emprender acciones legales. Tras la desestimación de su demanda ante el Juzgado de lo Social e igualmente de su recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Valencia, plantea el recurso de casación en unificación de doctrina que es resuelto en la sentencia que a continuación se analiza.

Curiosamente, la demandante también pleiteó con anterioridad reclamando la prestación por riesgo durante el embarazo, obteniendo sentencia favorable de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia. Esa es la resolución que aporta ahora ante el TS como sentencia de contradicción. Eso puede hacer pensar que entre la sentencia recurrida y la de comparación no solo existe identidad sustancial en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones, sino también en cuanto a los litigantes. Además, ambas son resoluciones de un mismo órgano jurisdiccional, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que declaró el derecho de la demandante a la prestación por riesgo durante el embarazo y se lo denegó en cuanto a la prestación por riesgo durante la lactancia natural³.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Aunque la concreta solución del caso pueda cuestionarse, no sucede lo mismo con su armazón conceptual. Una jurisprudencia unificada muy consolidada viene explicando los requisitos que deben cumplirse para poder acceder a la prestación solicitada: 1º) Primeramente debe acreditarse la existencia de un riesgo específico para la lactancia natural; 2º) Hay que constatar la imposibilidad empresarial de eliminar dicho riesgo mediante las

³ Sorprende un tanto que la sentencia no dedique una pequeña reflexión a examinar la existencia de la preceptiva contradicción (art. 219.1 LRJS). Fácilmente puede pensarse que ciertos riesgos específicos para el feto (por ejemplo, las agresiones) ya no poseen ese mismo carácter cuando se trata de la mujer lactante, en cuyo supuesto han pasado a ser riesgos genéricos (es decir, similares a los que afronta cualquier persona que preste su actividad en ese entorno).

No se trata de cuestión secundaria. La sentencia (como denuncia el Voto Particular) acaba entendiendo que no existe riesgo específico para la lactancia y, sin embargo, ha aceptado examinar el problema suscitado a partir de una resolución de contraste en la que se parte de lo contrario. Da la impresión de que ambas cosas resultan poco concordes.

medidas preventivas legalmente establecidas, incluido el cambio de puesto de trabajo. Veamos seguidamente ambos planos.

2.1. La existencia de un riesgo específico y su acreditación

Para que una trabajadora pueda pasar a la suspensión de su contrato por riesgo durante la lactancia y a percibir la correspondiente prestación, debe acreditarse previamente la existencia de un riesgo específico para la lactancia natural. Eso equivale a hablar, en los términos del art. 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), de unas “condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo” lactantes, (apartado 4); o de una “posible repercusión sobre... la lactancia” (apartado 1).

Al efecto debe partirse de una evaluación específica de los riesgos para la trabajadora que se halla en tal situación, no siendo suficiente que estén identificados de modo genérico los riesgos asociados a un puesto de trabajo⁴. Ha de establecerse con precisión en qué consiste la posible repercusión sobre la lactancia de cada agente, procedimiento o condición de trabajo. La evaluación específica implica que es preciso conocer la relevancia de esa concreta condición de trabajo en relación a la situación de lactancia natural, y no solo su posible incidencia sobre la salud de la trabajadora.

No basta así, pues, con determinar qué riesgos para la salud entraña ese puesto de trabajo sino que se requiere la identificación, valoración y acreditación de los riesgos específicos en relación con la situación de lactancia⁵. Dicho de otro modo, debe concurrir específicamente un riesgo *para la lactancia*, no solo *para la trabajadora* que se halla en esa circunstancia. Al fin y al cabo, si no fuera así podrían acceder a la prestación todas las trabajadoras con hijos biológicos menores de 9 meses en cuyos puestos de trabajo existiera algún riesgo para la salud, y no es éste el sentido de la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Para clarificar las anteriores afirmaciones cabe señalar algunos ejemplos de riesgos que cumplen el requisito de la especificidad:

- a) En tareas que comportan soportar temperaturas extremas se ha razonado que “la lactancia puede verse perjudicada a causa de la deshidratación provocada por el calor”..., “aumentando el riesgo particularmente en caso de cambios bruscos de temperatura”⁶. Esta valoración presupone que estamos ante algo distinto a los genéricos riesgos para la salud que implica la exposición a temperaturas extremas para cualquier trabajador. Cualquier persona expuesta a elevadas temperaturas afronta riesgos para su salud; ahora se trata de que la trabajadora lactante vive o sufre de manera especial tales circunstancias.

⁴ “La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el riesgo de trabajo ha de ser específica” (entre otras, STS 24 junio 2013, Rec. 2488/2012).

⁵ Ahondando en esta idea, la STS 17 marzo 2011, Rec. 1864/2010 alude a las normas sobre protección relativas a agentes cancerígenos (RD 665/1997), a radiaciones ionizantes (RD 783/2001) y a agentes biológicos (RD 664/1997), para aclarar que no es suficiente que la actividad de la trabajadora esté sometida a alguno de los riesgos reflejados en estos reglamentos, sino que es preciso conocer de manera objetiva, específica y completa su relevancia en relación con la lactancia.

⁶ STSJ Madrid 29 junio 2010 (Rec. 4738/2009).

- b) También se califica como riesgo específico para la lactancia el hecho de no poder ausentarse del puesto de trabajo para acudir al servicio, fuera de las pausas establecidas⁷. Cuando esto ocurre existe siempre un riesgo de infección o de enfermedades del riñón, pero éste se agrava durante el periodo de lactancia, “debido a la mayor ingestión de líquidos para favorecer la producción de leche materna de calidad”.
- c) En alguna ocasión se ha tomado en consideración el estrés derivado de las condiciones de trabajo (concretamente en las tareas propias de una operadora en la central de alarmas de una central nuclear), como factor que puede inhibir la producción de la leche y que justifica por tanto la suspensión por riesgo durante la lactancia⁸.
- d) En otros casos el derecho a la prestación surge como consecuencia de los agentes químicos a los que está expuesta la trabajadora, que pueden afectar al lactante a través de la leche materna (así, una empleada de gasolinera con exposición al benceno)⁹.
- e) Especialmente comentadas han sido las resoluciones del Tribunal Supremo que admiten como riesgo específico la mera imposibilidad de efectuar la extracción y conservación de la leche en el lugar de trabajo, en condiciones adecuadas de intimidad e higiene¹⁰.

Cabe inferir a partir de los ejemplos expuestos que, en síntesis, debe de tratarse de un riesgo que sea relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el bebé) en relación con la lactancia¹¹, y lo será:

- a) Cuando pueda producir un perjuicio para la salud del lactante como consecuencia de la actividad laboral de la madre (como sucede cuando la madre se halla expuesta a agentes químicos en su trabajo);
- b) Cuando pueda dañar la salud de la madre, como consecuencia de hallarse en fase de lactancia (como sucede cuando aumenta el riesgo de infecciones de riñón al no poder ir al servicio, por el hecho de que durante la lactancia se ingieren más líquidos);
- c) Cuando pueda incidir sobre la lactancia misma, impidiéndola (como sucede cuando el estrés derivado de la actividad laboral puede provocar retirada de la leche, o cuando no existe un espacio adecuado para su extracción en el lugar de trabajo).

La inclusión de este último bloque de supuestos parte de la idea de que el mero hecho de que se interrumpa la lactancia es perjudicial, es decir que la falta de lactancia materna “*podiera influir negativamente en la salud... del hijo*” en los términos del art. 26.4 LPRL. Por esta vía se amplía el concepto de riesgo específico, pasando a un primer término el valor en sí mismo de la lactancia natural. Queda así desplazada la noción más restrictiva (más preventiva), según la cual solo se contemplaría como riesgo para la salud del lactante el

⁷ En la misma STSJ Madrid 29 junio 2010 (Rec. 4738/2009).

⁸ STSJ Castilla-La Mancha 21 octubre 2010 (Rec. 584/2009).

⁹ STSJ Castilla-La Mancha 8 julio 2010 (Rec. 670/2010).

¹⁰ SSTS 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 (Rec. 818/2011, 2361/2011 y 1298-/2011), relativas todas ellas a tripulantes de cabina de pasajeros, en base a la falta de un espacio adecuado en las aeronaves para llevar a cabo la extracción, y a la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas para conservar la leche.

¹¹ Vid. al respecto BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pág. 160.

derivado del consumo de la leche materna¹². Se trata de un planteamiento que no resulta descabellado, si se tiene en cuenta que las organizaciones médicas han determinado reiteradamente que la lactancia natural es la mejor forma de alimentación para el recién nacido y su desarrollo, aunque no sea la única posible¹³.

En todo caso, lo cierto es que la identificación del riesgo específico es sin duda una tarea extraordinariamente compleja¹⁴. Y es que no resulta posible elaborar un listado de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que entrañan riesgo para la lactancia natural en todos los puestos de trabajo, sino que es preciso examinar pormenorizadamente cada situación laboral concreta analizando las actividades realizadas, los tiempos de exposición, los índices de peligrosidad, etc.

Téngase en cuenta además que el riesgo para la lactancia no se presume, sino que debe acreditarse. Cuando la empresa, la Mutua o los servicios médicos del INSS (según corresponda) no hayan identificado y/o certificado los potenciales riesgos asociados a la lactancia natural y se haya denegado la prestación, pesa sobre la trabajadora la carga de demostrar la concurrencia del riesgo específico, lo cual puede ser una ardua labor.

2.2. La imposibilidad de adaptación de las condiciones de trabajo o de traslado a otro puesto compatible con la lactancia

La demostración de que efectivamente existen un riesgo específico para la lactancia natural no implica necesariamente el acceso a la prestación, como se sabe, sino que ésta constituye la última posibilidad para cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o sea insuficiente, y tampoco pueda trasladarse a la madre a otro puesto de trabajo exento de riesgo para la lactancia (art. 26.2 y 26.3 LPRL).

En efecto, cuando no quepa la adaptación de las condiciones o del puesto de trabajo para evitar la exposición al riesgo, la empresa deberá hacer uso de una medida de movilidad funcional consistente en trasladar a la trabajadora a otro puesto o función compatible con su estado, dentro de su misma categoría o grupo profesional, haciendo uso del régimen previsto en el art. 39 ET. Finalmente, si no existe un puesto compatible dentro de su grupo o categoría podrá ser trasladada a otro incluido en un grupo o categoría distinto, superior o inferior, aunque conservando siempre el derecho a su retribución de origen.

Únicamente en los casos en que todas estas opciones no sean posibles resulta procedente el paso a la suspensión del contrato con derecho a prestación de Seguridad Social, durante el periodo imprescindible. *“Han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora*

¹² BARCELÓN COBEDO, S.: “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia. Comentario a la STS de 24 de abril de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5, 2012, pág. 13 (pdf).

¹³ *Vid.* al respecto GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2012, pág. 2 (pdf).

¹⁴ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pág. 161.

a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados”, tal y como se expone en la propia sentencia comentada.

Se desprende de ello que el derecho a la prestación no depende solo de la existencia de riesgo, sino también de una serie de actuaciones empresariales. Lógicamente la omisión de las medidas preventivas prescritas en el art. 26 LPRL, cuando éstas hubieran podido llevarse a cabo, conllevará la responsabilidad de la empresa¹⁵; pues ni la trabajadora tiene por qué soportar el riesgo como consecuencia del incumplimiento empresarial, ni la entidad gestora (Mutua o INSS) debe asumir el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas (al margen de que proceda en su caso el anticipo de la prestación)¹⁶.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La complejidad del tema que nos ocupa, especialmente en lo relativo a la determinación del riesgo específico para la lactancia, se traduce en que la Sentencia de 13 de mayo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no alcanza la unanimidad, conteniendo un Voto Particular en el que dos de los magistrados sostienen una posición contraria al fallo¹⁷.

3.1. La argumentación de la sentencia mayoritaria

El análisis que conduce al fallo denegatorio de la prestación, en la resolución mayoritaria, comienza exponiendo los requerimientos que deben cumplirse para poder acceder a la prestación, tal y como se describen en la jurisprudencia sobre la materia. Seguidamente se analiza el supuesto de hecho enjuiciado, para llegar a la conclusión de que no se cumplen los requisitos exigidos, ya que no se ha demostrado la existencia de un riesgo específico para la lactancia en la prestación profesional de la demandante.

El Tribunal Supremo considera acertada la negativa a la prestación de referencia a la vista de la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos aun cuando consten los genéricos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural. No cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social si no aparecen los riesgos debidamente descritos, valorados y acreditados; y es lo que se considera que ocurre en el caso.

3.1.1. Ausencia de riesgo específico

De manera algo lacónica, se declara sin ambages que en este caso “no aparecen los riesgos debidamente descritos, valorados y acreditados, de manera específica en relación con la lactancia”. Es decir que no ha quedado probada la existencia de riesgo específico alguno, a

¹⁵ Se entiende así que en el pleito que se examina la trabajadora haya demandado también a su empresa, y que por esta razón haya tenido que cumplir con carácter previo a la demanda el intento de conciliación administrativa (con la empresa), además de la reclamación administrativa previa (frente al INSS y la Mutua).

¹⁶ STS 17 marzo 2011 (Rec. 1864/2010).

¹⁷ Voto Particular que formula la Excmo. Sra. D^a Maria Lourdes Arastey Sahun, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia.

pesar de que sí constan los genéricos (básicamente el peligro de agresiones y la transmisión de enfermedades infecto-contagiosas). En definitiva, no se ha demostrado la relación entre los riesgos del puesto de trabajo y la lactancia, lo que equivale a afirmar que no se ha podido constatar en qué medida aquéllos pueden afectar a la salud del bebé, a la de la madre (por el hecho de estar lactando) o al hecho mismo de la lactancia.

A esta conclusión se llega aplicando la doctrina anterior de la Sala, dada “la sustancial analogía del supuesto resuelto en la doctrina de mérito con el que contempla la recurrida”, en referencia a una serie de pronunciamientos previos que han resuelto reclamaciones presentadas por trabajadoras expuestas a riesgo de contagio de enfermedades, pertenecientes al sector sanitario (enfermeras, médicos de urgencias, pediatras en centros de salud, una farmacéutica de hospital...) ¹⁸. En todos estos supuestos la Sala de lo Social del TS ha denegado la prestación, en situaciones en que las trabajadoras se hallaban expuestas al peligro de contraer enfermedades contagiosas mientras proporcionaban lactancia natural a sus hijos.

3.1.2. La jurisprudencia sobre riesgos en el sector sanitario

En la presente ocasión se trae a colación la doctrina contenida en aquellas resoluciones, “al no existir nuevas razones que aconsejen su modificación”, y dada la similitud que existe entre el trabajo en el ámbito sanitario y el que aquí se describe, que se desarrolla en contacto directo con menores que pueden estar afectados por enfermedades infecto-contagiosas.

La Sala remite al razonamiento contenido en tales pronunciamientos, que admiten la existencia de riesgos en los puestos de trabajo sanitarios (entre ellos los de tipo biológico como la transmisión de enfermedades), pero niegan que tengan la condición de específicos en relación con la lactancia natural. Así, se afirma que “es cierto que constan informes relacionados con los riesgos del puesto de trabajo y con las funciones de la trabajadora; pero únicamente se contiene una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza [...] sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante” ¹⁹.

3.1.3. La peculiaridad de la sentencia referencial

Tras poner de relieve la citada analogía entre la cuestión litigiosa y las anteriormente planteadas por trabajadoras sanitarias en situación de lactancia, se hace alusión también a la sentencia de contraste que ha aportado la recurrente, en la cual se le reconocía el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo, para señalar que “la situación de riesgo no es coincidente con la de embarazo”. En este punto hay que reiterar la perplejidad que causa el admitir la existencia de contradicción entre dos sentencias y pasar a examinarlas para manifestar que abordan supuestos heterogéneos.

¹⁸ SSTs 17 marzo 2011 (Rec. 1864/2010, Rec. 1865/2010 y Rec. 2448/2010), 18 marzo 2011 (Rec. 1290/2010, Rec. 1863/2010, Rec. 1966/2010 y Rec. 2257/2010), 3 mayo 2011 (Rec. 2707/2010), 21 septiembre 2011 (Rec. 2342/2010), 22 noviembre 2011 (Rec. 306/2011), 23 enero 2012 (Rec. 1706/2011), 25 enero 2012 (Rec. 4541/2010), 1 octubre 2012 (Rec. 2373/2011), 21 marzo 2013 (Rec. 1563/2012) y 24 junio 2013 (Rec. 2488/2012).

¹⁹ STS 21 marzo 2013 (Rec. 1563/2012).

Es innegable que ambas situaciones –riesgo durante el embarazo y durante la lactancia– se configuran como diferentes en el art. 26 LPRL, de tal manera que unas mismas condiciones de trabajo bien pueden permitir el paso a suspensión por riesgo durante el embarazo y sin embargo no conformar un riesgo para la lactancia natural²⁰. Así por ejemplo, es habitual que la exposición a determinados riesgos como los citostáticos (quimioterapia) o la nocturnidad y el trabajo a turnos se califiquen como riesgo durante el embarazo y no durante la lactancia natural.

Con todo, al ser tan escueta la referencia a la sentencia de contraste se echa de menos una ulterior explicación, acerca de por qué en esta ocasión los estados de embarazo y lactancia han de recibir un tratamiento diferente en cuanto a la posibilidad de suspender el contrato, existiendo en ambos casos el mismo riesgo de contagio de enfermedades.

Al fin y al cabo, si se ha admitido la sentencia de contraste y se ha entrado a resolver el fondo del asunto es porque “entre ambas sentencias concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LJS”, incluida la necesaria identidad de hechos. Sin embargo, a la hora de fundamentar el fallo denegatorio de la prestación por lactancia se pone énfasis en que se trata de situaciones diferentes: “la situación de riesgo no es coincidente con la de embarazo”.

3.1.4. La ordenación del tiempo de trabajo

Añádase, por último, que la resolución de análisis aborda asimismo la cuestión del horario de trabajo a turnos de la solicitante, para remitirse también en este punto a la doctrina de la Sala, en cuya virtud el sistema de trabajo a turnos puede constituir en sí mismo un riesgo para la lactancia natural en determinados casos. Lo será, en concreto, cuando los horarios de trabajo resulten inadecuados para los periodos regulares de alimentación del lactante y además la imposibilidad de las tomas directas no pueda paliarse mediante la extracción de la leche²¹. Todo lo cual no ha quedado demostrado que concurra en el caso que aquí se enjuicia.

3.2. La argumentación del Voto Particular

Según se ha indicado, en el Voto Particular los magistrados firmantes disienten en cuanto al sentido del fallo, que a su parecer debería haber sido estimatorio de la prestación. Lo hacen con arreglo al siguiente razonamiento.

²⁰ “Los conceptos de riesgo para el embarazo y para la lactancia natural no son coincidentes ni superponibles. Si bien es cierto que pueden darse en una misma trabajadora, en el mismo puesto de trabajo y con identidad espacio-temporal [...], no tienen igual regulación en cuanto a la afectación o repercusión que los riesgos del puesto pueden generar, en una primera fase, en la mujer gestante y/o el feto y, en una segunda fase, en el recién nacido con lactancia natural. Esto hace que la valoración de exposición a los riesgos tenga que realizarse de forma individualizada y diferente en función de que se trate de un embarazo o una lactancia natural” (VICENTE-HERRERO, T. y otros autores: “Embarazo-lactancia natural y riesgos laborales en España. A propósito de una sentencia: una misma trabajadora y dos situaciones preventivas distintas”, Revista CONAMED. vol. 18, núm. 2, 2013, pág. 77).

²¹ Entre otras, SSTS 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 (Rec. 818/2011, Rec. 2361/2011 y Rec. 1298/2011).

3.2.1. Existencia de riesgo específico para la lactancia en el supuesto enjuiciado

Se entiende que el riesgo para la lactancia natural concurre en la prestación laboral de la actora, porque existe peligro de contagio de determinadas enfermedades susceptibles, a su vez, de ulterior transmisión al lactante a través de la leche materna (riesgo incuestionable al menos en el caso del SIDA). Se trata de un riesgo que presenta las características exigidas por la doctrina de la Sala Cuarta del TS, ya que no constituye un peligro genérico para la salud de la trabajadora sino un riesgo de afectación a la salud del bebé.

Además la exposición a dicho riesgo es permanente para la trabajadora, en su labor de intervención directa en el centro de reeducación de menores. De hecho, la propia Mutua aseguradora emitió certificación médica reconociendo el riesgo para la lactancia natural. En otros términos, la Mutua no denegó la prestación porque estimase que no concurría el riesgo específico, sino por otros motivos que la sentencia mayoritaria no ha entrado a analizar.

3.2.2. Disimilitud con la doctrina citada en la sentencia mayoritaria

Este último extremo referido, la certificación médica por la Mutua, supone una importante diferencia respecto de los casos enjuiciados en la jurisprudencia de la Sala que se cita en la sentencia mayoritaria, pues en ellos la entidad gestora no había constatado el riesgo específico. Significa ello que el reconocimiento de la prestación en este supuesto no supone alejamiento alguno de la doctrina anterior de la Sala.

3.2.3. Imposibilidad de adaptación o de traslado

Entienden los magistrados discrepantes que en el caso examinado se cumple también el requisito consistente en la imposibilidad de eliminar el riesgo, poniendo en marcha las medidas preventivas que fija el art. 26 LPRL: “ciertamente, tanto el intento de reubicación como la imposibilidad de hacerlo es lo que resulta de las actuaciones”.

Se apoya esta afirmación en el hecho de que, en la sentencia recurrida, la Sala de lo Social del TSJ de Valencia llevó a cabo una modificación de los hechos probados respecto de los contenidos en la Sentencia del Juzgado de lo Social, para incluir el dato de que la actora había solicitado el cambio y la empresa le había indicado que no existía puesto exento de riesgos²².

Conviene poner de manifiesto, al respecto, que la sentencia mayoritaria no entra a valorar si la empresa cumplió o no con el preceptivo intento de eliminar el riesgo mediante las actuaciones preventivas prescritas, pues una vez que declara la inexistencia de riesgo específico para la lactancia, queda descartado en todo caso el derecho a la prestación, sin necesidad de evaluar cuál pudo ser la reacción de la empresa.

Todo ello conduce al Voto Particular a denunciar que en realidad, el debate litigioso ha sido incorrectamente planteado en la resolución mayoritaria, pues se ha centrado en analizar la concurrencia del riesgo específico cuando ya la Mutua lo había reconocido, y no

²² El Hecho Probado Tercero, una vez modificado por la sentencia del TSJ de Valencia, incluye el inciso: “viéndose por ello la empresa imposibilitada técnica u objetivamente para cambiarla de puesto de trabajo”.

se han discutido las razones por las cuales dicha entidad gestora resolvió denegar la prestación (que posiblemente tuvieran que ver con la omisión de actuaciones preventivas por parte de la empresa).

3.2.4. Reconocimiento previo a la actora de la prestación por riesgo durante el embarazo

Según expresa finalmente el Voto Particular, ninguna diferencia existe entre el embarazo y la lactancia, en este supuesto, que alcance a justificar por qué la trabajadora ha disfrutado la prestación por riesgo durante el embarazo y sin embargo no logra acceder a la de riesgo durante la lactancia, en la misma empresa y en idénticas condiciones laborales. Aunque, como ya se expuso con anterioridad, un mismo riesgo genérico puede actuar como riesgo específico a efectos del embarazo y no de la lactancia, lo cierto es que la sentencia mayoritaria no argumenta las razones por las que en este caso un mismo peligro, consistente en la posibilidad de contraer enfermedades como el SIDA, la hepatitis B o la tuberculosis, justifica la suspensión del contrato para una trabajadora embarazada pero no para quien alimenta a su hijo con lactancia materna.

2. Incapacidad permanente

LABORUM

Incapacidad Total para un Gruista con Visión Monocular Al hilo de la STS de 23 de Diciembre de 2014

Total Disability for Crane Operator with Monocular Vision

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

*PROFESOR TITULAR (ACREDITADO A CATEDRÁTICO) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

*ABOGADO Y AUDITOR EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
DOCTORANDO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

Resumen

Un trabajador, de profesión habitual gruista, sufre un accidente de trabajo y como consecuencia del mismo pierde la visión de un ojo. Tras la evaluación médica correspondiente, es declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en situación de incapacidad permanente parcial. Solicitada la declaración de incapacidad permanente total, y tras la denegación de la misma en instancia y suplicación, se presenta recurso de casación para la unificación de la doctrina. El Tribunal Supremo, centrando la controversia en determinar si la visión monocular impide el ejercicio de la profesión habitual de gruista, entiende que esta lesión supone una limitación para el desempeño de este trabajo, que exige una visión binocular que le permita el cálculo de las distancias y elimine los posibles riesgos de causar un accidente. Por lo tanto, se falla declarando al demandante en situación de incapacidad permanente total, derivada de accidente de trabajo.

Abstract

An employee, being crane operator as his normal occupation, had a work accident and as a consequence he lost the vision of an eye. After the corresponding medical evaluation, the Spanish Institute of Social Security (INSS) granted him a situation of partial permanent disability. He requested that he should be granted a situation of total permanent disability and, after the denial of this situation at first instance and at the appeals tribunal, a cassation appeal is brought before the Spanish Supreme Court for unification of doctrine. The Supreme Court, focused on deciding if the monocular vision prevents the practice of the normal profession of crane operator and it established that this lesion involves a limitation for that job performance, which requires a binocular vision allowing to calculate distances and to eliminate the risks to cause an accident. Therefore, the Supreme Court rules declaring that the plaintiff should be granted the *situation of total permanent disability, as a result of a work accident.

Palabras clave

Gruista, incapacidad permanente total para profesión habitual, incapacidad permanente parcial, accidente de trabajo, visión monocular

Keywords

Crane operator, total disability for the habitual profession, partial permanent disability, work accident, monocular vision

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

Los hechos que dieron lugar a la sentencia referenciada –y las vicisitudes jurisdiccionales previas– son, en síntesis, los siguientes:

El actor, nacido en 1974, de profesión habitual gruista, –que prestaba sus servicios para la empresa Construcciones Torredembarra XXI S.L.¹–, sufre el 13 de diciembre de 2006 un accidente de trabajo, al perforarle el ojo derecho un trozo de hierro desprendido mientras un encofrador trabajaba cerca.

El 27 de marzo de 2008 y habiéndose iniciado previamente el expediente de incapacidad permanente, el trabajador demandante es evaluado por el ICAM. Tras el preceptivo dictamen a propuesta del CEI, el 9 de julio de 2008 se dicta resolución, por parte de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando al trabajador afecto de incapacidad permanente parcial². Contra dicha resolución es presentada reclamación previa, la cual es desestimada de forma expresa el 29 de septiembre de 2008.

Posteriormente, y en sede judicial, se ventila demanda sobre incapacidad permanente total para la profesión habitual por accidente de trabajo, frente a la empresa Construcciones Torredembarra XXI S.L, Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Mutua Asepeyo. El 14 de diciembre de 2011 el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarragona dicta sentencia desestimando íntegramente la demanda y absolviendo a los demandados.

El trabajador accidentado interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dicta sentencia el 9 de abril de 2013, desestimando dicho recurso y confirmando la sentencia emitida por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarragona. Finalmente, la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es impugnada por la representación procesal del trabajador, formalizando el correspondiente recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo.

Es, por tanto, importante destacar que, como consecuencia del accidente de trabajo sufrido, y de la lesión permanente subsiguiente, que consiste en una visión únicamente monocular, pretende el trabajador que se le reconozca un grado distinto de incapacidad (incapacidad permanente total, en lugar de incapacidad permanente parcial). Para ello es necesario tener en cuenta que la profesión habitual es la de gruista, alegándose, por parte del trabajador, que la pérdida completa de visión en un ojo no le permite realizar las tareas correspondientes a dicha profesión.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. La cuestión central objeto de debate

Más allá del detalle de la agudeza visual del trabajador (0,1 en ojo derecho y 1 en ojo izquierdo), el Tribunal Supremo centra la cuestión en preguntarse si la *visión monocular* impide el normal desempeño de su profesión habitual (F.J. 2º.1). Con esta pregunta el

¹ Esta empresa con sede en Tarragona, tenía concertada la cobertura de los riesgos por contingencias profesionales con la Mutua Aasepeyo.

² Concretamente, con derecho a la percepción de una prestación a tanto alzado de 24 mensualidades de una base reguladora de 1.399,17 euros a cargo de la Mutua, con el siguiente cuadro residual, según cita la sentencia: "*perforació escleral traumàtica ull dret al des'06 amb múltiples complicacions, posteriors, que han requerit 6 IQ, - l'última a l'oct 07-agudesa visual amb correcció UD:0,10 i UE: 1.-*".

Tribunal se sitúa en el intento de superar la concepción estricta en la que se basa la sentencia de 9 de abril de 2013 del TSJ de Cataluña (sentencia de suplicación recurrida). Independientemente de que atender a una concepción más amplia –que es lo que hace el Tribunal Supremo– lleve a la determinación del grado de incapacidad permanente total (en lugar de incapacidad permanente parcial), debemos anticipar que el planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es excesivamente estricto desde una consideración de justicia³, como se acabará de explicar en el apartado 3 de este estudio.

En efecto, la STSJ de Cataluña, en su Fundamento de Derecho Segundo declara que no hay posibilidad alguna de estimar el recurso, argumentando que, conforme al artículo 37.b) del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 (norma que recuerda que debe ser invocada sólo título orientativo por su pérdida de vigencia) se corresponde con la situación de incapacidad permanente parcial “la pérdida de visión completa en un ojo, subsistiendo íntegra la visión del otro”, añadiendo que, conforme a la tabla de la Escala de Wecker, en este caso (caracterizado por una agudeza de 1,0 en el ojo sano y 0,1 en el ojo peor) “resulta una disminución del 24%, siendo el tramo necesario para la calificación de incapacidad permanente total del 37% al 50%”. Éstos son, pues, los dos únicos argumentos tenidos en cuenta para desestimar el recurso de suplicación, lo que merece una crítica seria, por estas dos razones:

1ª.- Se ha atendido a la lesión, pero no a la profesión, por lo que se trata de un planteamiento demasiado estricto y parcial, ya que el propio artículo 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, que se dice estar aplicando, exige tener en cuenta no solamente la lesión, sino también la incidencia de la misma en la profesión (mencionada ésta además en términos de cierta amplitud): “En la calificación se tendrá en cuenta, además de la lesión, el oficio o profesión del accidentado, considerando si se trata de trabajadores no calificados o de profesiones u oficios que precisen principalmente los miembros superiores, o de profesiones que utilicen de modo primordial los miembros inferiores, o de oficios y profesiones de arte y similares que requieran una buena visión y una gran precisión de manos, o de otro oficio o profesión especializado”⁴. Pero, por encima del rango del indicado Reglamento, y por encima del hecho de que éste, tras su derogación, es aplicado con valor solamente orientativo⁵, el artículo 194 del actual Texto Refundido de la LGSS⁶ (heredero del antiguo art. 137 del texto de 1994) establece que: “A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”.

³ Por ser demasiado estricto es también parcial e inadecuado, como interesa poner de manifiesto ya en este apartado –unas líneas más abajo–, para destacar la importancia de superar la tradicional concepción estricta, como hace el Tribunal Supremo (aclarándose en el apartado 3 por qué ello adquiere importancia desde una consideración de justicia).

⁴ Art. 37 del Decreto de 22 junio 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo (BOE de 15 de julio).

⁵ Tales disposiciones carecen hoy de eficacia normativa, aunque puedan servir “de elemento orientador exclusivamente, a falta de otros instrumentos legales que regulen la materia” (STS/4ª de 21 marzo 2005, RJ 2005, 5738).

⁶ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que ha sustituido al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

2ª.- Si son dudosos los argumentos utilizados para rechazar el recurso (porque se corresponden con una normatividad poco consistente), llaman más la atención los argumentos que no se han utilizado. Sobre todo, porque el motivo planteado por el recurrente alude de forma muy clara a la concepción amplia, acogida ya en sentencia anterior del Tribunal Supremo. En efecto, como la propia STSJ de Cataluña reconoce en su Fundamento de Derecho Segundo: denuncia la infracción por inaplicación del artículo 137.4 de la LGSS, en relación con la doctrina del TS de 21 de marzo de 2005, relativa a la interpretación de la escala Wecker, y Reglamento General de Conductores. Es, en este sentido, muy interesante lo que la mencionada STS de 21 de marzo de 2005 (RJ 2005, 5738) dice en su Fundamento de Derecho Tercero acerca de la aplicación de la Escala de Wecker: “esa escala, como no podría ser de otra forma, es una herramienta de valoración indicativa y ofrece por ello valores aproximados, que han de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador”.

2.2. Superación de una consideración demasiado estricta

De conformidad con el art 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para fundar su recurso de casación para la unificación de doctrina, el demandante inicial aporta la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de mayo de 2011, rollo 1108/2009 (JUR 2011, 224607), en la que se da respuesta a una situación análoga.

En dicha sentencia, tal como se expresa en el Fundamento de Derecho Primero (apartado segundo), se analiza el caso de un gruísta al que se le ha reconocido una incapacidad permanente parcial en la vía previa. Como consecuencia de un accidente de trabajo consistente en un traumatismo perforante, padece una agudeza visual bastante similar a la del trabajador de la sentencia recurrida del TSJ de Cataluña (pérdida prácticamente total de la visión en un ojo, conservando la del otro; en síntesis, visión monocular). La Sala de suplicación gallega tiene en cuenta el Reglamento de Accidentes de Trabajo, pero sostiene que las tareas de gruísta requieren de una buena visión binocular de la que carece el actor. De ahí que confirme la sentencia del Juzgado que había reconocido al actor el grado de total⁷.

Debemos, primeramente, advertir acerca de la dificultad de acceder en estos supuestos al recurso de casación para la unificación de doctrina, pues ha sido constante la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo en el sentido de considerar que la materia de incapacidad permanente no es apta para la unificación de doctrina, dada la dificultad de establecer la identidad necesaria en temas tan notoriamente casuísticos⁸ en los términos

⁷ F. de D. Segundo: “(...) si bien se ha estimado que salvo las profesiones que requieran una especial agudeza visual, la disminución de ésta en un ojo, solo da lugar a la Incapacidad Permanente Parcial, de conformidad con el antiguo Reglamento de Accidentes de Trabajo que tiene carácter orientativo, ello no impide que en razón a la profesión desempeñada la pérdida de visión de un ojo pueda dar lugar a la Incapacidad Permanente Total, que es lo que acontece en el caso que nos ocupa en el que el actor, como a tal efecto se constata en la resolución impugnada, cuyo trabajo es el de «gruísta», implica el desempeño de tareas que requieren de una buena visión binocular, de la que carece el actor, como a tal efecto se constata del informe del EVI, que concluye que no está permitida la visión monocular para la categoría de operador de grúa”.

⁸ STS/4ª de 21 marzo 2005 (RJ 2005, 5738) y STS/4ª de 27 octubre 2003 (RJ2003, 6595).

exigidos por el artículo 219 LRJS⁹. Luego el hecho de haber aceptado el Tribunal la existencia de contradicción entre la sentencias recurrida y de contraste ha de juzgarse excepcional, por el hecho de considerar la existencia de dos supuestos prácticamente idénticos (consideración en la que ha pesado la insistencia del Ministerio Fiscal, al igual que ya ocurrió en la STS de 21 de marzo de 2005, Rec. 1211/2004). Pero precisamente ese excesivo casuismo (que pone de manifiesto la naturaleza no casacional de esta materia) es lo que nos debe reafirmar en el rechazo de la concepción estricta, que debe ser necesariamente superada, puesto que, ante tanta variedad de supuestos, no es de recibo aplicar de forma general y automática la tabla de la Escala de Wecker (junto con el Reglamento –orientativo– de Accidentes de Trabajo) y no atender –además– a la incidencia de la lesión en las tareas de la profesión habitual de cada trabajador.

Pasando a la solución aportada por el Tribunal Supremo, recuérdese que, como se acaba de decir en el apartado anterior, esta sentencia de unificación de doctrina centra la cuestión en preguntarse si la *visión monocular* impide el normal desempeño de la profesión habitual del trabajador, pregunta que permite al Tribunal situarse en el intento de superar la concepción estricta. Pero ahora debemos añadir que la sentencia quiere hacer expreso (en palabras del Ministerio Fiscal que el Tribunal hace suyas) que precisamente forma parte del debate acoger o rechazar dicha consideración de carácter estricto: “...de modo excepcional, nos encontramos ante dos supuestos prácticamente idénticos –misma profesión, mismas lesiones, misma calificación del grado en la vía administrativa previa–, en donde se da el mismo debate –si las lesiones han de valorarse atendiendo de forma estricta a los parámetros que ofrece el Reglamento de accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956 o si, por el contrario, ha de ponderarse más detenidamente el profesiograma de los trabajadores afectados”.

El Tribunal Supremo llega incluso a establecer un análisis comparativo entre las labores propias del gruísta y las del conductor de vehículos. Es muy significativa la intención que el propio Tribunal declara: “examinar si las labores del gruísta pueden equipararse a este tipo de actividad y, en suma, dilucidar si la visión monocular, como la que tiene el recurrente, sería también obstativa de su profesión”. Y llega a una conclusión positiva, considerando que serían aplicables al caso las exigencias de agudeza visual establecidas para obtener o prorrogar la vigencia del permiso o de la licencia de conducción¹⁰, atendiendo además a lo dispuesto en la regulación vigente sobre aparatos de elevación y manutención

⁹ Artículo 219.1: “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”.

¹⁰ Concretamente el Anexo IV, que regula las “Aptitudes psicofísicas requeridas para obtener o prorrogar la vigencia del permiso o de la licencia de conducción”, del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, “se entenderá como visión monocular toda agudeza visual inferior a 0,10 en un ojo, con o sin lentes correctoras, debida a pérdida anatómica o funcional de cualquier etiología”.

referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones¹¹, valorando también para la obtención del carné de gruista¹² es necesario superar un examen médico sobre agudeza visual.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Estamos ante una sentencia de gran importancia que, ciertamente, podría haber ido incluso más lejos, aportando una crítica clara a la aplicación de la concepción estricta para la determinación del grado de invalidez. No nos referimos a una crítica a la sentencia recurrida, sino a la línea que representa, caracterizada por el uso llamativamente inadecuado de fundamentos jurídicos¹³. El Tribunal Supremo no lo ha hecho así, pero los argumentos jurídicos que ofrece para sostener el fallo son suficientemente sólidos como para, a partir de ahí, ahondar en la misma posición, de forma más evidente y clarificadora, en caso de considerarse necesario.

Lógicamente con esta sentencia no puede cambiar la doctrina jurisprudencial acerca de la dificultad de utilizar, en estos supuestos, el recurso de casación para la unificación de la doctrina judicial, pues ello es sólo consecuencia de lo establecido en el artículo 219.1 LRJS. Pero sí es necesario resaltar al respecto un dato muy relevante: que el TS –siguiendo la línea de su Sentencia de 21 de marzo de 2005– opta de forma consolidada por la concepción amplia a la hora de valorar el grado de incapacidad permanente, esto es: la necesidad de indagar la incidencia de la lesión en las tareas propias de la profesión habitual.

Ello, en primer lugar, permite cumplir adecuadamente con lo establecido en el artículo 137 de la LGSS (actual artículo 194); por lo que debe quedar desterrada la aplicación de la concepción estricta, consistente en determinar el grado de incapacidad en base a la constatación –únicamente– de la entidad de la lesión. Y, sobre todo, debería considerarse proscrita la aplicación de dicha consideración estricta en base a la Escala Wecker y al Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, como hace la STSJ de Cataluña recurrida y como se ha venido haciendo en general hasta ahora. En realidad, éstos son los argumentos que pueden esgrimirse para justificar la concepción estricta. Pero tanto el primero –que en lugar de instrumento normativo es una herramienta de medición– como el segundo –cuya virtualidad jurídica es meramente orientativa–, aun cuando podrían ser útiles, deben rechazarse si lo que se pretende es, absolutizándolos, determinar el grado de incapacidad en base únicamente a la entidad de la lesión. Por ser contrario a lo establecido en la Ley General de Seguridad Social, cuyo artículo 194.2 actual exige tener en cuenta “la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión”.

En segundo lugar esta opción decidida por la concepción amplia es importante desde el punto de vista de la justicia, analizada en la relación jurídica –y en las relaciones jurídicas–, es decir, en un contexto amplio de socialidad. La sentencia, en su indagación para encontrar la

¹¹ Real Decreto 836/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba una nueva Instrucción técnica complementaria “MIE-AEM-2” del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones, Gruista u operador de grúa torre es la persona física que tiene conocimientos y autorización para manejar y operar directamente la grúa.

¹² Regulado en el Anexo VI del Real Decreto 836/2003, de 27 de junio.

¹³ Nos explicamos al respecto en el apartado 2.1, abundando en dicha explicación unas líneas más abajo en este apartado.

solución adecuada, atiende al carácter personal y profesional del trabajador que ha de cumplir tareas de una profesión concreta, lo cual, a su vez, puede influir en el entorno cercano, que merece protección y prevención. El Tribunal no sólo es muy claro en la necesidad de dar una “calificación específica” a este caso, sino que trasluce algo de mayor importancia, por la forma como lleva a esa conclusión, en la medida en que acude a la relacionalidad de un contexto más amplio, analizando, de forma comparativa –como se ha dicho– también la situación análoga de los conductores de vehículos (indagando igualmente su normativa de aplicación). Si comparamos esta sentencia de 2014 con la de 21 de marzo de 2005 (que relativiza la escala Wecker y contextualiza más relacionalmente al trabajador, al contemplar concretamente las circunstancias de la profesión, que exigen una mayor agudeza y una visión binocular, también para evitar accidentes propios y ajenos¹⁴) debemos decir que ésta centra la cuestión de modo más general y rotundo. La de 2005 rechaza que baste la visión monocular para el caso del minero. La de 2014 advierte sobre las consecuencias que haya que extraer, en general, sobre la visión monocular (no sólo para el gruista, sino también para otros colectivos).

¿Qué otro paso adicional podríamos esperar en la continuación coherente con esta línea doctrinal? Que esta concepción amplia no sólo atienda a las circunstancias personales y profesionales del trabajador¹⁵, con la vista puesta en el entorno cercano para prevenir accidentes de trabajo, sino que, además, se ensanche a una valoración acorde con los principios rectores de seguridad y salud en el trabajo¹⁶.

¹⁴ “La profesión de picador minero requiere, por las condiciones en que se desarrolla y por el riesgo de producir accidentes propios y a terceros que comporta, tal y como se razona en la sentencia de contraste para la actividad minera en general, del mantenimiento de unas condiciones de visión binocular para el cálculo de distancias y de una agudeza visual mayor que la que presenta el trabajador recurrente” (STS de 21 de marzo de 2005, F.J. 3º)

¹⁵ Sobre la consideración personal del trabajador y su entorno profesional a la hora de determinar el grado de incapacidad permanente, ver Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 324 a 327.

¹⁶ Dichos principios se mencionan en el artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. *Vid.* Cabeza Pereiro, J., “Los principios de la acción preventiva”, en Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C. (Directores) y Otros, *Tratado de Prevención de Riesgos Laborales, Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 286 ss.

La invalidez por ceguera
Comentario a la Sentencia del TS 10 de febrero de 2015
Disability for blindness
Comentary to the Judgment of TS 10 february 2015

AURELIA CARRILLO LÓPEZ
DOCTORA EN DERECHO
FISCAL SUSTITUTA

Resumen

La cuestión se centra en si una persona que es capaz de percibir estímulos luminosos o por factores perceptivos, cognitivos ambientales, temporales u otros que le han permitido adquirir las habilidades adaptativas necesarias para realizar estos actos esenciales de la vida puede ser considerada o no como perceptora de la pensión de Gran Invalidez, aunque no precise asistencia permanente de una tercera persona. La conclusión a que llega esta sentencia es que no debe excluirse de la calificación de gran invalidez a las personas afectadas por una pérdida de agudeza visual tal que deba valorarse como ceguera.

Abstract

The question focuses is whether a person who is able to perceive light or perceptual factors, cognitive environmental stimuli, temporary or others who helped acquire adaptive skills necessary to perform these essential acts of life can be considered or not as percipient of the pension of severe disability, although not specifying permanent assistance of a third person . The conclusion reached this statement is not to be excluded from the classification of severe disability to those affected by a loss of visual acuity to be valued such as blindness .

Palabras clave

Incapacidad permanente, Gran invalidez, ceguera, asistencia de tercera persona, actos esenciales de la vida

Keywords

Permanent disability, Major disability, blindness, third-party assistance, essential acts of life

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El trabajador objeto del litigio, mecánico de profesión, afiliado al RETA, fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común por resolución del año 2005.

El actor, ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de León, interpone demanda solicitando la incapacidad permanente absoluta en grado de gran invalidez, considerando que concurrían los requisitos para ello. Mediante sentencia de 22 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social estima la demanda, en base a las siguientes dolencias: agudeza visual: ceguera profunda, ojo derecho cuenta dedos a un metro, ojo izquierdo movimiento de manos. Necesita ayuda de otra persona para realizar desplazamientos fuera de su domicilio así como para tomar la medicación pues tiene que tomar nueve medicamentos diarios dado que además de lo anterior padece: Cardiopatía isquémica tipo IAM inferoapical killipk I. ACTP primaria sobre CD, FEVI conservada. Diabetes mellitus de reciente diagnóstico. Dislipemia.

El INSS interpone recurso de suplicación contra la anterior resolución, resolviendo la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Valladolid), con fecha 13 de marzo de 2014, en la que revoca la sentencia de instancia, basándose en que

puede valerse por sí mismo para alimentarse, vestirse, asearse, es decir, por la mayor parte de los actos propios de la vida diaria que afectan a la intimidad y dignidad de la persona, por lo que no puede ser reconocido en situación de gran invalidez.

Se formula la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia de contraste con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 que trata un caso casi idéntico. El TS revoca la sentencia del TSJ de Castilla-León, y declara la Gran Invalidez por sentencia de fecha de 10 de febrero de 2015 la cual es objeto de este estudio.

2. ANALISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La sentencia objeto del presente comentario, reconoce el derecho a la percepción de la pensión por gran invalidez, ordenando la reanudación del pago reconocido por el Juzgado de lo Social desde su suspensión.

El TS partiendo de la complejidad de la cuestión y de la ambigüedad desde el punto de vista legal, realiza un estudio del concepto de gran invalidez, por ceguera, concluyendo que se asimila a ceguera total, a efectos de su consideración como gran invalidez, la agudeza visual inferior a una décima en ambos ojos, aunque se hubieran adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente; tampoco es necesaria la continuidad en la colaboración de una tercera personal para la realización de determinadas actividades esenciales de la vida.

La cuestión que se plantea en esta sentencia examinada es la de la procedencia de la suspensión o no del pago de la pensión de incapacidad permanente en grado de gran Invalidez a causa de que el beneficiario como consecuencia de haber adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, por considerar el INSS que dicha capacidad le exige la ayuda permanente de una tercera persona.

No es muy frecuente en nuestra Jurisprudencia ver sentencias del Tribunal Supremo que se refieran a la determinación de un grado u otro de incapacidad permanente; ello se debe a la exigencia legal del requisito de procedibilidad consistente en que la sentencia de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia que pretenda recurrirse en esta modalidad de casación sea contradictoria con otra a las que se refiere el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En relación con esta exigencia, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que resulta casi imposible encontrar dos sentencias que resulten contradictorias en esta materia, pues unas mismas dolencias producen efectos diferentes en diferentes personas. No obstante encontramos algún supuesto excepcional en los que el Alto Tribunal ha admitido la existencia de contradicción en esta materia, como es el caso de la sentencia que estudiamos. La sentencia que se aporta como contradictoria es la dictada por el TS en fecha de 3 de marzo de 2014 [Rec. 1246/2013], la cual trata de un supuesto casi idéntico pero con un resultado diferente apreciando la calificación de gran invalidez, al contrario que el TSJ de Castilla-León que revoca la sentencia del Juzgado de lo Social que consideraba al actor como gran invalido, por tanto se acepta esa sentencia como contradictoria por el TS y se procede a dictar sentencia en unificación de la doctrina.

La sentencia objeto de estudio tiene un doble interés, por una parte, nos demuestra que en supuestos excepcionales, pueden existir sentencias contradictorias en materia de grado de invalidez y, por otra, la jurisprudencia que ahora se establece permite seguir considerando gran inválido a quien no está totalmente incapacitado para realizar, por sí mismo, determinados actos necesarios para la subsistencia.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Se plantea la cuestión de la compatibilidad entre la percepción de una pensión de gran invalidez y la posibilidad de que pueda realizar actos esenciales de la vida sin la ayuda permanente de una tercera persona.

En primer lugar, hay que hacer referencia al art. 194.5 del TRLGSS de 30 de octubre 2015 (*ex art.137.5 de la LGSS*) que define *la incapacidad permanente absoluta* para todo tipo de trabajo como aquella que inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio. Entendiendo por *gran invalidez* la situación del trabajador afectado de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Por otro lado, el art. 198.2 del vigente TRLGSS 2015 (*ex art. 141.2 de la LGSS 1994*) establece que las pensiones vitalicias en caso de la incapacidad permanente absoluta o de la gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del invalido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Se desprende de estos artículos falta de claridad, por un lado, al definir *la incapacidad absoluta* como aquella que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio, situación protegida y cubierta por la Seguridad Social (art 194.5 TRLGSS); y la *gran invalidez*, como la situación del trabajador afectado de incapacidad permanente absoluta y, que además como consecuencia de las pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos mas esenciales de la vida, tales como vestirse, asearse, desplazarse, comer o análogos (194.6 TRLGSS). Mientras que, por otro lado, el art. 198.2 TRLGSS 2015 (*ex art. 141.2 LGSS 1994*) con referencia a las compatibilidades en el recibo de las prestaciones económicas por incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, establece que estas situaciones no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Por lo que se deduce que no queda claro cuáles son las actividades compatibles cuando la percepción de la pensión presupone que su beneficiario sufre una lesión que le impide el desarrollo de toda profesión u oficio y que además necesita de una tercera persona para los actos mas esenciales de la vida.

Además, hay que poner de manifiesto que la CE en su art. 35. 1º consagra el derecho y el deber de trabajar, y entre ellos el derecho a la libre profesión u oficio, como derechos fundamentales dentro de la sección 2 del Cap II del Título I. La CE en su artículo 49 establece que los poderes públicos tendrán que desarrollar una política integral en orden a la protección e integración de los minusválidos en la sociedad. Esta previsión que encuentra su

proyección en los art. 14 y 9.2 que implican adoptar tales políticas como medidas para promover las condiciones y remover los obstáculos para conseguir la integración en igualdad de los discapacitados. Esta interpretación es coherente con la práctica comunitaria la cual es consciente que los problemas con los que se enfrenta este colectivo no son tanto de reeducación y rehabilitación de sus limitaciones funcionales como de reconocimiento de sus derechos y de su integración en una sociedad que obstaculiza en sí misma la participación de dichas personas por medio de una serie de barreras presentes en su entorno y que se expresan no solo en la dificultades estructurales de accesibilidad, de limitadas oportunidades en materia de educación, sino también en actitudes negativas hacia la discapacidad y en múltiples elementos disuasorios en los ámbitos social y económico.

La norma más relevante a efectos de la integración del discapacitado en la sociedad en aplicación del art. 49 de la CE, fue la Ley 13/1982 de 7 de abril, de reintegración social del minusválido, hoy sustituida por el RD-legislativo 1/2013, de 29 noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas que con Discapacidad y de su Inclusión Social que pretende poner fin a la dispersión normativa existente hasta ahora.

Para conseguir la integración del colectivo de minusválidos en el mercado de trabajo es necesario el desarrollo de un sistema de formación y reeducación profesional que los capacite suficientemente para poder desarrollar determinadas actividades y profesiones, además de incentivar a los empresarios para que los contraten, siendo lo más frecuente que se concedan bonificaciones para adaptar los puestos de trabajo a las necesidades de este colectivo de personas. Por otra parte, se hace necesario la creación de medidas que motiven a los trabajadores discapacitados para acceder al mercado de trabajo sin la preocupación de perder su pensión de incapacidad permanente.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, da una nueva redacción que permite desvincular, el grado de gran invalidez de la incapacidad permanente absoluta, y ello es debida a la influencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, puesto que el art. 194.5 TRLGG (*ex* 137.6 de la LGSS de 1994) define la gran invalidez como “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas y funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”, sin vincularla a la incapacidad permanente absoluta.

Y, por otro lado, el art. (*ex* 139.4), al determinar el contenido de la prestación de gran invalidez, se indica que el beneficiario tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, que se refiere a las cuantías de las pensiones de incapacidad permanente tanto total como absoluta, incrementando en su cuantía con un complemento, destinado a que el invalido pueda remunerar a la persona que le atienda.

En la actualidad, la gran invalidez no es un grado relacionado con la aptitud para trabajar sino con la capacidad residual del trabajador para poder desenvolverse en la sociedad, teniendo que acudir o demandar, por ser dependiente, los cuidados de una tercera persona que le permita realizar los actos esenciales de la vida.

El TS haciendo una interpretación sistemática del artículo 198.2 TRLGSS 2015, (*ex art. 141.2 LGSS 1994*) que se refiere a las compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente, ha señalado que se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos residuales y mínimos que no comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio cualesquiera que sean estos pues a todos incluye el grado de invalidez. Se trata de actividades que no pueden ser objeto de contratación en el mercado de trabajo dadas las especiales circunstancias que concurren en el eventual sujeto de la prestación.

La jurisprudencia ha ido evolucionando y se viene admitiendo la compatibilidad de trabajo y pensión de los beneficiarios de incapacidades permanentes absolutas y gran invalidez, a diferencia de la jurisprudencia anterior que no admitía la validez jurídica del trabajo del incapaz al tratarse de trabajos marginales y de escasa importancia. Citando la doctrina del TS, la Resolución de 8 de octubre de 1991 de la Dirección de la Seguridad Social, dicto una Resolución, por la que se consideraba compatible la actividad de la venta de cupones de la ONCE con la invalidez permanente absoluta. Los conceptos sociales de marginalidad y de exclusión social van ligados en el ámbito del trabajo social y servicios sociales, y siempre tienen un componente más para que se produzcan: la falta de ingresos. Esto no se produce en estas situaciones ya que el beneficiario tiene asegurada su pensión, la cual solo queda suspendida mientras esta trabajando obteniendo ingresos del trabajo. Este argumento parece que no se sostiene demasiado.

Es posible que la incompatibilidad pueda tener un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social, pero esto no sucede cuando los salarios que se perciben son superiores a la pensión que se suspende temporalmente ya que la motivación viene incluida en el aumento de ingresos por el trabajo. No obstante, la pensión no puede nunca servir de estímulo económico a una actividad de reinserción.

Es preciso hacer referencia al teletrabajo y a las actividades informáticas incluso a tiempo completo que puedan desarrollar las personas que se encuentran en situación de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez como sectores compatibles con estas pensiones. Lo que permite cada día una mayor integración social del minusválido en la sociedad.

Por todo lo expuesto, la gran invalidez constituye un grado de incapacidad permanente autónomo, de forma que su reconocimiento es inicial, o se debe a una revisión por agravamiento del grado de incapacidad antes establecido (STS de 7 de mayo de 2004, Recurso: 1508/03).

Por *acto esencial para la vida diaria* se considera aquel que sea preciso para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellos actos indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia (STS de 23 de marzo de 1988). Es suficiente la imposibilidad de realizar uno de ellos sin ayuda externa para que se pueda calificar la gran invalidez; como no poder satisfacer una necesidad primaria, no poder vestirse, desvestirse y deambular de manera prolongada o el enfermo obligado a mantener gran reposo (STS de 3 de abril de 1982).

No es necesario que la necesidad de *ayuda de una tercera persona sea permanente y continuada*, pero no se puede considerar gran invalidez la mera dificultad en la realización de los actos esenciales para la vida, así la STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2016 [RJ 2016/43574] establece que La necesidad de ayuda una tercera persona no necesita ser integral, además, la adaptación del medio a la secuela no es incompatible con la Gran Invalidez.

Los supuestos de gran invalidez son numerosos en nuestra jurisprudencia, se considera gran invalidez cuando la agudeza visual es inferior a una décima en ambos ojos, siendo valorada como ceguera, aunque se haya podido trabajar por cuenta ajena y aunque se puedan desarrollar algunos actos esenciales de la vida [STS de 3 de marzo de 2014, Rec. unificación doctrina 1246/2013].

No se puede solicitar la gran invalidez una vez que se ha cumplido la edad de jubilación (TS 15 de abril de 1994, EDJ 10893), aunque el trabajador estuviera trabajando y en alta en el momento del accidente de tráfico que causó la gran invalidez Pero cabe el reconocimiento de gran invalidez aunque se presuma próximo el fallecimiento ya que para que tal situación pueda reconocerse no es preciso que el estado del incapacitado tenga un cierto carácter de permanencia que pueda prolongarse en el tiempo. En este sentido la STS de 11 de octubre de 2004, Rec. 5800/2003 que establece que declara que no es conforme a la Ley General de la Seguridad Social denegar la prestación de gran invalidez por entender que falta el requisito de la “permanencia” en situaciones en las que el desenlace es previsible en fecha próxima, toda vez que dicho requisito no viene establecido en el art. 137 de la citada Ley. Añade que en los casos en que el beneficiario se halle en situación de necesitar la asistencia de un tercero, el ordenamiento jurídico provee un incremento de la prestación de invalidez permanente para atender esa necesidad que tiene el inválido, siendo contrario a la lógica privar de tal asistencia, so pretexto de que su duración va a ser previsiblemente corta.

Con relación a los efectos económicos de la declaración de gran invalidez, consisten en una pensión de cuantía igual a la que corresponda por incapacidad permanente, incrementada con un complemento. Para calcular dicho complemento se tiene en cuenta la base mínima de cotización, sin que haya de recalcularse teniendo en cuenta las pagas extraordinarias (STS unificación de doctrina de 16 de junio de 2010 [EDJ 140229], STS de 6 de abril de 2015 [Rec. Unificación de doctrina 175/2014] establece para el cálculo del complemento de gran invalidez se han de tomar los importes de las bases en su cuantía íntegra, sin reducirla por el efecto de las pagas extras).

En cualquier caso, el complemento nunca puede ser inferior al 45% de la pensión percibida, sin el complemento. La cuantía mínima incluido el incremento para 2016 es de: Grado Gran invalidez con cónyuge a cargo: 1.177,40 €/mes; sin cónyuge (unidad económica unipersonal): 954,20 €/mes; con cónyuge no a cargo: 905,30€/mes.

La revalorización de estas pensiones se efectúa aplicando el incremento que se prevea anualmente de manera separada a la pensión y al incremento. A los efectos del límite máximo de la pensión (2.567,28 €/mes para 2016) se computa únicamente la pensión sin incremento.

Coeficiente reductor de la jubilación de trabajadores con discapacidad: ¿Quién valora la necesidad de ayuda de tercera persona?

Coefficient reducer of the workers' retirement with disability: Who values the need of help of third person?

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La normativa reguladora de la reducción de la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad contempla dos coeficientes reductores distintos, según que el trabajador acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria, o no. Pues bien, la STS de 18 de febrero de 2015 entró a discernir si la necesidad de ayuda de un tercero debe ser certificada por un órgano administrativo o también cabe la posibilidad de que sea dictaminada por el órgano judicial al que se recurre en un proceso sobre jubilación. El Alto Tribunal recurre a las reglas previstas para acreditar la discapacidad, declarando que el medio de prueba no puede consistir en la propia valoración del órgano jurisdiccional. Entendemos que hay que diferenciar valoración del grado y valoración de la necesidad de ayuda de tercera persona.

Abstract

The regulatory regulation of the reduction of the retirement age of the workers with disability contemplates two coefficients different reducers, according to which the worker accredits the need of the contest of another person for the accomplishment of the essential acts of the ordinary life, or not. Well then, the STS of February 18, 2015 began to discern if the need of help of a third party must be certified for an administrative organ or also it fits the possibility that it is passed by the judicial organ to which it is appealed in a process on retirement. The High Court resorts to the rules foreseen to accredit the disability, declaring that the way of test cannot consist of the own valuation of the jurisdictional organ. We understand that it is necessary to differentiate valuation of the degree and valuation of the need of help of third person.

Palabras clave

Jubilación, discapacidad, ayuda de tercera persona

Keywords

Retirement, disability, help of a third person

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

Nos encontramos con una trabajadora de la ONCE, con una discapacidad del 79%, que a los 62 años solicita al INSS la pensión de jubilación, que les es concedida. Esta pensión –reconocida en septiembre de 2009– se le calcula aplicando un porcentaje del 80% a una base reguladora de 1.914,75 euros.

Sin embargo, pasados unos meses (en junio de 2010), esta persona decide solicitar la revisión de la base reguladora de su pensión, debido a una cuestión que es circunstancial en el tema que nos ocupa, pero que fue el detonante de la revisión. Así, la solicitó al conocer la doctrina del TS respecto del vínculo laboral de los trabajadores de la ONCE y su repercusión en tramos anteriores de la carrera de seguro, y que obligaba a la entidad gestora a calcular retroactivamente toda base reguladora de la pensión solicitada con arreglo al cambio de encuadramiento a efectos de cotización (SSTS de 26 de septiembre de 2000, RJ 2000, 9646; 7 de octubre de 2004, RJ 2004, 7638; y 28 de noviembre de 2005, RJ 2006, 446). Es decir,

solicita que se recalcule su prestación considerando retroactivamente su carrera de seguro como trabajadora por cuenta ajena, en lugar de cómo autónoma.

En septiembre de 2010 el INSS dicta resolución en la que se acordó modificar la base reguladora como trabajadora por cuenta ajena, y el resultado es que la misma pasó a 2.210,10 euros. Y, lo que es más importante a nuestros efectos, se le aplica el RD 1539/2003, de 5 diciembre, que contempla coeficientes reductores de la edad por tiempo trabajado con la discapacidad (dando por cotizado esos períodos en orden al porcentaje). Esta norma solo es aplicable a los regímenes por cuenta ajena, por lo que para esta persona representaba una novedad en el cálculo de su pensión (del porcentaje).

Ahora bien, en ese momento es cuando surge el tema discutido, y es la determinación del coeficiente reductor aplicable. En efecto, el artículo 3.º del RD 1539/2003 contempla dos coeficientes: uno –como regla general– del 0,25 por año trabajado; otro, restringido a quienes además de tener una discapacidad de al menos el 65%, acrediten la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria, en cuyo caso se aplica el 0,50 por año trabajado.

Pues bien, el INSS decide aplicar en este caso el 0,25 al no justificar suficientemente la necesidad de ayuda de tercera persona. Disconforme con esta resolución, interpuso reclamación previa contra la resolución, al entender que está mal calculado el porcentaje de la base reguladora al no haber aplicado adecuadamente los coeficientes de reducción de edad y bonificación conforme al RD 1539/2003. Además alega no estar de acuerdo con la fecha de efectos económicos de la resolución, y considerar que tiene derecho a cobrar las diferencias de pensión devengadas desde la fecha de efectos de la jubilación. En noviembre de 2010 se dictó resolución desestimando la reclamación previa, y se abrió la vía judicial, demandando al INSS, la TGSS y la ONCE.

En marzo de 2011, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Pontevedra, que estimó parcialmente la demanda interpuesta, declarando el derecho a que se compute en el cálculo de su pensión de jubilación el porcentaje aplicable para calcular su importe el periodo que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado un coeficiente del 0,50€, condenado al INSS al abono de la citada prestación en la cuantía, forma y efectos económicos correspondientes, absolviendo a la TGSS y la ONCE. En el siguiente apartado explicaremos por qué llega a esta conclusión el Juzgado de lo Social.

Frente a dicha sentencia se formalizó recurso de suplicación por el INSS (por el coeficiente reductor aplicado) y la trabajadora (por el no reconocimiento de la retroactividad de los efectos del incremento de la base reguladora), dictándose Sentencia por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 31 de enero de 2014 (Sentencia núm. 796/2014 de 31 enero. JUR 2014\66871). En ella, la Sala desestima ambos recursos, confirmando la Sentencia de instancia. Respecto de lo que nos ocupa, entiende “habida cuenta de que, dada la relación fáctica y las afirmaciones de hecho contenidas en la fundamentación jurídica, que no resultan alteradas, resulta que la actora posee una minusvalía del 79% por déficit visual severo (hecho probado 5º), y necesita el concurso de otra persona para las necesidades de la vida diaria (FJ 2º), después de la valoración realizada por la Magistrada de instancia, por lo que el recurso de suplicación de la entidad gestora no debe tener favorable acogida”. Y aquí es donde está el nudo gordiano de la Sentencia: quién valora la necesidad del concurso de otra persona.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La STS de 18 de febrero de 2015 (JUR\2015\130275), cuyo Ponente es el Excmo. Sr. Luelmo Millán, entra a analizar esta cuestión, y lo hace estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2014, que casa y anula.

2.1. La sentencia de contraste

Como hemos indicado, se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada también por el Tribunal Superior de Galicia el 6 de julio de 2012. Ni la actora ni el Ministerio Fiscal consideraban que existiera contradicción suficiente, argumentando que las sentencias resuelven sobre circunstancias y valoraciones jurídicas de hechos diferentes (la sentencia de comparación no versa sobre la incapacidad permanente, sino sobre la prestación por hijo a cargo que requiere ayuda de tercera persona).

Sin embargo, el TS entiende que es irrelevante que sean prestaciones distintas, porque “lo que se debate, en el fondo, es lo mismo, pues, en definitiva, lo que en los dos se dilucida es un mayor importe prestacional (...), coincidiendo, además y por otra parte, en lo más relevante, cual es el debate acerca de la necesidad de existencia de un certificado o informe emitido por el organismo competente acerca del grado de minusvalía, que en la sentencia referencial se dice que no recoge la (necesidad de) ayuda de tercera persona, y que en la sentencia recurrida tampoco se dice que figure, donde ni siquiera se alude específicamente a dicho certificado, a pesar de ser exigible conforme al art 2 del RD 1539/2003, si bien se hace referencia en ella al art 3 de dicho RD y al requisito de acreditar la necesidad de ayuda de tercera persona, que la sentencia de instancia considera que se cumple en función de la exclusiva valoración de la propia Magistrada dirimente y la de suplicación ratifica con remisión a dicha valoración contenida en el segundo fundamento de derecho de aquélla, con los efectos que se siguen prevenidos en el art 5 del mismo texto reglamentario”.

La clave, pues, es determinar si la propia Magistrada de instancia puede efectuar la valoración de la necesidad de ayuda de tercera persona, aunque no conste en el certificado.

2.2. La valoración de la necesidad de una tercera persona

El RD 1539/2003, en su artículo 2 recoge cómo debe acreditarse “la existencia de la minusvalía, así como del grado correspondiente”. Pero no cómo debe acreditarse la necesidad de una tercera persona, que es algo distinto.

En efecto, este precepto se refiere a la prueba del grado de discapacidad (requiriéndose un 65% o un 45% en casos excepcionales), y para esa prueba contempla dos alternativas:

- Mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél.
- Cuando no sea posible la expedición de certificación por los órganos antes mencionados, por tratarse de períodos anteriores a la asunción de competencias en

la materia por éstos, la existencia de la minusvalía podrá acreditarse por certificación o acto administrativo de reconocimiento de dicha condición, expedido por el organismo que tuviese tales atribuciones en cada momento, y, en su defecto, por cualquier otro medio de prueba que se considere suficiente por la entidad gestora de la Seguridad Social.

En el caso en cuestión, el Tribunal indica que no consta que la actora haya aportado la referida certificación acreditativa, arguyéndose tan solo en el último párrafo del segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida que “dada la relación fáctica y las afirmaciones de hecho contenidas en la fundamentación jurídica, que no resultan alteradas, resulta que la actora posee una minusvalía del 79% por déficit visual severo (hecho probado 5º) y necesita el concurso de otra persona para las necesidades de la vida diaria (FJ 2º) después de la valoración realizada por la Magistrada de instancia, por lo que el recurso de suplicación de la entidad gestora no debe tener favorable acogida”.

El TS entiende que el requisito de necesitar el concurso de tercera persona se ha considerado acreditado por la ponderación que de la situación efectúa la propia Juez de instancia en este procedimiento de jubilación y no por el certificado administrativo, “que constituye, según la dicción literal del precepto reglamentario, el medio normativamente establecido de demostrar su existencia y, por tanto, que excluye, en principio, cualquier otro al respecto, salvo el caso previsto en el segundo párrafo del precepto, cuya causa de excepcionalidad ni se alega ni se demuestra en este caso, resultando, de todos modos evidente, que en dicha situación excepcional el medio de prueba no puede consistir en la propia valoración del órgano jurisdiccional sino que éste es ajeno a ella, en tanto en cuanto habrá de ser validado por la propia entidad gestora de la Seguridad Social («cualquier otro medio de prueba que se considere suficiente por la entidad gestora de la Seguridad Social»), según la última frase del párrafo en cuestión, lo que no acontece en el presente caso”.

A continuación, la Sentencia se apoya en la STS de 21 de febrero de 2008 (rcud 1329/2005) que señaló que el INSS no tiene competencia para determinar un grado de minusvalía, ya que eso conculcaría el derecho de la Administración Autonómica. En particular, indicaba que “(e)n estos casos, por lo tanto, la declaración de un determinado grado de incapacidad efectuada por el órgano administrativo competente juega como hecho condicionante del derecho a la prestación, correspondiendo al INSS y al posterior control jurisdiccional de su decisión a partir de aquella apreciación, quedando limitado el cometido de ambos a controlar si se cumplen los demás requisitos legales que condicionan el reconocimiento de la prestación reclamada. No se trata en definitiva de una cuestión prejudicial en la que el órgano judicial pueda entrar «*incidenter tantum*», sino de una cuestión previa a la que hay que estar una vez decidida por el órgano competente para ello, la cual, como se ha dicho, pudo ser recurrida ante el orden social en proceso independiente pero no por esta vía perifrástica”.

En definitiva, falla a favor del INSS, al entender que la acreditación de la necesidad de tercera persona se hizo por la Magistrada de instancia, sin tener competencia para ello. No quedando acreditada la necesidad de tercera persona, no procede el coeficiente del 0,5, sino el 0,25.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El artículo 2 del RD 1539/2003 indica cómo se acreditará la “minusvalía” (entiéndase “discapacidad”), así como el grado correspondiente. Ya lo hemos referido. Y el artículo 3 condiciona la aplicación del coeficiente del 0,50 a que se acredite la necesidad de concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida cotidiana. Son dos cuestiones distintas: se puede tener un grado de discapacidad X, y no tener la necesidad de ayuda de una tercera persona.

Sin embargo, la STS de 18 de febrero de 2015 trata de forma indiferenciada ambas cuestiones. La recurrente sí tenía acreditado un grado de discapacidad (del 79%), que es lo que trata el artículo 2 RD 1539/2003. Lo que no acreditaba era la necesidad de ayuda de una tercera persona, requerido en el artículo 3 RD 1539/2003. Pero en sus Fundamentos Jurídicos se centra en analizar cómo se ha probado la ayuda de tercera persona a partir de cómo se exige la prueba del grado de discapacidad.

La confusión “grado de discapacidad”-“necesidad de ayuda” da lugar a que someta esta última exigencia a unos requisitos formales propios del ámbito sanitario, cuando la valoración de la necesidad de ayuda es algo más propio del ámbito social.

En efecto, la necesidad de ayuda de una tercera persona es una cuestión contemplada en nuestro Ordenamiento desde antiguo y para prestaciones de muy diversa naturaleza. Esta circunstancia se valora dentro del Sistema de Seguridad Social en prestaciones contributivas (gran invalidez y coeficiente reductor de la jubilación de trabajadores con discapacidad), asistenciales (complemento del 50% de la invalidez no contributiva; ayuda de tercera persona de la antigua LISMI –regulado actualmente por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre–) y universales (prestación por hijo discapacitado a cargo). Igualmente, se contempla dentro del mutualismo administrativo (MUFACE, ISFAS y MUGEJU). Y también dentro del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).

Precisamente, este último Sistema es el que nos sirve de marco conceptual para saber cuándo tiene lugar la situación de dependencia. Esta situación tiene lugar cuando hay una falta o pérdida de autonomía (física, mental, intelectual o sensorial), motivada por cualquier razón (por la edad, la enfermedad o la discapacidad). Pero no toda falta o pérdida de autonomía es considerada “dependencia”, sino que lo determinante es que precise: bien de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar “actividades básicas de la vida diaria” (ABVD); o bien otros apoyos para su “autonomía personal”, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental. Puede decirse que la situación protegida es aquella en la que hay una reducida autonomía por parte de una persona, al requerir de apoyos bien para realizar las actividades básicas de la vida diaria, o bien para su autonomía personal en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental. Por tanto, el elemento definitorio es la necesidad de apoyos. Ahí es donde se pone de manifiesto la situación de dependencia.

Eso no quiere decir que para acreditar la necesidad de la ayuda de tercera persona sea necesario seguir el baremo previsto en la Ley 39/2006. Hay prestaciones que sí se remiten al mismo, como ocurre con las pensiones no contributivas y con la prestación por hijo a cargo, donde la evaluación de la necesidad del concurso de tercera persona, se realizará mediante la

aplicación del baremo establecido en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006 (y en consecuencia habrá que estar al RD 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia). Y al revés, para solicitar una prestación por dependencia no es necesario someterse a la valoración (sí a la fase de reconocimiento del derecho) en caso de tener previamente reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona (disposición adicional novena Ley 39/2006).

Por tanto, hay cierta coordinación entre el Sistema de Seguridad Social y el SAAD en este punto. Sin embargo, la coordinación no es absoluta, ya que en el caso de la gran invalidez el procedimiento para la valoración de la dependencia es totalmente distinto al que procede con el resto de las prestaciones que atienden la dependencia. Se aplica el procedimiento ordinario de la incapacidad permanente, regulado en el RD 1300/1995, de 21 de julio, que se sustancia en las direcciones provinciales del INSS.

En todo caso, queda claro que no es lo mismo acreditar un grado de discapacidad, que acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

La STS de 18 de febrero de 2015 parte de cuál es la forma de acreditar el grado de discapacidad en el artículo 2 RD 1539/2003 (certificación del IMSERSO u órgano autonómico correspondiente, salvo que corresponda a períodos anteriores a la asunción de esa competencia), para a continuación trasladar tales requisitos a la forma de acreditar la necesidad del concurso de otra persona del artículo 3 RD 1539/2003. Esta norma no indica cómo debe acreditarse tal circunstancia. Tras la introducción de un procedimiento específico con la Ley 39/2006, lo razonable es que fuese ese el sistema de acreditación. Pero el RD 1539/2003 no se remite al mismo, como sí hacen la normativa reguladora de las pensiones no contributivas y la de las prestaciones por hijo a cargo. Es una cuestión que debiera corregirse *lege ferenda*. Pero en tanto no se aclare legislativamente, entendemos que no debiera interpretarse restrictivamente, permitiéndose cualquier medio admitido en Derecho. Y desde luego, no mezclando institutos jurídicos distintos, como son el grado de discapacidad y la necesidad de apoyos, como confusamente –a nuestro juicio– hace esta Sentencia del Tribunal Supremo.

Laborem

3. Jubilación

Jubilación anticipada, cotización durante la percepción del subsidio por desempleo y cómputo del período de carencia

Retraite anticipée, cotisation pendant la perception de l'allocation pour chômage et calcul du période de manque

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

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

Resumen

El presente comentario aborda el análisis de la STS 13 mayo 2015 en la que se cuestionan los efectos que la cotización durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años despliega en el cómputo del período de carencia para el acceso a la pensión de jubilación.

Abstract

Ce commentaire fait un examen de l'arrêt de la Cour de Cassation 13 mai 2015 dans laquelle on demande sur les effets que la cotisation pendant la perception de l'allocation pour chômage pour âgés de 52 ans a dans le calcul du temps de manque pour l'accès à la pension de retraite.

Palabras clave

Desempleo, cotización, jubilación anticipada, carencia

Keywords

Chômage, cotisation, retraite anticipée, temps de cotisation

1. JUBILACIÓN ANTICIPADA: CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES (DIRIGENTES/ADMINISTRADOS) ANTE UN MUNDO DE RELACIONES LABORALES INCIERTO

Al comienzo de la presente década la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros¹, instaba a los Estados miembros, en las directrices núm. 7 y 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promoviesen el envejecimiento activo, a acrecentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y a incrementar la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes y su participación en los sistemas de aprendizaje permanente. Por su parte, en la directriz núm. 10 se hacía hincapié en la necesidad de potenciar los sistemas de protección social, el aprendizaje permanente y las políticas de inclusión activa para crear oportunidades en las distintas fases de la vida de las personas, protegerlas contra el riesgo de pobreza y exclusión social y reforzar su participación activa en la sociedad².

¹ DOUE L 308 de 24.11.2010.

² Cfr. Decisión Núm. 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012), considerando 21 (DOUE L 246 de 23.9.2011).

Poco más de un año después, la Comisión Europea publicaba el *Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*³, en el que se afirmaba que el aumento de la longevidad, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, tendría consecuencias económicas y presupuestarias de gran alcance en la UE. Por tanto, ahora, continuaba el documento, “es más urgente que nunca diseñar y poner en práctica estrategias globales para adaptar los sistemas de pensiones a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas. [...] La reforma de los sistemas de pensiones y las prácticas de jubilación son fundamentales para mejorar las perspectivas de crecimiento de Europa y, en algunos países, se necesitan urgentemente como parte de las medidas actuales destinadas a restablecer la confianza en las finanzas públicas”⁴.

Este documento, en sus casi cincuenta páginas, establecía una agenda destinada a lograr que las pensiones fueran adecuadas y sostenibles en el tiempo y proponía orientaciones e iniciativas políticas a largo plazo a nivel europeo, a través de las cuales la UE podía ayudar a los responsables nacionales a la formulación de políticas reformistas: vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida; restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada; favorecer la prolongación de la vida laboral (actuando de manera coordinada en ámbitos de la salud, lugar de trabajo y empleo); acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones; optimizar el papel de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación....

Los informes y documentos de carácter nacional no eran ajenos a esta problemática y concordaban en la solución. Así, de una parte, el *Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones*, parte primera del *Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*⁵, buscaba garantizar la sostenibilidad a largo plazo del Sistema público de Seguridad Social, especialmente en materia de pensiones, para lo que introduce reformas importantes en materia de jubilaciones: incorpora el concepto de carrera laboral completa, retrasa la edad de acceso, modifica aspectos en materia de cómputo, incentiva la prolongación de la vida activa.... De otra, el extenso *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*⁶ consideraba la prolongación de la vida laboral de

³ Cfr. Comisión Europea: Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles, COM (2012) Bruselas, 16.2.2012.

El acceso electrónico a este documento se puede realizar, entre otros lugares, a través del siguiente enlace Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0055:FIN:ES:PDF>.

⁴ Cfr. nota 3, pág. 3.

⁵ Este Acuerdo global, suscrito por el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales el 2 de febrero de 2011, tal y como se recoge en su introducción, *in fine*, integra distintos tipos de acuerdo. El primero de ellos, de carácter tripartito, se refiere a tres ámbitos específicos: la reforma y el fortalecimiento del sistema público de pensiones, el desarrollo de las Políticas Activas de Empleo y otras medidas de índole laboral, y, por último, el ámbito de las políticas industrial, energética y de innovación. La segunda parte recoge un compromiso de carácter bipartito entre el Gobierno y las Organizaciones Sindicales, que aborda diversas cuestiones relativas a la Función Pública. Finalmente, el tercer Acuerdo es de naturaleza bilateral entre las Organizaciones Empresariales y Sindicales, y en él se establecen los criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva.

El acceso a este Acuerdo se puede realizar en: <http://www.upct.es/ce/documentos/Acuerdo%20social%20y%20economico%20de%20febrero%202011.pdf>.

Una lectura sucinta a este documento, en GIL Y GIL, J. L.: “El Acuerdo Social y Económico”, *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 253 (2011), págs. 106 a 108.

⁶ Cfr. BOCG –*Congreso de los Diputados*–, núm. 513, de 31 de enero de 2011.

los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable. En este sentido, la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo estimaba que era amplio el conjunto de medidas que se podrían adoptar para incrementar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, conteniendo en su Recomendación 12, bajo el epígrafe *Edad de jubilación*, un vasto paquete de actuaciones coincidentes con las ya expresadas (carrera de cotización...).

Estas propuestas tuvieron pronta traslación al ordenamiento jurídico. Varios de sus planteamientos se plasmaron en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Otros fueron atendidos por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo⁷, contemplando medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo.

Sin embargo, las voluntades expresadas en estos y otros documentos por las autoridades europeas⁸ y españolas no casan siempre con las intenciones de los trabajadores y de los empresarios. Por poner sólo un ejemplo, en los días en los que se estaba trabajando en la presente colaboración se hacía público que una de las principales cadenas comerciales del país negociaba prejubilación a un número nada desdeñable de sus trabajadores (según el medio consultado entre mil doscientos y mil trescientos trabajadores)⁹.

No se trata este, parece obvio de la lectura precedente y de la preocupación de los Gobiernos, de un hecho aislado. Remontándose más en el tiempo, las estadísticas oficiales muestran que los trabajadores, por diversas causas, recurren a la jubilación anticipada en una proporción destacada: cuatro de cada diez¹⁰. Precisamente contra lo que se quiere luchar. Situación que, con pequeñas variaciones, se ha venido manteniendo en el tiempo:

⁷ Esta nueva disposición normativa pronto llamó la atención de la doctrina científica, cfr. entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *RL*, núm. 5 (2013), págs. 1 a 31; LÓPEZ ANIORTE, M. C.: “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *NREDT*, núm. 164 (2014), págs. 55 a 86 y PANIZO ROBLES, J. A.: “Las nuevas reglas de acceso a la jubilación: a propósito del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, *RTSS (CEF)*, núm. 361 (2013), págs. 79-128.

⁸ Cfr. Comisión Europea: Libro verde: En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, COM (2010), Bruselas, 7.7.2010.

Este recurso electrónico se puede encontrar en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0365:FIN:ES:PDF>.

⁹ Cfr. http://www.elconfidencial.com/empresas/2016-02-25/el-corte-ingles-planea-prejubilaciones-para-trabajadores-de-58-anos_1157888/.

¹⁰ Cfr. Ministerio de Empleo y Seguridad Social: *Anuario de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, MEYSS, Madrid, 2012, 2013 y 2014 (Altas de pensiones de jubilación e importe medio, por sexo, modalidad y edad). El enlace electrónico a este documento en: <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>.

Pensiones contributivas del Sistema de Seguridad Social

	Número				Porcentaje			
	2011	2012	2013	2014	2011	2012	2013	2014
Jubilación anticipada	111.648	127.358	119.056	122.772	40,53	42,22	38,23	41,29
≤ 60 años	13.677	9.491	1.275	151	4,97	3,15	0,41	0,05
61 años	18.130	24.723	29.130	32.669	6,58	8,20	9,35	10,99
62 años	14.046	15.767	13.163	11.784	5,10	5,23	4,23	3,96
63 años	15.288	17.757	25.368	27.793	5,55	5,89	8,15	9,35
≥ 64 años	12.019	16.194	21.477	15.775	4,36	5,37	6,90	5,31
Sin coeficiente reductor	6.676	6.881	6.929	7.399	2,42	2,28	2,22	2,49
Especial a los 64 años	5.935	7.329	3.354	3.397	2,15	2,43	1,08	1,14
Parcial	25.877	29.216	18.360	23.804	9,39	9,69	5,89	8,01

Tabla 1. Elaboración propia

Habrá que esperar, por ende, a la implantación plena de las reformas acometidas para poder calibrar sus efectos.

La situación de crisis económica de los últimos años, las altas tasas de desempleo, la inestabilidad laboral..., han actuado como elementos expulsores de colectivos vulnerables del mercado laboral. Se encontraba en la jubilación anticipada una vía propicia para esta salida ante un futuro incierto y un refugio en el más cómodo papel de perceptor de prestación del Sistema¹¹.

En lo que ahora atañe, y tras quizá este largo excurso introductorio, el asunto analizado por la STS 13 mayo 2015, rec. 838/2014, encuentra la causalidad de la jubilación anticipada solicitada por la trabajadora en estas circunstancias: situación de desempleo de larga duración previa.

2. LA STS 13 MAYO 2015, REC. 838/2014

2.1. La situación de partida

Dña. Otilia se encontraba en situación de desempleo de larga duración, siendo perceptora del subsidio para mayores de 52 años desde abril de 2009.

Tres años después, en abril del año 2012 y con 61 años de edad, presentó solicitud para percibir la prestación por jubilación anticipada. Apenas tres días después del inicio del procedimiento administrativo (con el consiguiente asombro del Alto Tribunal¹²) tuvo lugar la

¹¹ No se puede dejar de mencionar, sin embargo, que también son muy numerosos los supuestos de empleados públicos, con una plena estabilidad laboral, que han adelantado su edad de jubilación ante el temor de que las actuales condiciones para el acceso a la edad de jubilación anticipada (período de cotización exigido, porcentajes consolidados...) fueran cambiadas y endurecidas en el contexto de crisis económica internacional.

¹² Así se desprende cuando en la narración de los hechos probados se recoge “[...] el INSS dicta resolución el día 27 de abril de 2012 (sic) [...]” habiendo sido presentada la solicitud el día 24 del mismo mes y año.

resolución del INSS en la que, de acuerdo con lo previsto en el art. 161.bis.2 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 (en adelante LGSS) y la DA 8ª del mismo cuerpo legal, se desestimaba dicha pretensión por cuanto que en la fecha del hecho causante el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA), en el que entendía que debía causarse la pensión, no preveía la jubilación anticipada para menores de 65 años por cese involuntario.

La trabajadora presentó reclamación administrativa previa empleando las siguientes argumentaciones:

- a. Que había cotizado durante 32 años, 4 meses y 17 días, esto es, un total de 11.825 días.
- b. Que sólo un 27 por ciento de este período se había efectuado al RETA.

Por ello solicitaba que la prestación de jubilación anticipada fuera causada en el Régimen General de la Seguridad Social, al ser en éste en el que acreditaba un mayor número de cotizaciones.

Postura que nuevamente fue rechazada por la entidad gestora de la Seguridad Social en la resolución emitida ante el recurso administrativo previo, arguyendo que Dña. Otilia no presentaba cotizaciones en ninguna mutualidad de trabajadores por cuenta ajena anteriores al 1 de enero de 1967 y que contaba con un total de 5.845 días cotizados computables en el RETA y un total de 5.138 días cotizados computables en el Régimen General. Para ello reiteró la fundamentación jurídica expresada *supra* (art. 161.bis.2 y DA 8ª LGSS).

Interpuesta demanda, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró dictó sentencia estimando la misma y declarando el derecho de la trabajadora a la jubilación anticipada con un 68,60 por ciento de la base reguladora correspondiente. Para ello tuvo en cuenta que la trabajadora había sido perceptora del subsidio por desempleo para mayores de 52 años desde el año 2009 y que durante este tiempo presentaba un período de cotización añadido de 1.090 días. Días que habrían de ser sumados al período de cotización computado en el Régimen General con lo que pasaría a ser éste en el que se acreditaba el mayor número de cotizaciones y el que debía resolver sobre el derecho a la pensión de jubilación anticipada.

2.2. Posturas enfrentadas

El debate, como sintéticamente se perfila en el FJ Segundo STS 13 mayo 2015, se centra en determinar la validez, a efectos de concretar el régimen de Seguridad Social que resulte aplicable para lucrar la prestación de jubilación con carácter anticipado, del tiempo cotizado por el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SPEE) durante la percepción del subsidio por desempleo.

De una parte, la STSJ Cataluña 17 diciembre 2013, rec. 2700/2013 (sentencia recurrida en unificación de doctrina), siguiendo el posicionamiento expresado en la instancia por la SJS núm. 2 de Mataró, señala que a los 5.138 días cotizados en el RGSS hay que sumar los 1.090 días cotizados durante el período de percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, con la siguiente fundamentación jurídica:

“[...] si bien la DA 28ª excluye el cómputo de esos 1090 días a efectos de la carencia para el acceso a la prestación, no los excluye para determinar el régimen que resulta aplicable, que aquél que tenga mayor número de cotizaciones, habiéndose de computar a tales efectos, como dispone pfo 2 del artículo único del RD-ley 5/98, la totalidad de las que acredite el interesado, expresión ésta que no excluye las realizadas en período de percepción del subsidio de mayores de 52 años, por lo que acreditando 6228 en el RGSS y sólo 6069 en el RETA, el régimen aplicable es el RGSS donde sí se reconoce el derecho a la jubilación anticipada para cuya carencia, conforme al art. 4.1 del RD 691/91 pueden ser totalizados a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a pensión”.

Esto es, otorga plena validez al período de cotización efectuado durante la percepción del subsidio por desempleo para la concreción del régimen aplicable en los supuestos de cómputo recíproco de cotizaciones, una vez alcanzado el período de carencia requerido¹³.

De otra, y en sentido contrario, fundamentando la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, la STSJ Aragón 20 mayo 2013, rec. 239/2013. Por esta se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Zaragoza, de fecha trece de marzo de dos mil trece, en la que, con igual argumentación a lo expuesto *supra*, también había reconocido el derecho a la prestación por jubilación anticipada.

En este supuesto, para la resolución del recurso de suplicación interpuesto nuevamente por la entidad gestora, se arguye que la fundamentación de instancia es sustentada sobre criterios contenidos en sentencias de otros Tribunales Superiores que fueron adoptados en

¹³ En el mismo sentido ya se había pronunciado la STSJ Navarra 27 noviembre 2013, rec. 283/2013, en la que se afirmaba que “las cotizaciones al Servicio Público de Empleo, ciertamente, no pueden tenerse en cuenta a efectos de carencia, pero en el caso presente dicha carencia se ha completado ya y la consideración de esos periodos sólo se pondera al efecto de establecer el régimen aplicable, una vez satisfecho ese requisito preliminar. Es decir, esas cotizaciones no se computan como carencia, pero las normas no excluyen que sí se consideren a efecto del porcentaje”.

A esta sentencia se formuló un voto particular por el Magistrado D. José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ argumentando lo siguiente: “A mi entender y con todos los respetos a la sentencia mayoritaria, la Disposición Adicional 28 LGSS expresamente dispone que para la contingencia de jubilación las cotizaciones lucradas a título de subsidio por desempleo para mayores de 52 años no tienen validez ni eficacia para acreditar el período mínimo de cotización exigido por el artículo 161.1 b) de la Ley. En este caso la demandante, con 60 años a la fecha de solicitud de la prestación, acredita mayor número de días de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, que es el prevalente de acuerdo al Art. 35.1 del D 2530/1970 sobre cómputo recíproco de cotizaciones, y por tanto no tiene derecho a lucrar la prestación de jubilación anticipada que se prevé exclusivamente en el régimen general; y además tampoco acredita dos años de cotización al régimen general en los 15 anteriores a la solicitud de la prestación.

Entiendo que el supuesto debatido es esencialmente idéntico al resuelto en la STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1832), y además que denegar la prestación en este caso está en la naturaleza de las cosas, por la naturaleza contributiva de la prestación que se pretende lucrar, que no debe quedar afectada por prestaciones no contributivas; y porque parece ilógico que un afiliado al RETA que ha recibido el subsidio de mayores de 52 sea de mejor condición que un afiliado al RETA que no lo ha recibido”.

Cfr. SSTSJ Galicia 24 marzo 2014, rec. 5162/2011; Cataluña 10 noviembre 2014, rec. 4116/2014 y Castilla y León 26 noviembre 2015, rec. 731/2015 (siguiendo la jurisprudencia derivada de la STS 13 mayo 2015).

Cfr. STSJ Cantabria 13 marzo 2003, rec. 974/2002.

contemplación de una normativa sobre la jubilación carente de vigencia, o atendiendo a argumentos sobre la irretroactividad de las leyes que, amén de resultar suficientemente rebatidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴, tampoco tienen cabida.

De acuerdo al parecer de la Sala ha de estarse, en consecuencia, a la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la plena aplicabilidad de la DA 28ª LGSS cuando el hecho causante de la prestación se haya producido durante su vigencia, lo que conduce a la estimación del recurso del INSS¹⁵.

Los planteamientos entre ambas resoluciones son, por ende, contrapuestos, resolviendo de manera divergente sobre los efectos de las cotizaciones en situación de desempleo al objeto de lucrar la pensión de jubilación.

2.3. Cuestionamientos suscitados

Los antecedentes narrados llevaron al INSS a presentar recurso de casación para la unificación de doctrina que fue resuelto por la sentencia objeto de comentario. Concurrente la exigencia de contradicción, el Alto Tribunal, avanzando el fallo de su pronunciamiento, desestimó el recurso interpuesto por la entidad gestora, confirmando la solución acogida por la sentencia recurrida.

Sin embargo, el Tribunal Supremo¹⁶, llegando a igual resolución, sigue una fundamentación jurídica distinta a la sostenida por la Sala de lo Social del TSJ Cataluña¹⁷. A tales efectos mantiene que, con carácter previo, ha de resolverse si existe el período de carencia necesario para lucrar la prestación de jubilación en virtud del mencionado cómputo recíproco de cotizaciones previsto en el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, que lo regula y en cuyo ámbito objetivo descrito en su art. 2 no queda excluida la jubilación anticipada, entendiéndose que cabe sumar los períodos cotizados en el RGSS y en el RETA.

Siendo esto así, la existencia del período de carencia (exigible para lucrar la prestación por desempleo de acuerdo al art. 215.3 LGSS), ya no resulta de aplicación la referida DA 28ª LGSS (argumento sustentado en la sentencia recurrida) y, sobre esta base, no es posible excluir los días de cotizaciones del tiempo de subsidio de desempleo para mayores de 52 para la determinación del período de cotizaciones totales al RGSS, de donde resulta que no ha de tenerse en cuenta la más reducida cifra de 5138 días sino la de 6228 en el RGSS, superior, por tanto, a la de 6069 del RETA.

A partir de ahí, pues, continúa el Alto Tribunal, el Régimen a tener en cuenta es el General y no el de Trabajadores Autónomos¹⁸. Y puesto que en dicho Régimen es donde está prevista la jubilación anticipada *ex art* 161.bis de la LGSS, el recurso no puede prosperar,

¹⁴ Cfr. SSTS 18 noviembre 2003, rec. 981/2003; 3 diciembre 2004, rec. 138/2004 y 2 junio 2005, rec. 1708/2004.

¹⁵ Cfr. SSTSJ Andalucía/Sevilla 15 octubre 2014, rec. 3400/2013 y Galicia 22 febrero 2013, rec. 2477/2010.

¹⁶ Cfr. Un breve comentario sobre este particular, en CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia Social Unificada. Abril-junio 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 160-161.

¹⁷ Y al resto de sentencias recogidas *supra*, nota núm. 13, empleando como recurso la redacción de la DA 28ª LGSS.

¹⁸ Cfr. SSTS 12 mayo 1999, rec. 3459/1998; 21 septiembre de 2006, rec. 3506/2005 y 21 enero 2009, rec. 208/2008.

siquiera sea por razones distintas de las que esgrime la sentencia recurrida para desestimar la suplicación del INSS, porque no se trata de que sea aplicable al caso el Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo, por el que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales (posterior Ley 47/1998, de 23 de diciembre), que erróneamente aquélla hace prevalecer en este caso sobre la DA 28ª de la LGSS, toda vez que no se cumple el requisito del apartado 2.a) del art. único de aquél de que la actora tuviese la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 o en cualquier fecha con anterioridad.

Y puesto que el Régimen aplicable al caso es el General totalizando los períodos cotizados al mismo y al RETA, la solución es confirmatoria del fallo de la resolución combatida.

De manera, puede afirmarse, sencilla, sin excesivos circunloquios, resuelve el Tribunal Supremo una problemática que de manera recurrente era atendida en sede judicial: aplicando el régimen jurídico del cómputo recíproco de cuotas y la literalidad de la disposición normativa sobre la acreditación del mayor número de cotizaciones. Una vez constatado el período de carencia y sin que las cuotas habidas durante la percepción del subsidio por desempleo sean utilizadas para acreditar el período mínimo de cotización, las cuotas realizadas por la entidad gestora de desempleo se emplean para la concreción del régimen de Seguridad Social aplicable.

Ha de manifestarse, por ende, el acuerdo con el parecer de la Sala.

No puede, sin embargo, dejar de hacerse referencia a la reflexión que el Magistrado ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ expuso en la STSJ Navarra 27 noviembre 2013, cuando sostiene que parece ilógico que un afiliado al RETA que ha recibido el subsidio de mayores de 52 sea de mejor condición que un afiliado al RETA que no lo ha recibido. Desigualdad que quizá no cumpla con las exigencias de la doctrina constitucional¹⁹.

¹⁹ Como tiene declarado el Tribunal Constitucional desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CE, “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, por todas).

4. Viudedad y favor familiares

Laborem

Parejas de hecho “acreditadas” y pensión de viudedad. El triunfo del formalismo frente a la justicia material

“Certified” common-law partners and widow’s pension. The triumph of formality over real justice

M^a TERESA DÍAZ AZNARTE

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

Resumen

La STS de 9 de febrero de 2015, RCUd 2288/2014 (JUR 2015\99310), aborda la cuestión de la acreditación de la existencia de pareja de hecho de cara al reconocimiento de la pensión de viudedad, defendiendo que la misma ha de efectuarse bien mediante “inscripción en registro” o a través de “documento público en el que conste la constitución de la pareja”.

Abstract

The Sentence of the Supreme Court of 9th February 2015, RCUd 2288/2014 (JUR 2015\99310) addresses the issue of certifying the existence of a common-law partner regarding the recognition of the right to obtain a widow’s pension, arguing that it must be completed through “registration” or through a “public document in which it is recorded the formation of the partnership”.

Palabras clave

Pensión de viudedad, acreditación existencia pareja de hecho

Keywords

Widow’s pension, certificate of existence of a common-law partnership

1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 4^a DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2015¹

1.1. Antecedentes de hecho

El presente recurso de casación en unificación de doctrina, ofrece respuesta a la demanda interpuesta por la superviviente de una pareja de hecho que solicitó la pensión de viudedad tras el fallecimiento el 30 de junio de 2012 de la persona con la que convivía *more uxorio* y con quien tenía en común una hija. De acuerdo con los hechos probados, la relación de pareja comenzó en 2003 y el nacimiento de la niña en 2006.

La demandante y el fallecido no estaban constituidos como pareja de hecho en registro al efecto ni habían formalizado documento público sobre dicha convivencia.

El INSS desestimó la reclamación previa afirmando que no cumplía con la acreditación ni certificación de pareja de hecho en los registros específicos de comunidades autónomas o ayuntamientos, siendo requisitos previstos en la Ley 40/2007.

¹ RCUd 2288/2014 (JUR 2015\99310). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

La actora, sí que acreditaba la situación de necesidad específica exigida por la norma, al justificar que sus ingresos no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo y también son inferiores al 1,5 veces el salario mínimo interprofesional vigente.

Con fecha 28 de junio de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid, dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la superviviente de esta pareja de hecho. Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 2014, en sentido contrario, declarando el derecho de la actora a ser beneficiaria de la pensión de viudedad causada por el fallecimiento de su pareja el día 30 de junio de 2012, al considerar probada la convivencia, partiendo al efecto de una interpretación flexible de la exigencia legal del artículo 174.3 LGSS. Entiende que el hecho de que el causante sostuviera económicamente la familia, al carecer la actora de recursos económicos, da fe de la pretensión de convivencia como pareja, pasando a un segundo plano las acreditaciones formales.

Contra la sentencia dictada en suplicación, la representación legal del INSS formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando en primer lugar como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 y en segundo término, la infracción del art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

1.2. Condiciones legales de acceso a la pensión de viudedad de los supervivientes de parejas de hecho

Lamentablemente, no terminamos de ofrecer una respuesta adecuada a las legítimas pretensiones de este colectivo. El debate es ya un clásico en la doctrina científica y jurisprudencial. Resulta de referencia la STC 184/1990, de 15 de noviembre, en la que se afirmaba: “Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la convivencia *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia”. A pesar de estas afirmaciones tajantes sobre las garantías jurídicas diferenciadas de las parejas matrimoniales y las que convivesen *more uxorio*, el propio Tribunal Constitucional reconoció en aquel momento que “el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno está vedada por el artículo 14, ni encontraría obstáculo en los artículos 32 y 39 de la Constitución”.

Como es sabido, el reconocimiento de la pensión de viudedad a los supervivientes de parejas de hecho, llega de la mano de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en

materia de Seguridad Social (art. 174.3 TRLGSS). Sin embargo, ya desde la propia Exposición de Motivos², el legislador manifestaba nítidamente, que no se había optado por una plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las parejas de hecho, sino que el acceso a la pensión para este último colectivo, se había condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Y como hemos tenido ocasión de analizar, esta opción del legislador ordinario encuentra sustento constitucional.

Dejando a un lado en este momento la reflexión sobre la proporcionalidad y razonabilidad esta diferencia de trato (esencialmente por lo que concierne a la constatación de la situación de necesidad del superviviente, que se exige únicamente en los supuestos de parejas de hecho), debemos centrarnos en el análisis de otro de los requisitos, que ha sido objeto de interpretaciones diversas a lo largo de estos años. La polémica siempre acompañó al art. 174.3 TRLGSS, dado que define la pareja de hecho como “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. 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. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”. Múltiples sombras han planeado sobre este precepto, algo lógico si aceptamos que nos enfrentamos a una redacción confusa, abierta a la posibilidad de exigencia de requisitos dispares en función del lugar de residencia de la pareja (que culminó con una cuestión de inconstitucionalidad a la que haremos alusión a continuación); serias dudas en torno a validez de los medios de prueba de la convivencia *more uxorio*, contemplados o no por la norma... Un formalismo excesivo nos está abocando a perder de vista algo esencial: la fundamentación político-jurídica de la protección por muerte y supervivencia que justifica la configuración actual de la pensión de viudedad.

Hemos llegado demasiado lejos en la distinción entre supervivientes de parejas de hecho y parejas matrimoniales de cara al reconocimiento de su condición de beneficiarios de la pensión de viudedad. Es evidente que en el caso de convivencia “con análoga relación de afectividad a la conyugal”, habrá que exigir la acreditación fehaciente de la relación, dada la trascendencia de los efectos jurídicos en juego. Pero, ¿la fórmula adoptada para demostrar la existencia de la pareja de hecho es la adecuada?³

² “(...) habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”.

³ Sumamente interesante resulta a estos efectos la fundamentación jurídica de la STS, Sala 4ª, de 22 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/223374), que textualmente reconoce la incoherencia de la norma: “Ciertamente hemos de reconocer 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 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.”.

Y es que más allá de esta definición, no podemos olvidar que tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, para ser beneficiario de la pensión de viudedad, en el superviviente de la pareja de hecho –que no puede hallarse impedido para contraer matrimonio y ni tampoco tener un vínculo matrimonial subsistente con otra persona– deberán concurrir determinados requisitos que no se exigen en el caso de parejas matrimoniales⁴:

- a) Relacionados con la situación objetiva de necesidad del beneficiario:
 - Sus ingresos, durante el año natural anterior al fallecimiento del causante, no podrán alcanzar el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo.
 - Dicho porcentaje será del 25% en el caso de que no existan hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad.
 - En cualquier caso, se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

- b) Vinculados a la acreditación de una convivencia estable y notoria. Es este el aspecto central que aborda la sentencia que comentamos. Concretamente, la Sala entiende que el precepto exige la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y, adicionalmente, la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo –con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento– la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público. El Tribunal Supremo defiende que “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

⁴ No debemos olvidar que la STC 41/2013, de 14 de febrero, se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de la Disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que exigía además que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos en común. Ahora bien, aunque se preceptúa (FJ noveno) que la sentencia tendrá efectos erga omnes desde su publicación, queda meridianamente claro que la declaración de inconstitucionalidad “...no permite que quienes por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante, no solicitaron la pensión de viudedad prevista en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 en el plazo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión toda vez que el requisito temporal, establecido en la letra e) de la misma disposición, ni ha sido cuestionado, ni cabe que este tribunal extienda la declaración de inconstitucionalidad al mismo...”

del derecho –pensión– únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho»⁵.

Por su parte, la STC 40/2014, de 11 de marzo, afirmó que “a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta *prima facie* arbitraria o irracional; concluyendo que la exigencia de la constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS ... no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social”, añadiendo que el art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (argumentación jurídica que reitera la STC 45/2014, de 7 de abril).

El Tribunal Constitucional, ha manifestado de manera clara y contundente, que respeta el juicio de proporcionalidad y razonabilidad (en palabras del TC, “no resulta *prima facie* arbitraria o irracional”) la definición que el legislador ha acogido de parejas de hecho estables a efectos de la pensión de viudedad. Y añade incluso que “no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social” (STC 40/2014, FJ 3). Posteriormente, en la STC 51/2014, de 7 de abril, reitera que “la exigencia de constitución formal de pareja de hecho para ser beneficiario de la pensión de viudedad, contenida en los párrafos cuarto y quinto del art. 174.3 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, no vulnera el principio de igualdad en la ley, puesto que obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social”.

⁵ SSTs de 20 de julio de 2010 -RCUD 3715/2009; 3 de mayo de 2011, RCUD 2897/2010 y RCUD 2170/2010; 15 de junio de 2011, RCUD 3447/2010; 29 de junio de 2011, RCUD 3702/2010; 22 de noviembre de 2011, RCUD 433/2011, 26 de diciembre de 2011, RCUD 245/2011; 28 de febrero de 2012, RCUD 1768/2011; 24 de mayo de 2012, RCUD 1148/2011; 30 de mayo de 2012, RCUD 2862/2011; 11 de junio de 2012, RCUD 4259/2011; 27 de junio de 2012, RCUD 3742/2011; 18 de julio de 2012, RCUD 3971/2011; 16 de julio de 2013, RCUD 2924/2012; 22 de septiembre de 2014, RCUD 1752/2012, 1958/2012 y 1098/2012 y de 22 de octubre de 2014, RCUD 1025/2012; 9 de febrero 2015 (Rec. 1339/2014); 9 de febrero 2015 (Rec. 1352/2014); 9 de febrero 2015 (Rec. 2220/2014); 9 de febrero 2015 (Rec. 2586/2014).

Pero lo cierto es que hasta llegar a esta interpretación, defendida en la actualidad tanto por la doctrina constitucional como por la jurisprudencia social ordinaria, el proceso ha sido arduo. Porque a pesar de los notables esfuerzos –no exentos de vaivenes– del aplicador del Derecho por efectuar una interpretación integradora del art. 174.3 TRLGSS, resulta evidente que su redacción es –¿deliberadamente?– ambigua. El legislador ordinario contaba con el plácet del Tribunal Constitucional para diseñar un modelo protector diferenciado, que se sustentase en el requerimiento de una serie de condicionantes adicionales a los supervivientes de parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad. Ahora bien ¿la diferencia se ha sustentado en unas bases sólidas? Resulta evidente que no, especialmente si nos detenemos en el análisis de la doctrina jurisprudencial, en la que se pone de manifiesto que la redacción del precepto es notablemente mejorable.

En primer lugar, se comenzó a discutir en sede judicial si el certificado de empadronamiento municipal era el único medio de prueba admisible para acreditar la convivencia estable y notoria con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años con carácter inmediato al fallecimiento del causante. El Tribunal Supremo, en las SSTs de 25 de mayo de 2010 y 15 de marzo de 2011, finalmente entendió que “la convivencia *more uxorio* debe poder acreditarse mediante otros medios de prueba admisibles en Derecho y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento. Y ello porque dicha solución es válida para todos los casos en que se deba aplicar el artículo 174.3 que, haciendo una aproximación hacia el cumplimiento del principio de igualdad entre quienes optan por el matrimonio y quienes lo hacen por la convivencia de hecho *more uxorio*, concede por primera vez en nuestra evolución jurídica la pensión de viudedad también a los segundos, si bien lo hace imponiendo, en los tres primeros párrafos, determinados requisitos adicionales (...)”. Para afianzar esta tesis, la Sala añade que el art. 174.3 TRLGSS dispone que “la existencia de la 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”; ello “entra en contradicción con cualquier interpretación que lleve a concluir que el certificado de empadronamiento es la única prueba admisible de la convivencia. Es claro que la inscripción o el documento público recién citados tienen mucho mayor valor jurídico que el certificado de empadronamiento que, al fin y la postre, no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho –o de un matrimonio– sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión” (...). Efectivamente, en este caso, suscribimos la tesis del Tribunal Supremo. Ahora bien, fue necesario que se pronunciase en casación para la unificación de doctrina, porque tanto el INSS como la TGSS, venían exigiendo a los posibles beneficiarios, el certificado de empadronamiento como único medio para probar la convivencia de hecho requerida por la norma. Interpretaciones diversas, que despliegan efectos jurídicos muy diferentes, con un farragoso art. 174.3 TRLGSS que mantiene inalterada su redacción en este punto. Sea como fuere, a día de hoy resulta meridianamente claro que el certificado de empadronamiento no constituye el

medio exclusivo de prueba para acreditar la convivencia de hecho que puede dar lugar al reconocimiento de la pensión de viudedad.

En segundo término, tampoco ha sido pacífica la interpretación del art. 174.3 párrafo quinto del TRGSS, en virtud del cual, para acreditar la convivencia estable y notoria de los convivientes *more uxorio*, a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, se exige bien la inscripción en alguno de los registros de parejas de hecho existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, bien la constitución formal de la pareja de hecho en documento público. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

El precepto objeto de estudio, ha necesitado importantes ajustes. El requisito de inscripción de la pareja de hecho en registros autonómicos previsto en el art. 174.3 TRGSS, en su párrafo quinto, fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 40/2014, de 11 de marzo⁶, “por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE (...) La norma cuestionada introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las referidas Comunidades Autónomas. A este respecto, precisamos que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituía una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente, que no concurría en ese caso, debía establecer «con el más exquisito respeto al principio de igualdad» los requisitos a cumplir por las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad. Lo contrario, conducía «al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE»” (FJ 5). En definitiva, “no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho” (FJ 5).

⁶ Esta Sentencia responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo (Auto, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2011), en la que plantea al Tribunal Constitucional “Si el precepto cuestionado viola el principio de igualdad ante la ley al establecer unos requisitos –y unos medios de acreditación de los mismos– para acceder a la pensión de viudedad en los casos de las parejas de hecho que no son los mismos para todos los ciudadanos/as del Estado español sino que dependen de varias circunstancias: que estén o no en el ámbito de aplicación de una Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio; que, en caso afirmativo, dicha Comunidad tenga o no una legislación específica aplicable a las parejas de hecho a efectos de causar la pensión de viudedad; y, en fin, que todas esas legislaciones específicas establezcan o no los mismos requisitos y las mismas formas de acreditarlos”.

En la STS de 9 de febrero de 2015, objeto de este comentario, la Sala se pronuncia sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho, a los efectos de reconocimiento de pensión al sobreviviente, en el pertinente Registro público o mediante la otra forma permitida por la norma (documento público), con un mínimo de dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante, toda vez que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del art. 174.3 párrafo quinto del TRLGSS. La representación letrada de la actora, entiende que esta circunstancia conduce a la misma solución adoptada por la sentencia de suplicación que le reconoció a su patrocinada el derecho al percibo de la pensión de viudedad.

En definitiva, el Tribunal Supremo afirma en esta resolución que para causar derecho a la pensión de viudedad, resulta ineludible cumplir con las exigencias del art. 174.3 TRLGSS sobre formalización de la pareja de hecho (FJ Segundo):

- a) Los requisitos legales de “existencia de pareja de hecho” y de “convivencia estable y notoria”, establecidos ambos en el vigente artículo 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente.
- b) En el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes.
- c) La “existencia de pareja de hecho” debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS, bien mediante “inscripción en registro específico” de parejas de hecho, bien mediante “documento público en el que conste la constitución” de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.
- d) La existencia de pareja de hecho ha de acreditarse en los términos del art. 174.3 LGSS, pues la voluntad de la ley es limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas.
- e) De ahí que los elementos de acreditación de la constitución de la pareja hayan de ser necesariamente, los que el precepto legal expresamente establece.
- f) La solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal –*ad solemnitatem*– de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio).
- g) 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” .

- h) Por lo que respecta a la incidencia de la STC 40/2014, de 11 de marzo, el Tribunal Supremo entiende que la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS, no acarrea las consecuencias jurídicas que pretende la demandante. El rechazo de la pretensión viene impuesto –lo venía en todo caso– por el no cumplimiento de las exigencias impuestas por el art. 174.3 LGSS, interpretado en los términos que hasta la fecha lo ha venido haciendo la Sala y que en esta sentencia mantiene.

2. REFLEXIONES FINALES

Para los supervivientes de parejas de hecho, el acceso a la pensión de viudedad se ha sometido a la acreditación de una serie de requisitos que deberían ser objeto de una profunda revisión. A la vista de la doctrina jurisprudencial analizada, no parece realista albergar esperanzas sobre una posible interpretación más humanista y acorde a los principios que sustentan –o deberían sustentar– el modelo de protección social por muerte y supervivencia.

El legislador ordinario contaba con el beneplácito del Tribunal Constitucional para regular de forma más estricta el acceso a la pensión de viudedad de los supervivientes de parejas de hecho. Ahora bien ¿era necesario llegar tan lejos? El art. 174.3 TRLGSS adolece de serios defectos técnico-jurídicos, pero el juicio aún es más negativo si la reflexión se efectúa desde los postulados de la política legislativa.

Desde la perspectiva técnico-jurídica, no son en absoluto irrelevantes los problemas interpretativos que la defectuosa redacción del precepto ha planteado al aplicador del Derecho: la exigencia del certificado de empadronamiento municipal como único y exclusivo medio de prueba de la convivencia estable y notoria (asumida inicialmente como requisito ineludible y desmentida posteriormente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; sin embargo, la redacción del precepto continúa inalterada en este punto); o la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS, por lo que concierne a la referencia a los registros autonómicos de cara a la inscripción de la pareja de hecho.

Pero más allá de los aspectos más formales o técnicos, el art. 174.3 TRLGSS es merecedor de una profunda crítica desde la perspectiva político-jurídica. El legislador ha diseñado un complejo entramado de requisitos que dificultan enormemente el acceso a la pensión de viudedad de los supervivientes de parejas de hecho. Y aunque la diferenciación a estos efectos entre parejas matrimoniales y aquellas que optan por la convivencia *more uxorio* ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional, quien en reiteradas ocasiones ha manifestado que no conculca el art. 14 CE, desde nuestro punto de vista, el legislador se ha extralimitado.

Nada que objetar a la circunstancia de la que norma exija a los supervivientes de parejas de hecho la acreditación fehaciente de la convivencia con el sujeto causante, pues otra solución no sería acorde al principio de seguridad jurídica. Ahora bien, eso es una cosa, y los términos en los que el legislador ha considerado que este requisito resulta probado, otra muy distinta. Porque acreditar una convivencia estable y notoria (mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba) durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y adicionalmente exigir que la pareja de hecho se encuentre inscrita en un registro o se haya constituido en documento público, al menos dos años antes

del hecho causante, resulta excesivo. Especialmente, si nos detenemos a pensar que este no es el único condicionante de cara a la percepción de la prestación, puesto el superviviente de la pareja de hecho debe demostrar adicionalmente, una situación de dependencia económica respecto del sujeto causante.

El art. 174.3 TRLGSS debería ser objeto de una notable reforma. Por un lado, el legislador debería sentirse aludido por el innumerable elenco de pronunciamientos judiciales que han tenido que redibujar los contornos del precepto. Pero por otro, y esto es mucho más relevante desde nuestro punto de vista, se impone una llamada a la reflexión en torno a la proporcionalidad y razonabilidad de la diferencia de trato entre parejas matrimoniales y parejas de hecho por lo que respecta a la pensión de viudedad. Porque la protección que el sistema de Seguridad Social reconoce a los supervivientes de parejas de hecho, toda vez que se demuestra objetivamente la situación de necesidad mediante la constatación de dependencia económica, no debería supeditarse al cumplimiento de requisitos netamente formales perfilados de manera excesivamente restrictiva y exigente. El supuesto de hecho que se analiza en la sentencia objeto de nuestro comentario, es una muestra evidente de las situaciones de injusticia material que provoca el actual diseño del art. 174.3 TRLGSS. Porque la convivencia estable y notoria de la demandante con el sujeto causante, desde nuestro punto de vista, queda fuera de duda a la vista de los hechos probados, así como su dependencia económica. Se trata de una pareja que convive desde 2003, tiene una hija en común nacida en 2006, y tras el fallecimiento del sujeto causante en 2012, puede demostrar que la situación de necesidad es objetiva ya que cumple con los parámetros concretados por la norma de cara a la acreditación de dependencia económica. Denegar la pensión de viudedad en base a la ausencia de requisitos netamente formales, atenta contra la lógica que debería presidir la protección de los beneficiarios de la pensión de viudedad. Ciertamente, el órgano juzgador no ha hecho sino aplicar lo dispuesto en el controvertido precepto y reiterar la doctrina unificada del propio Tribunal Supremo, que a su vez es concordante con la jurisprudencia constitucional. Compete por tanto al legislador retomar esta cuestión y redactar nuevamente el art. 173.4 TRLGSS desde unos postulados político-jurídicos diversos.

Acceso a la pensión de viudedad de parejas de hecho que anteriormente habían sido matrimonio y que tras el divorcio reanudan la convivencia. La convivencia matrimonial y la de hecho no son acumulables
A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio de 2015

Access to widowhood pension cohabiting couples who had previously been marriage and divorce resumes after living together. Procreation and indeed are not cumulative
A purpose of the Supreme Court ruling of July 20, 2015

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*

Resumen

La convivencia como requisito de acceso a las prestaciones de supervivencia del Sistema de Seguridad Social (viudedad, orfandad y favor familiares) es un requisito que desde la entrada en vigor del sistema se venía exigiendo para las mismas. A partir de 1981, en que se introduce en España la posibilidad de disolver el matrimonio por el divorcio pasará a entenderse como un elemento meramente secundario en las pensiones de viudedad, como elemento a utilizar en caso de concurrencia de beneficiarios. Sin embargo a partir de las últimas reformas ha vuelto a cobrar relevancia, especialmente para las pensiones de viudedad, al recuperar su carácter de requisito de acceso para uniones matrimoniales y de hecho, así como factor a tomar en cuenta en la atribución y reparto de la pensión. Un aspecto importante y controvertido es el tratamiento que debe darse a la convivencia cuando tras una crisis matrimonial se reanuda la convivencia pero sin formalizar matrimonio/ pareja de hecho o comunicar –en caso de separación– al juzgado la misma.

Abstract

Coexistence as a condition of access to survivor benefits from Social Security System (widows, orphans and relatives) is a requirement that since the entry into force of the system had been demanding for them. From 1981, when introduced into Spain the possibility of dissolving the marriage by divorce happen to be understood as only a minor element in widow's pensions, as an element to be used in case of concurrent beneficiaries. However from recent reforms has again become relevant, especially for widows' pensions, retrieving his character entry requirement for marriage and de facto unions, as well as a factor to be taken into account in the allocation and distribution of pension. An important and controversial aspect is the treatment to be given to the coexistence when after a marital crisis resumed living together without formalizing marriage / domestic partnership or communicate –if separation– to court it.

Palabras clave

Pareja de hecho, matrimonio, divorcio, convivencia

Keywords

Domestic partner, marriage, divorce, cohabitation

1. SUPUESTO DE HECHO

Los hechos noticiados en la sentencia son en síntesis los siguientes¹: La Sra. X solicitó pensión de viudedad en fecha 13-8-2012 por el fallecimiento del Sr. Z, ocurrido el 15-6-2011, con quien había contraído matrimonio con fecha el 8-10-1994 y de cuya unión nació un hijo en 1998. El 4 de junio de 2010 el matrimonio se declaró disuelto con aprobación del convenio regulador, suscrito el 30-3-2010, en el que se acordó, entre otros extremos, no pactar pensión compensatoria. A la fecha de la sentencia de divorcio los cónyuges habían reanudado la convivencia marital que mantuvieron hasta el fallecimiento. Tras la muerte la Sra. X solicitó pensión de viudedad siendo denegada por el INSS denegó la pensión de viudedad al considerar que no se reunían los requisitos para ello. Agotada la vía administrativa la Sra. X interpuso demanda que fue rechazada en la instancia. Formalizado el oportuno recurso de suplicación el TSJ de Cataluña en sentencia de 12 de junio de 2014² estimó el recurso y declaró el derecho de la Sra. X a pensión de viudedad en cuantía reglamentaria.

Disconforme con ello, la entidad gestora formuló el oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria la STSJ Baleares de 23-12-2009³ en invocando la violación de los apartados 2 y 3 del art. 174 LGSS/1994.

La Sala de lo Social del TS considera que existe una clara contradicción entre ambas resoluciones judiciales pues en ambas: a) se trata de personas que se han divorciado y no fueron fijadas pensiones compensatorias; y b) en ambos supuestos los demandantes estuvieron conviviendo en los años previos al fallecimiento; y c) no contrajeron matrimonio con posterioridad.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el análisis del recurso interpuesto, comienza recordando que el acceso a la pensión de viudedad puede venir por dos vías, cada una caracterizada por sus propios condicionantes, a saber.

- a) La vía matrimonial. En cuyo caso la única exigencia es la acreditación del estatus de cónyuge. Y para los casos en que la muerte sea imputable a enfermedad común y el

¹ STS 20/07/2015 (RJ 2015/4327), antecedente de hecho segundo.

² AS 2014/2141.

³ AS 2010/279.

En dicha sentencia y como hechos probados se recogen los siguientes: "PRIMERO.- En fecha de 29 de mayo de 2008 fue dictada resolución en proceso de solicitud de viudedad SMS/AE 2008-507139- 68 RD 2008/195 iniciado por la demandante D^a Cristina, en la que se le denegó la pensión de viudedad por cuanto en el momento del fallecimiento no tenía derecho a la pensión compensatoria. SEGUNDO.- La demandante había contraído matrimonio con D. Mateo en fecha de 4 de abril de 1960, siendo disuelto el mismo por Sentencia de divorcio dictada en el día 5 de diciembre de 1991 en los autos seguidos con el número 358/91. En fecha de 15 de abril de 2008 falleció D. Mateo, habiendo convivido con la demandante en los dos últimos años a su fallecimiento. TERCERO.- Que la demandante y D. Mateo tenían abierta en la C.A.M. una libreta de ahorro con el número NUM000, cuya fecha de expedición es de 18 de abril de 2005, cuyo último movimiento es de 3 de diciembre de 2008, siendo su disponibilidad individual. CUARTO.- Que el día 24 de marzo de 1982, D. Mateo otorgó ante el Notario de Puente Genil D. Jorge Lahoz cuervo, testamento otorgando a la demandante el usufructo universal y vitalicio de su herencia con relevación de fianza e inventario".

- matrimonio no haya durado un año exige que: a) la causa de la muerte sea sobrevenida al matrimonio; o b) si es anterior o preexistente exige que se tengan hijos comunes o bien que la convivencia previa al matrimonio unida a la convivencia tras el matrimonio alcance los dos años⁴.
- b) La vía pareja de hecho “de derecho”, es decir la formalizada⁵. Siempre que el sobreviviente de tal pareja acredite: a) La inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas (CC.AA.) o Ayuntamientos del lugar de residencia o su formalización en documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, en ambos casos, con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante; b) Una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante, con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años; c) Que, durante el período de convivencia, ningún componente de la pareja estuviera impedido para contraer matrimonio ni tampoco vínculo matrimonial con otra persona; y d) una dependencia económica con el causante, lo que se acredita cuando sus ingresos durante el año natural anterior al fallecimiento, no alcanzaran el 50% de la suma de los propios más los del causante habidos en el mismo período; o el 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; o alternativamente que son inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del fallecimiento, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante como durante su percepción. Este límite cuantitativo se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.
- c) La vía de ex cónyuge (divorciado o con matrimonio nulo) o bien de separados legalmente⁶. En este caso se exige que no hubieran contraído nuevo matrimonio o constituido una pareja de hecho y sean acreedores de la pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 del Código Civil (en el caso de nulidad será la indemnización prevista en el art. 98 del Código Civil) y ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

A la vista de lo anterior, la Sala advierte de lo siguiente:

El único supuesto en que los condicionantes de esas situaciones podría decirse que se “mezclan” es en los casos en que hay una previa convivencia de pareja de hecho, posterior matrimonio y fallecimiento por enfermedad común preexistente.

Y dicho lo anterior, se plantea de si los separados o divorciados pueden o no constituir parejas de hecho.

En el caso de los separados, se advierte que el vínculo sigue estando vivo, los efectos que produce la separación son únicamente a suspensión de la vida en común y la posibilidad

⁴ Art. 174.1 LGSS/1994, actual art. 219 LGSS/2015. La recuperación de esa antigüedad en el matrimonio que el primer texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 recogía y que luego sería suprimida por la Ley 24/1972, de 23 de junio, tiene como finalidad evitar matrimonios de conveniencia.

⁵ Art. 174.3 LGSS/1994, actual art. 221 LGSS/2015.

⁶ Art. 174.2 LGSS/1994, actual art. 220 LGSS/2015.

de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, art. 81 y 83 del Código Civil. Para el caso de que se reanude la convivencia y se eliminen los efectos de la separación se exige que se deje sin efecto lo resuelto en la separación y se ponga en conocimiento del juez que haya conocido del litigio, art. 84 del Código Civil.

En el caso de divorcio, el vínculo quedó disuelto, por lo que no hay obligación de vivir en común, ni se presume la convivencia. Por lo que si hay reconciliación el matrimonio “no se recupera” habrá que contraer nuevo matrimonio (o en su caso formalizar una pareja de hecho), art. 88 Código Civil.

Tras efectuar estas consideraciones, la Sala extrae las siguientes consecuencias:

-La situación matrimonial y la de una pareja de hechos son distintas. En la matrimonial la convivencia es obligatoria y se presume; en la pareja de hecho es voluntaria y para que tenga efectos en orden a una pensión de viudedad debe además concurrir otros requisitos.

-En caso de separación no se puede constituirse una pareja de hecho válida a efectos de poder obtener una pensión de viudedad por estar todavía vivo el vínculo anterior.

-En caso de divorcio o nulidad el matrimonio ha sido disuelto y cabe la posibilidad de formalizar una pareja de hecho válida a efectos de ser beneficiario de una pensión de viudedad. Siempre que reúnan los requisitos y condicionantes previstos para las mismas en el art. 221 LGSS/2015 (antiguo art. 174.3 LGSS/1994).

Partiendo de lo anterior, la Sala llega a la conclusión de que dado que aquí estamos ante un supuesto de convivencia antes y después de la sentencia de divorcio no le es aplicable su doctrina establecida en sentencia de 4-3-2014⁷, ya que esta se refiere a un supuesto de cónyuges separados que se reconcilian, volviendo a convivir, haciéndolo constar ante notario, si bien no lo comunican a la autoridad judicial competente para dejar sin efecto la separación acordada.

Entiende que la vía de acceso a la pensión por ser cónyuges no es viable ya que estaban divorciados. Y que tampoco cabe la de ser considerados como pareja de hecho porque la pareja de hecho no reúne los requisitos de período mínimo de convivencia, ya que el tiempo válido que podría ser computable, el que se produce después de la sentencia de divorcio, apenas llegó a un año y diez días, muy lejos de los cinco años exigidos por el art. 174 LGSS/1994, actual 221 de la LGSS/2015.

Y termina estimando el recurso del INSS y revocando la sentencia de instancia.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La sentencia que se analiza se comparte y se entiende acertada. Sobre la misma cabría hacer las apreciaciones que a continuación se explicitan.

⁷ RJ 2014/2078.

3.1. Algunas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña casada

Conviene antes de realizar algunas consideraciones o valoraciones sobre la misma, recordar o precisar algunos detalles del caso para poder captar algunos matices importantes. Para ello es básico conocer las razones que llevaron al TSJ de Cataluña a revocar el fallo del juez de instancia que seguía la línea jurisprudencial que se vuelve a confirmar. El TSJ de Cataluña se limita a valorar si se acredita o no una “convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”. Y viene a entender que dicha convivencia no viene referida exclusivamente al período de “pareja de hecho”, sino a la totalidad de su vida. De aquí que si se tienen en cuenta los períodos anteriores a la sentencia de divorcio se reúne con exceso el periodo de convivencia superior a los cinco años, pues tan sólo consta una hipotética solución de continuidad entre los cónyuges desde la fecha en que suscribió el convenio de separación el 30/03/10, hasta que se dictó sentencia en 04/06/10, momento en que ya convivían nuevamente.

Son varios los fallos o quiebras que tiene esta posición del TSJ de Cataluña, a saber:

-La pareja de hecho ni estaba formalizada, ni estaba inscrita.

-Una convivencia como matrimonio, no es equiparable a una convivencia de hecho, ni puede sumarse a ella. Cosa distinta es cuando se pretende acceder a la pensión de viudedad desde el estatus de cónyuge, en cuyo caso y con determinadas condiciones, como antes se ha señalado si cabe la suma de ambas convivencias.

El posicionamiento del TSJ de Cataluña parece que se quiere acoger –sin decirlo– al art. 1 la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de Cataluña⁸ que no exigía una formalización y registro específico en relación con las parejas de hecho, en relación con el último inciso del apartado 3 del art. 174 LGSS/1994 que permitía a las Comunidades Autónomas con derecho civil propio estar a la legislación propia de la misma. Si bien no debe olvidarse que a la fecha de la sentencia dicha posibilidad ya había sido declarada inconstitucional y nula por sentencia del Tribunal Constitucional n.º 40 de 11 de marzo de 2014.

-Añade además un dato curioso “*que en el certificado de empadronamiento consta que la actora ha convivido con su esposo e hijo en el mismo domicilio desde el 12/08/98 hasta el 15/06/11, en que se indica la «defunción» como causa del cese de la convivencia*”. Sin que aclare que trascendencia tiene el mismo, a no ser que sea para incidir en el mantenimiento de la convivencia.

⁸ Curiosamente en la actualidad el Código Civil de Cataluña, libro segundo, aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio, art. 234-1 letra c) exige que la denominada pareja estable esté formalizada en escritura pública.

-Considera que es aplicable la doctrina del TS recogida en la sentencia 04/03/14⁹. Aspecto que como se encarga de precisar el TS no es acertado por partir de hechos y circunstancia distintas.

-Llega en consecuencia a la conclusión de que *“el no haber comunicado al Juzgado la reanudación de su convivencia previa a la sentencia o el no haber contraído nuevo matrimonio entre ellos, así como la voluntad de mantener el vínculo en la pareja, fuera matrimonial o por la vía de hecho, no puede tener como consecuencia la denegación de la pensión de viudedad”*. Sobre esto más adelante se volverá.

3.2. La doctrina del TS de 4/03/2014¹⁰

La circunstancias fácticas de aquella sentencia eran las siguientes: a) El Sr. X había contraído matrimonio con la Sra. Z en fecha 13/12/1980 y tuvieron dos hijos; b) En fecha 20/3/1998 se dictó Sentencia por el Juzgado de 1ª Instancia 3 por la que se declaró la separación matrimonial de los cónyuges; c) En fecha 24/1/2000 formalizaron escritura pública notarial mediante la cual manifestaron que se había producido la reconciliación de la pareja en noviembre de 1999 y dejaban sin efecto la separación matrimonial; d) El Sr. X falleció en fecha 8 de julio de 2010 y la Sra. Z solicitó pensión de viudedad que le fue denegada por considerar que los cónyuges estaban separados legalmente sin reconciliación judicial de acuerdo con el artículo 84 del Código Civil; e) En reclamación previa se insistió en la petición y el INSS resolvió la misma entendiéndose que no se cumplían las condiciones de la definición legal de unión estable de pareja, ya que la demandante y el causante no podían contraer matrimonio porque su situación ya era de matrimonio (probablemente se argumentaría que si no podían ser considerada viuda como cónyuge superviviente, si lo sería como sobreviviente de una pareja de hecho). En la vía judicial obtuvo resultados dispares: en la instancia vio aceptada su pretensión; en sede suplicacional la sentencia del Juez de lo Social fue revocada y en el TS volvió a obtener un fallo favorable a sus intereses.

La Sala de lo Social del TS, antes de entrar en el examen del recurso advierte lo siguiente:

-Que actora se encontraba en situación de relación matrimonial con el causante, ahora bien, sin efectos jurídicos frente a terceros (en nuestro caso frente a la Seguridad Social) por la falta de los requisitos exigidos para ello. Ello motivaba que la actora interesaba la prestación desde una situación de pareja de hecho.

-No se discutía si la actora reunía o no los requisitos de inscripción de la situación de pareja de hecho, por cuanto el supuesto se desarrolla en Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio, en concreto en Cataluña, sin que esté controvertida la concurrencia de los requisitos exigidos en la normativa aplicable, es decir, la vigente en el momento del fallecimiento del causante el día 8 de julio de 2010, que era la Ley 10/1998 de 15 de julio, de Uniones estables de pareja de Cataluña.

⁹ RJ 2014/2078.

¹⁰ RJ 2014/2078.

-Tampoco se discutía los efectos de la reconciliación ante notario, no comunicada al Juzgado que dictó la sentencia de separación, por lo que no cabía discutir si era aplicable o no la doctrina del TS de 16/07/2012.

-No se cuestionaba la interpretación que haya de darse al concepto de pensión compensatoria, entendiéndose que hay un matrimonio y una convivencia *more uxorio* entre la actora y la causante acreditada desde la fecha de la reconciliación.

Hechas esas precisiones el TS entiende que el objeto de recurso consistía, partiendo de la situación de pareja de hecho –no controvertida–, en determinar si concurre en el caso el requisito previsto en el art. 174.3 LGSS/1994, de no hallarse impedidos para contraer matrimonio, y no tener vínculo matrimonial con otra persona.

Pues bien el TS lo que hace es considerar que el único requisito que se oponía para lucrar la prestación solicitada desde la situación de pareja de hecho, era la concurrencia del requisito previsto en el art. 174.3 párrafo tercero de la LGSS/1994, de que la pareja “*no tengan vínculo matrimonial con otra persona*”, concurre en el presente caso. De la dicción literal del precepto no puede sino concluirse que viene referido a ambos componentes de la pareja al expresarse en plural (“no tengan...”), y la expresión “otra persona”, se refiere obviamente a un tercero ajeno a ambos, por lo cual, como no podía ser de otra manera, nada impide la existencia de vínculo matrimonial entre ambos, que a los fines pretendidos no puede constituir un obstáculo –sino al contrario– para lucrar la pensión de viudedad.

Como se puede apreciar de los hechos noticiados la doctrina expresada en esta sentencia difícilmente podría ser trasladada a la analizada al supuesto fáctico de la sentencia que ahora se comenta.

3.3. Algunas reflexiones o valoraciones sobre el acceso a la pensión de viudedad en situaciones de quien disuelve el matrimonio o se separa, pero vuelve a convivir como si fuera matrimonio, sin formalizar una nueva unión o recuperar la situación previa de matrimonio

Las situaciones posibles en que nos podríamos encontrar serían:

a) *Separación matrimonial, posterior reconciliación y convivencia, sin comunicación al juzgado que acordó la separación.*

b) *Divorcio (o nulidad del matrimonio) posterior reconciliación y convivencia, sin volver a contraer matrimonio o constituir formalmente una pareja de hecho.*

c) *Divorcio (o nulidad del matrimonio), reconciliación y formalización de una pareja de hecho*

En principio en los supuestos a) y b) no se podrá acceder a la pensión de viudedad invocando la condición o estatus matrimonial. Ello sin perjuicio de que si se acreditan las condiciones previstas en el art. 220 LGSS/2015 para los supuestos de separación, divorcio o nulidad; o el caso de unión de hecho lo exigido para las mismas en el art. 221 de la LGSS/2015, se pueda acceder a la pensión de viudedad.

En el supuesto c) nada impide a quienes han disuelto su matrimonio volver a unirse ahora bajo la fórmula de pareja de hecho y por tanto, reuniendo los requisitos del art. 221 de la LGSS/2015, lucrar pensión de viudedad.

Hasta aquí no parece que deba haber controversia sobre el particular. El problema está en como valorar y en su caso tomar en cuenta esa convivencia tras superar una crisis matrimonial.

La situación es relativamente frecuente y ahí están los pronunciamientos de los Tribunales. Es fácil encontrarnos con supuestos en que los cónyuges tras una crisis matrimonial que acaba en separación o divorcio (y nulidad) vuelven a reanudar la convivencia matrimonial. Ahora bien, deciden dejar las cosas como están (separados o divorciados) por si ese intento de volver a reanudar la convivencia fracasa. Otras veces, los motivos no son el volver a recuperar una relación matrimonial sino más bien que uno ellos (de los miembros de ese matrimonio separado o disuelto) se deja llevar por su altruismo y decide acoger o atender al otro por razones estrictamente humanitarias. En ambos casos se reanuda, conviven y uno fallece. A continuación, el supérstite pide el reconocimiento de la pensión, normalmente intentándolo por la vía del estatus matrimonial, en su defecto por el estatus de pareja de hecho y si no hay otra posibilidad por la vía condición de separado, divorciado o con matrimonio nulo. El problema con el que se puede encontrar en esta última vía es que no reúnan los requisitos exigidos, fundamentalmente ser acreedor de pensión compensatoria o indemnización en caso de matrimonio nulo.

Y es aquí donde surge la controversia, es decir, si es valorable o no esa convivencia no formal.

Pues bien, cuando nos encontramos ante matrimonios separados, esta convivencia no surte efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial, por lo que el acceso a la pensión lo será desde la existencia de la condición de separados, por más que haya existido una convivencia real. Lo que lleva consigo, entre otras cosas, a que el derecho a la pensión de viudedad haya de reconocerse en proporción al tiempo de convivencia legal entre ambos cónyuges (STS 15/12/2004, RJ 2005/2169)¹¹.

En lo que concierne a matrimonios divorciados, la cuestión parece que podría cambiar, pero no es así. Tendríamos –mirando el supuesto de hecho de la sentencia analizada– dos tipos de convivencia por un lado la matrimonial y por otro la no matrimonial y la cuestión es si podemos sumarlas ambas. El Tribunal Supremo, lo que hace es concluir que no se puede sumar una y otra y dar por cumplido el requisito de la convivencia previa de 5 años (la que exige el art. 221 de la LGSS/2015) cuando se quiere acceder a la pensión de viudedad como pareja de hecho.

Realmente el problema que aquí se ha suscitado viene del criterio sustentado en la STS de 4/03/2014¹² que antes se ha analizado:

¹¹ Ver también SSTS 20/01/2004 (RJ 2004/1935), 25/01/2000 (RJ 2000/1311), 21/03/2000 (RJ 2000/2871), 3/07/2000 (RJ 2000/7173), 26/09/2000 (RJ 2000/7646), STS 24/07/2007 (RJ 2007/6745), entre otras.

¹² RJ 2014/2078.

Pues bien, la doctrina correcta, ha de estimarse se contiene en la sentencia aportada de contraste, que señala que: “podríamos preguntarnos si se cumplía el requisito de impedimento matrimonial ya que si estaban casados no podían ser pareja de hecho sin previa disolución de tal vínculo. De hecho el art. 174.2 precitado condiciona el derecho a pensión en los casos de separación o divorcio «a que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho» y la pareja de hecho exige a los miembros de la misma que «no tengan vínculo matrimonial con otra persona», lo que significa que, en puridad, pueden tener vínculo matrimonial entre ellos. De hecho, en la literalidad coordinadora del art. 174.2 párrafo primero y 174.3 párrafo cuarto, evidencia que la imposibilidad de nuevas nupcias entre los cónyuges separados la reanudación de la convivencia aboca a una situación de «more uxorio» mientras no se externalice judicialmente la misma, evitándose así el vacío en la situación pues la prestación de viudedad procedería en el ínterin por pareja de hecho y a partir de la formalización de la reanudación de la vida en común por pareja matrimonial”.

No puede ignorarse la situación concurrente en el presente caso antes referida: la actora contrajo matrimonio con el causante el 13-12-1980, del que nacieron dos hijos. Los cónyuges se separaron judicialmente en fecha 20-03-1998, sin que conste que la sentencia estableciese pensión compensatoria a favor de la esposa. Los cónyuges se reconciliaron posteriormente, en noviembre de 1999, formalizándolo en escritura pública notarial en fecha 24-01-2000. Dicha reconciliación notarial no fue comunicada al juez que dictó la sentencia de separación y, en consecuencia no se registró en el Registro Civil. El marido falleció el 08-07-2010. Y que además, se produce la diabólica situación de que el INSS niega la pensión de viudedad, desde la situación matrimonial por no reunir los requisitos, pero también desde la situación de pareja de hecho, por haber contraído matrimonio con otra persona.

Ninguna duda cabe que el recurso ha de ser estimado, por cuanto el único requisito que se opone para lucrar la prestación solicitada desde la situación de pareja de hecho, es decir, la concurrencia del requisito previsto en el art. 174.3 párrafo tercero de que la pareja “no tengan vínculo matrimonial con otra persona”, concurre en el presente caso. De la dicción literal del precepto no puede sino concluirse que viene referido a ambos componentes de la pareja al expresarse en plural (“no tengan...”), y la expresión “otra persona”, se refiere obviamente a un tercero ajeno a ambos, por lo cual, como no podía ser de otra manera, nada impide la existencia de vínculo matrimonial entre ambos, que a los fines pretendidos no puede constituir un obstáculo –sino al contrario– para lucrar la pensión de viudedad.

Y ello porque se estaba dando la impresión de que los separados que reanudan su convivencia pasan a ser una pareja de hecho –ya que el impedimento para ser pareja de hecho lo sería con otras personas distintas pero no con ellas– y que luego si formalizan la reanudación de la vida en común pasarían a ser nuevamente una pareja matrimonial.

Un razonamiento cuanto menos extraño.

El problema en realidad está en querer introducir elementos flexibilizadores de los condicionantes de acceso a las prestaciones. Estamos ante una situación muy parecida, precisamente en las prestaciones de supervivencia es muy frecuente, a la conocida interpretación humana y flexible del requisito del alta o situación asimilada, que en algunas

ocasiones está llevando a encontrar cualquier justificación por rebuscada que parezca para poder reconocer una prestación y dar salida a un grave problema humano.

Desde este punto de vista puede encontrarse una justificación y la verdad es que en la mayoría de los casos nos encontramos con casos sangrantes y que quizás sean merecedores de protección. Pero a lo mejor no es el Sistema de Seguridad Social el que tenga que dar respuesta a ello sino en otras formas de protección social pública.

En las sentencias favorables a esta tesis amplia hay una cosa que olvidan o al menos pasan “de puntillas” y es que –centrándonos en los casos en que hay una separación o divorcio– el acceso en situaciones de ruptura requiere el cumplimiento de unos requisitos, que en los casos que se analizado se dan por cumplidos, simplemente por que no se discuten. Lo cual es forzar demasiado y llevará consigo en un futuro a que la entidad demandada, cuando se oponga a una demanda de pensión de viudedad invocando el estatus de matrimonio, al mismo tiempo invoque que no se reúne las condiciones de poder se pareja de hecho, ad cautelam. Por otro lado, téngase en cuenta –en los supuestos analizados no ha ocurrido así– que podría darse el caso de concurrencia de beneficiarios y entraríamos en conflicto, ya que no es lo mismo acceder desde la condición de cónyuge superviviente o sobreviviente de una pareja de hecho que de ex cónyuge. O ya puestos pareja de hecho que disuelto la misma pero vuelvo a convivir otra vez con la esperanza de reanudar formalmente la convivencia, etc.

El tema de la convivencia es un aspecto relevante y muy complejo, a saber:

- a) En el acceso a la pensión de viudedad o prestación temporal de viudedad derivada de una situación matrimonial. Hay que tener en cuenta que para acceder a la pensión de viudedad, se exige una “antigüedad” mínima en el matrimonio cuando la muerte es imputable a una enfermedad previa al matrimonio, y que si no se cumple, cabe la posibilidad de entender cumplida computando entonces convivencia previa, art. 221 LGSS/2015.
- b) En el acceso a la pensión de viudedad desde la condición de pareja de hecho, la acreditación de la convivencia, la valoración de si la misma es válida o no, etc. También es un elemento básico.
- c) En el acceso a la pensión de viudedad y su cuantificación en casos de que concurren cónyuge o supervivientes de parejas de hecho con ex cónyuges, o ex cónyuges entre sí, o cualquier combinación entre ellos. El tiempo de convivencia y su acreditación es un elemento determinante.
- d) Finalmente, no debería olvidarse que la convivencia formal de hecho es causa de extinción de la pensión y de la prestación temporal de viudedad.

El requisito de la convivencia, que se dijo tras la introducción del divorcio en España en 1981, que dejaba de tener sentido para el acceso a la pensión de viudedad, ha vuelto con mucha fuerza. Recuérdese, que en los inicios del sistema de Seguridad Social la convivencia era un elemento básico en las prestaciones de supervivencia:

- a) Para la viudedad (tanto para la pensión como el subsidio temporal) se exigía que la viuda hubiera convivido habitualmente con el causante, art. 166.1 a) LSS/1966 y art. 7.1.a) de la Orden 13/02/1967.

- b) Para la pensión de orfandad, aunque no se exigía expresamente venía implícita ya que al estar condicionada a una edad inferior a la que daba la mayoría de edad, se suponía que los hijos convivirían con el causante, si embargo si se exigía expresamente para los hijos propios de la beneficiaria que hubiere llevado al matrimonio, art. 16.3 de la Orden 13/02/1967.
- c) Para las prestaciones a favor de familiares, la convivencia era un requisito general básico que se exigía a todos los familiares que quisieran acceder a las prestaciones, arts. 22 de la Orden de 13/02/1967.

Y ahora tras la reforma del año 2007 (con la Ley 40/2007) ha recuperado todo “su esplendor”, el problema es que las soluciones a las múltiples controversias que se están planteando no dejan de ser interpretaciones voluntaristas, quizás excesivas, de la Ley.

Requisitos de acceso a las pensiones en favor de familiares por parte de lo/as hijo/as de los sujetos causantes

Pensions for family members: deceased's sons requirements

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

CATEDRÁTICO (ACREDITADO) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen

Tratándose de hijo/as de beneficiario/as de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente los requisitos exigidos para causar derecho a las pensiones en favor de familiares aparecen contemplados en el artículo 176.2 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015). Dichos requisitos han de exigirse en la fecha del correspondiente hecho causante; esto es, el fallecimiento del sujeto causante (beneficiario/a de la pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente). En todo caso, entre dichos requisitos no se encuentra el de que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil y que contempla el artículo 22.1.1 e) de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967.

Abstract

This paper analyses the spanish pensions in favour of family members requirements. More specifically, this paper analyses if deceased's sons have to prove they haven't got relatives compelled to provide them support.

Palabras clave

pensiones por muerte y supervivencia, pensiones en favor de familiares

Keywords

spanish survivor pensions, spanish pensions for family members

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

1.1. Datos esenciales de la sentencia comentada

Teniendo en cuenta la finalidad práctica de la obra en la que el presente trabajo se inserta, el análisis de la sentencia comentada aconseja la previa exposición de sus datos básicos de un modo predominantemente descriptivo. Por la misma razón, este criterio metodológico se seguirá de manera intencionada en la exposición del problema suscitado de modo que el mismo pueda ser más fácilmente aprehendido por los muy diversos destinatarios de este trabajo.

En concreto, los datos básicos de la sentencia comentada son los que a continuación se indican:

- *Sentencia estudiada*: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de fecha 27 de marzo de 2015 (número de recurso 1821/2014).
- *Ponente*: Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

- *Doctrina básica:*
 - Tratándose de hijo/as de beneficiario/as de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente los requisitos exigidos para causar derecho a las pensiones en favor de familiares aparecen contemplados en el artículo 176.2 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015).
 - Dichos requisitos han de exigirse en la fecha del correspondiente hecho causante; esto es, el fallecimiento del sujeto causante (beneficiario/a de la pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente).
 - Tratándose de hijo/as de beneficiario/as de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente no se les exige el requisito de que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil y que contempla el artículo 22.1.1 e) de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967.
- *Fallo:* La Sala Cuarta del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso de suplicación núm. 1387/13 que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Toledo, de fecha 31 de julio de 2012, recaída en autos núm. 1238/11, seguidos frente a aquellas entidades gestoras en materia de pensión en favor de familiares.

1.2. El problema suscitado

1.2.1. Los antecedentes de hecho

Los antecedentes de hecho de los que parte la sentencia ahora comentada son, de forma resumida, los siguientes:

- La actora, soltera y sin hijos, convivía con sus padres y a su cargo, siendo el padre pensionista de jubilación, sin que quedara acreditado ningún otro ingreso en la familia.
- Cuando falleció su padre (el 12 de abril de 1998) la actora, que contaba entonces con 59 años de edad, solicitó la prestación en favor de familiares prevista en el artículo 176.2 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015).
- Mediante resolución de 6 de julio de 1998, el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó la prestación solicitada por la circunstancia de existir familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos. Y, más concretamente, su madre al haber pasado ésta a ser beneficiaria de una pensión de viudedad con ocasión del fallecimiento de su marido, padre de la actora. Ello no obstante, en dicha resolución la entidad gestora admitía implícitamente el requisito de atender la actora al cuidado de sus padres.
- Fallecida la madre el 29 de abril de 2011, la actora (que contaba ya con 70 años de edad) solicitó nuevamente la misma prestación en favor de familiares.
- Ante esta nueva solicitud el Instituto Nacional de la Seguridad Social volvió a denegar la prestación mediante resolución de 14 de julio de 2011. En esta ocasión al considerar que la petición ya fue resuelta en su momento y que la misma no quedaba desvirtuada por el cambio en las circunstancias familiares (fallecimiento de la madre) de la actora.

- Interpuesta demanda contra la citada resolución administrativa, la misma fue admitida por el Juzgado de lo Social número 1 de Toledo en sentencia de fecha 31 de julio de 2012.
- Frente a ella, el Instituto Nacional de la Seguridad Social interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, recurso que fue desestimado mediante sentencia de 15 de abril de 2014. Es, precisamente, contra esta sentencia contra la que se interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina que dio lugar a la sentencia que ahora se comenta.

1.2.2. La sentencia de contraste

Por cuanto ahora interesa, ya en casación unificadora las entidades codemandadas (Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social) presentaron como sentencia de contraste la de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2005 (número de recurso 4706/2004).

En dicha sentencia se trataba también de una hija mayor de 45 años que convivía con sus padres y a su cargo y que, al fallecimiento de su padre (beneficiario igualmente de una pensión de jubilación contributiva), solicitaba la prestación en favor de familiares prevista en el artículo 176.2 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015). También entonces la prestación en favor de familiares solicitada le fue denegada porque, hallándose obligada a prestarle alimentos, a su madre se le había reconocido una pensión de viudedad con ocasión del fallecimiento de su padre.

Años más tarde y a resultas entonces del fallecimiento de la madre, la hija solicitó de nuevo la misma prestación, la cual le sería nuevamente denegada por la misma razón que en el supuesto que ahora nos ocupa. Interpuesta entonces demanda judicial, el Juzgado de instancia la estimó concediendo así la prestación solicitada en sentencia que posteriormente sería confirmada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sin embargo, recurrida en casación unificadora la sentencia de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la misma sería finalmente revocada por la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que se aporta ahora como de contraste.

1.2.3. Las normas en presencia

A la fecha de efectos del hecho causante, los preceptos en juego fueron los dos que a continuación se indican:

- Artículo 176.2 LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015). Según este precepto, “En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quienes se den, en los términos que se establezcan en los Reglamentos generales, las siguientes circunstancias:
 - a) Haber convivido con el causante y a su cargo.
 - b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.
 - c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.
 - d) Carecer de medios propios de vida”.

- Artículo 22 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967. Entre otras muchas cuestiones, este complejo y obsoleto precepto enumera quiénes son los concretos beneficiarios de la pensión en favor de familiares. A tal efecto contempla exclusivamente los tres siguientes grupos:
 - 1) Nietos y hermanos del causante.
 - 2) Madre y abuelas.
 - 3) Padre y abuelos.Para el primero de los tres grupos de familiares (nietos y hermanos), este precepto exige los siguientes cinco requisitos:
 - a) Menores de dieciocho años (...).
 - b) Huérfanos de padre y madre.
 - c) Que convivieran con el causante, y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél.
 - d) Que no tengan derecho a pensión pública.
 - e) Que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

1.2.4. La cuestión debatida

Sobre la base de cuanto se acaba de señalar hasta el momento presente, la cuestión debatida se concreta en determinar si los requisitos legales para causar derecho a las prestaciones en favor de familiares deben concurrir en el momento del fallecimiento del causante o si también puede acreditarse su existencia en otro momento posterior. Más concretamente, el asunto litigioso versa sobre una hija mayor de 45 años que habiendo convivido con su padre (y a su cargo) y acreditando una dedicación prolongada al cuidado del mismo no reunía (a juicio del Instituto Nacional de la Seguridad Social) el requisito de carecer de medios propios de vida en el momento del fallecimiento de su progenitor (cuando éste era pensionista de jubilación). Y ello por el hecho de continuar viviendo con quien venía obligada a prestarle alimentos según la legislación civil; esto es, su madre a quien se le había reconocido una pensión de viudedad a propósito del fallecimiento de su marido, padre de la actora.

Como fácilmente puede deducirse, dos son las cuestiones de orden práctico que se plantean en el supuesto debatido: en primer lugar, qué requisitos han de exigirse a los potenciales beneficiarios de una prestación en favor de familiares en casos como el presente y, en segundo lugar, cuándo han de exigirse dichos requisitos. Vayamos por partes.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Requisitos exigidos: ámbito material

Como ha tenido ocasión de señalarse ya, en el presente supuesto la solicitante de la pensión en favor de familiares es la hija de un beneficiario de una pensión de jubilación en su modalidad contributiva. No nos hallaríamos, por tanto, ante un familiar distinto, cual podría ser el caso, por ejemplo, de lo/as nieto/as o hermano/as y/o de los padres/madres o abuelos/abuelas del causante.

Siendo ello así, claro queda que los requisitos que han de exigirse entonces han de ser los específicamente previstos en la norma para lo/as hijo/as de beneficiario/as de este tipo de pensiones, mas no otros. Ni siquiera (como tradicionalmente venía sosteniendo el Instituto Nacional de la Seguridad Social) el de carecer de medios propios de subsistencia, existiendo familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos. Repárese en este sentido como este último requisito es exigido por el artículo 22.1.1 e) de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 bien que, única y exclusivamente, por referencia a lo/as nieto/as o hermano/as y/o de los padres/madres o abuelos/abuelas del causante. Que no para quienes ostentan la condición de hijo/as de beneficiario/as de pensiones de jubilación o incapacidad contributivas pues la norma nada establece al respecto.

Tratándose, por tanto, de hijo/as de beneficiario/as de estas pensiones, los requisitos a tener en cuenta son los previstos en el artículo 176.2 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015) y no otros. De ahí que a este colectivo de familiares directos no pueda exigírsele el resto de requisitos previstos reglamentariamente para otros grupos de familiares distintos. Lo que por descontado refiere también al de que “no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil”. Requisito este último que, como de forma claramente indicativa señala la propia sentencia ahora comentada, para nada resultará exigible a aquéllo/as.

2.2. Requisitos exigidos: ámbito temporal

Sentado, pues, que los requisitos exigibles a lo/as hijo/as de lo/as beneficiario/as de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente han de ser, única y exclusivamente, los previstos en el artículo 176.2 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015), la siguiente cuestión a dilucidar es la relativa al momento temporal en que dichos requisitos han de acreditarse.

Pues bien, respecto de dicha concreta circunstancia la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se manifiesta de forma clara y coherente. Clara porque, en coherencia con el régimen jurídico general de las prestaciones de Seguridad Social, entiende aquél que dichos requisitos han de acreditarse en el momento de concurrir el hecho causante. Y coherente porque tal criterio fue precisamente el acogido ya en la sentencia que sirvió de contraste al Instituto Nacional de la Seguridad Social para preparar su recurso.

Siendo ello así, tan solo restará comprobar *ad casum* si, efectivamente, en la fecha del hecho causante el/la solicitante de la pensión en favor de familiares de que se trate reúne o no los requisitos exigidos por el entonces artículo 176.2 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 226.2 de la LGSS/2015). Cosa que sí acontecía en el supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia que ahora se comenta, mas no en el de la sentencia de contraste. De ahí que, pese a mantenerse un mismo criterio jurisprudencial en torno a las diversas cuestiones suscitadas, las soluciones finalmente adoptadas en un caso u otro fueran diversas.

Llegados a este punto, sabido es que las prestaciones por muerte y supervivencia tienen carácter imprescriptible *ex* artículo 178 de la LGSS/1994 (hoy, artículo 230 de la LGSS/2015). De ahí que nada impida que las mismas puedan solicitarse en un momento posterior como, efectivamente, así sucedió en el supuesto que ahora se analiza. Bien es verdad que limitando los efectos de tal reconocimiento a partir de los tres meses anteriores a

la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Limitación que, todo hay que decirlo, no hubiera ocurrido si, como correspondía, la prestación se hubiera reconocido a la solicitante desde el primer momento por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Como es sabido, muchas y variadas han sido las reformas operadas en los últimos años en las prestaciones por muerte y supervivencia de nuestro sistema de Seguridad Social. Sin ánimo de ser exhaustivo, claro ejemplo de las mismas lo constituirían normas tan importantes como la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social o la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Básicamente, todas estas reformas han ido dirigidas a actualizar el régimen jurídico de las pensiones de orfandad y, muy especialmente, de viudedad. Actualización que, sin embargo, no ha estado exenta de problemas en cuanto a su aplicación práctica, siendo numerosísimos los casos a los que han tenido que hacer frente nuestros tribunales. Paradigmáticas resultan en este sentido las muy diversas cuestiones planteadas en cuanto al acceso a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho o al reconocimiento de la citada pensión en los supuestos de separaciones y divorcios.

En cualquier caso, claro está que al margen de las más recientes reformas legislativas han quedado otras prestaciones por muerte y supervivencia tales como, por ejemplo, el auxilio por defunción, la indemnización especial a tanto alzado en supuestos de fallecimientos por contingencias profesionales o, por cuanto ahora interesa, las pensiones en favor de familiares. Prestaciones todas ellas que, por más que anecdóticas desde los puntos de vista cualitativo y/o cuantitativo, también se encuentran necesitadas de una profunda revisión.

Si bien se mira, en lugar de prestaciones individualmente consideradas, es el subsistema de protección social pública por muerte y supervivencia en su conjunto el que se encuentra necesitado de una profunda reordenación normativa, cuando no de una reforma integral. Junto a la necesidad de superar una regulación claramente obsoleta, se trataría con ello de que las citadas prestaciones se adecúen a la realidad social que impera en nuestros días. Realidad social que, como es de todos conocido, difiere en mucho de aquella otra sobre la que se creó dicho subsistema.

Ahora bien, en tanto así suceda, ninguna duda cabe de que los iuslaboralistas tenemos que seguir aplicando el régimen jurídico todavía vigente de las prestaciones por muerte y supervivencia. Incluso respecto de aquellas prestaciones que no han sido tan profusamente reformadas en los últimos años, cual sucede con las pensiones en favor de familiares. Tarea que, frente a lo que pudiera pensarse, no resulta en absoluto sencilla. Y ello no solo por la antigüedad y diversidad de las normas en juego, sino también por la ausencia de criterios jurisprudenciales que puedan servirnos de orientación interpretativa al respecto.

Precisamente, a semejante empeño contribuyen sentencias como la que ahora se comenta. Y es que, con absoluta independencia de su mayor o menor sencillez argumentativa, con ella se vendría a corregir una práctica administrativa que no por reiterada en el tiempo vendría a constituir norma jurídica. En realidad, la ausencia de pronunciamientos judiciales y/o

jurisprudenciales sobre este tipo de prestaciones deriva la mayoría de las veces en que la citada práctica administrativa resulte determinante a la hora de aplicar una normativa decididamente obsoleta. Más aún cuando el escaso número de potenciales beneficiarios de estas prestaciones carece, en la mayoría de los casos, de los medios y/o conocimientos necesarios para combatir adecuadamente dicha práctica. No siendo de extrañar que, en supuestos como el presente (mucho más habituales y frecuentes de lo que sería deseable), la inicial inacción de los posibles beneficiarios frente a una determinada actuación administrativa denegatoria acabe limitando en el tiempo sus legítimos derechos.

Afortunadamente, estas prestaciones tampoco han quedado en el olvido de la doctrina iuslaboralista. De ahí que siempre resultan de agradecer cuantas aportaciones doctrinales se efectúan al respecto. Más aún si se trata de obras tan recientes e importantes como, por ejemplo, la llevada a cabo por MAS GARCÍA, E.: *Las prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016 y a la que ahora desde este pódico final no me corresponde sino remitirme para un estudio más detallado y exhaustivo de las pensiones en favor de familiares.

Laborem

5. Desempleo

**Salarios de tramitación concurrentes con desempleo:
devolución parcial y no íntegra de la prestación**

**Concurrent processing wages with unemployment: partial and
not complete return of the benefit**

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

*CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA*

Resumen

La prestación por desempleo deberá ser objeto de reintegro en la cuantía percibida por el beneficiario como salarios de tramitación. Entre las dos soluciones posibles, a saber, la devolución íntegra de la prestación percibida o tan sólo aquella parte concurrente con el período y la cuantía de los salarios de tramitación, los tribunales han optado por esta última. Incluso han sido más flexibles aún, considerando no tanto la cuantía de los salarios de tramitación que el trabajador debiera percibir sino la realmente percibida. Con todo, circunstancias como una decisión empresarial no ajustada a derecho al tratarse de un despido improcedente o nulo, la concesión sobrevenida de dichos salarios, las nuevas reglas de compatibilidad entre prestaciones y trabajo y, en especial, el hecho de que la indemnización por despido sea compatible tanto con la prestación como con el subsidio por desempleo, deberían permitir relativizar aún más la solución alcanzada.

Abstract

The unemployment allowance shall be for reinstatement in the amount perceived as wages processing. Between two possible solutions, namely, the full return of the benefit or only that portion concurrent with the period and the amount of wages processing, the courts have chosen for the latter. Even they have been more flexible still, considering not so much the quantity of the wages of processing that the worker must perceive but the really perceived one. However, circumstances such as a business decision not adjusted right it is an unfair or null dismissal, the new rules of compatibility between benefits and work and, especially, the fact that the indemnification is compatible with the unemployment should, allow further relativizing the solution reached.

Palabras clave

Desempleo, salarios de tramitación, despido, incompatibilidad, prestación indebida

Keywords

Unemployment, processing wages, dismissal, incompatibility, undue benefit

1. EXPEDIENTE DE REVISIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO TRAS EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO: LOS HECHOS

1. En STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora en reclamación contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) sobre su prestación por desempleo. Previamente, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia había dictado sentencia el 10 de febrero de 2013 recaída en suplicación y, con anterioridad, fue el Juzgado de lo Social núm.6 de Murcia de 30 de enero de 2013 quien conocería de la demanda de la actora.

El conflicto surge como consecuencia de la resolución dictada por el SPEE el 27 de enero de 2009 reconociendo a la actora prestación por desempleo con efectos de 9 de enero, con una duración de 360 días y con una base reguladora diaria de 46,01 euros. La actora

había sido despedida con fecha 31 de agosto de 2008 por la empresa “Aglomerados del Mediterráneo, S.A.”. Contra dicho acto extintivo de la relación laboral accionó judicialmente, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social núm.6 de Murcia el 16 de septiembre de 2009, declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa a abonar a la demandante la cantidad de 8.296,5 euros en concepto de indemnización y de 12.634,02 euros en concepto de salarios de trámite. El FOGASA abonaría a la actora un total de 150 días de salarios de tramitación por importe de 7.317 euros.

Como consecuencia del reconocimiento judicial de la improcedencia del despido, el SPEE inicia un expediente de revisión de la prestación de desempleo con propuesta de revocación, notificándose a la actora el 12 de noviembre de 2010. Asimismo, en dicha comunicación se le informaba que, de conformidad con la legislación vigente, podía volver a percibir una nueva prestación de desempleo, con fecha de efectos desde la finalización del periodo de salarios de tramitación, si formulaba solicitud en el plazo de quince días desde la recepción de dicha comunicación. La actora no formuló la referida solicitud. Con posterioridad, y mediante resolución del SPEE de 9 de febrero de 2011, se procedería a revocar la resolución anterior dictada el 27 de enero de 2009, declarando indebidamente percibida la prestación por desempleo en el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2009 y el 22 de noviembre de 2009 por importe de 9.053,71 euros. Contra esta última decisión administrativa, la actora interpuso reclamación previa, siendo esta última desestimada por resolución de 26 de junio de 2011.

2. Con estos antecedentes se inicia el proceso judicial que culmina con la sentencia objeto de análisis. Inicialmente, el Juzgado de lo Social número 6 de Murcia estimaría parcialmente la demanda presentada contra el SPEE en sentencia de 30 de enero de 2013. Contra la misma, la actora formulará recurso de suplicación dictando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia la mencionada sentencia de 10 de diciembre de 2013 en la que se desestimará el recurso interpuesto, confirmando el pronunciamiento de instancia. El Tribunal Superior de Justicia de Murcia entiende en dicha sentencia que la prestación por desempleo le fue reconocida a la actora desde la fecha del despido, habiendo percibido la misma desde el día 22 de noviembre de 2009. Condenada la empresa al pago de los salarios de tramitación, el FOGASA abonará alguna cantidad correspondiente a dicho período y con el mismo carácter pero se trata de una cuestión ajena a este proceso, en el que se ventila únicamente la percepción indebida de la prestación. Dejada sin efecto la misma, al carecer la actora del derecho a tal prestación al haber sido reconocidos los salarios de tramitación en período coincidente, aquélla debió solicitar la prestación una vez transcurrido el período de salarios de tramitación a fin de evitar la doble percepción, sin que, en este caso, se hubiese ejercitado esa posibilidad, dejándose transcurrir el plazo otorgado al efecto.

Contra esta decisión, la actora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina fundado en la contradicción de la sentencia recurrida –esto es, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de diciembre de 2013– con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 1 de febrero de 2011, Ar. 920. La solución la alcanza el Tribunal Supremo en esta sentencia de 2 de marzo de 2015, Ar. 1285, objeto de comentario y cuya fundamentación jurídica se expone a continuación.

2. LA CONDENA A DEVOLVER LAS CANTIDADES CORRESPONDIENTES A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PERCIBIDA EN EL PERÍODO COINCIDENTE CON LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN ABONADOS: LA DOCTRINA JUDICIAL

1. El Tribunal Supremo analiza, en primer lugar, la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 LJS y que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste fue dictada por el Tribunal Supremo el 1 de febrero de 2011, Ar. 920. En ella se procedió a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SPEE contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 2009, Ar. 334/2010 en el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Madrid de 7 de octubre de 2008. Consta en dicho pronunciamiento del Tribunal Supremo que la también actora prestaba servicios por cuenta de la empresa DIA S.A, habiendo sido despedida el día 4 de julio de 2005. Solicitada la prestación de desempleo, le fue reconocida por resolución de fecha 11 de julio de 2005, con una base reguladora de 37 euros diarios y una duración de 600 días (desde el 11 de julio de 2005 al 10 de marzo de 2007). Impugnado el despido, el Juzgado estima la demanda, declara la improcedencia y condena a la empresa a abonar a la demandante los salarios de tramitación (5.233,20 euros). La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia. La empresa optó por la indemnización y abonó a la demandante 14.092,26 euros, de los que 8.859,06 corresponden a indemnización y el resto a salarios de tramitación, pero la demandante ya estaba percibiendo la prestación por desempleo. Mediante resolución del SPEE, se revoca y anula la anterior resolución por la que se reconocía a la actora el derecho al cobro de prestación por desempleo, declarando el cobro indebido de la prestación y solicitando el reintegro de 13.302 euros.

2. Pues bien, entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LJS. Se trata, en ambos casos, de trabajadoras a las que se les ha reconocido prestación por desempleo tras ser despedidas, la perciben y, tras impugnar el despido, se les reconoce la improcedencia del mismo con la correlativa condena a los salarios de tramitación. Durante un período limitado de tiempo concurren la percepción real de la prestación por desempleo y el abono –retroactivo– de salarios de tramitación, sin que, en ningún caso, las trabajadoras en cuestión hayan puesto este hecho en conocimiento del SPEE, ni hayan solicitado la reanudación de la prestación, una vez superado el período de coincidencia salarios de tramitación/prestación de desempleo, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. Y, así, en tanto la sentencia recurrida entiende que el trabajador ha de devolver la totalidad de la prestación de desempleo percibida, la de contraste razona que únicamente procede la devolución de las cantidades correspondientes al periodo en que hubo coincidencia en la percepción de los salarios de tramitación y la prestación de desempleo.

Se considera irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida el FOGASA abonara parte de los salarios de tramitación y en la de contraste los abonara la propia empresa ya que lo determinante, por ser ésta la cuestión discutida, es que exista coincidencia en un periodo concreto en el que el trabajador ha percibido los salarios de

tramitación –de la empresa o del FOGASA– y la prestación por desempleo. A la vista de tales datos, el Tribunal Supremo entiende que se presentan las identidades exigidas por el artículo 219 LJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

3. La STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 analiza, en su fundamento jurídico tercero, la cuestión controvertida si bien decide remitirse a lo expuesto en una de las sentencias de contraste. Pero no a la recurrida sino a la señalada en contradicción, esto es, a la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 en la que se precisan las consecuencias que, sobre la prestación por desempleo reconocida a un trabajador, ha de tener el percibo de salarios de tramitación durante un tiempo parcialmente coincidente con aquélla, por aplicación de lo dispuesto en la letra a) del número 5 del artículo 209 LGSS (hoy, 268.5 LGSS). Y lo hace apelando a la coherencia ya que se trata de una decisión adoptada en unificación de doctrina que supone seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. Aquella STS de 1 de febrero de 2011, Ar. 920 –hoy confirmada con esta de 2 de marzo de 2015, Ar. 1285– sirvió para rectificar una doctrina anterior expuesta, fundamentalmente, por la STS 22 de junio de 2009, Ar. 4426.

Como se expusiera, la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 que ahora se ratifica consideraría que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida que es el despido de la que no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después un hecho –la percepción de los salarios de tramitación– que exige su regularización. “Por ello, aunque es cierto que incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la entidad gestora la existencia del instrumento legal, del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción *indebida* de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación” (FJ 5).

4. En atención a lo expuesto, y en relación al objeto de litigio, de todo el periodo en el que percibió prestación de desempleo únicamente le fueron abonados salarios de tramitación por parte del FOGASA durante 150 días, luego éste es el período durante el cual la actora no tenía derecho a percibir la prestación por desempleo. No en vano, constituye ésta la percepción que ha de ser considerada indebidamente percibida y, en consecuencia, es ésta la cantidad que corresponde reintegrar al SPEE, no así la totalidad de la prestación por desempleo.

Razón que conduce a la Sala a estimar el recurso formulado, limitando la obligación del trabajador beneficiario a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en la parte que simultaneó con salarios de tramitación, esto es, las referidas al período de 150 días en el que cobró los salarios de tramitación abonados por el FOGASA. Procede, así, a casar y anular la sentencia recurrida, limitando la obligación de devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador en los términos señalados, sin costas.

3. LA CUESTIONABLE CALIFICACIÓN COMO “INDEBIDAMENTE” PERCIBIDA DE UNA PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA INCERTIDUMBRE DE LA CALIFICACIÓN DE UN ACTO UNILATERAL DEL EMPRESARIO COMO ES EL DESPIDO: LA VALORACIÓN CRÍTICA

3.1. Vigencia residual de los salarios de tramitación

3.1.1. La progresiva desaparición de los salarios de tramitación

1. La constante preocupación empresarial por el coste del despido en España se ha visto reflejada en sucesivas reformas en relación a los salarios de tramitación. Entre otras, y primero (Ley 45/2002, 12 de diciembre, BOE, 13), con la posibilidad de aceptar la improcedencia del despido en el acto de conciliación previa si el empresario ponía a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas la indemnización correspondiente o, de ser rechazada por el trabajador, consignando el importe de la misma en el Juzgado de lo Social a fin de evitar el abono de los salarios de tramitación. La segunda, más recientemente, desde la entrada en vigor de la reforma de 2012 [12 de febrero de 2012, (RD-L 3/2012, 10 de febrero, BOE, 11 y Ley 3/2012, 6 de julio, BOE, 7)], en virtud de la cual se suprimen los salarios de tramitación, salvo excepciones, cuando se opte por la indemnización, no así si se decidiera readmitir al trabajador.

Como es sabido, con anterioridad a esta última reforma de 2012, la calificación del despido como improcedente o nulo conllevaba necesariamente el abono de los salarios de tramitación, esto es, el pago de los días que suceden a la comunicación del despido y hasta la calificación del mismo. Ya desde la reforma de 2002, el empresario disponía de tres formas de evitar el pago de los salarios de tramitación: a) entregar la carta de despido, reconocer su improcedencia y ofrecer la indemnización correspondiente sin impugnación del trabajador; b) la misma situación pero con impugnación del trabajador, en cuyo caso, y para dejar de abonar salarios de tramitación, el empresario podía consignar la cantidad correspondiente a la indemnización en el plazo de cuarenta y ocho horas, comunicándoselo al trabajador; y c) finalmente, el empresario podía admitir en el trámite de conciliación previa la improcedencia del despido, depositando la cantidad correspondiente a la indemnización y a los salarios de tramitación devengados hasta esa fecha.

Ahora, tras la reforma operada en 2012 en la normativa laboral, sólo deberán abonarse salarios de tramitación cuando el empresario opte por la readmisión del trabajador. Dicha readmisión puede producirse o bien antes de la notificación de la sentencia judicial o bien con posterioridad a la misma. Con anterioridad, cuando las partes en conflicto decidían de mutuo acuerdo la reincorporación del trabajador. Con posterioridad, por voluntad del empresario –si opta por la readmisión–, por voluntad del trabajador –si es a él a quien corresponde la opción y realiza esta elección– o por imposición de la ley –cuando el despido es calificado como nulo, en cuyo caso sólo procede la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo– o, en fin, cuando, como expone el art. 56.3 LET, el empresario no señala expresamente el sentido de su opción –pues, de ser así, se entenderá que opta tácitamente por la readmisión–.

2. El legislador justifica esta modificación normativa considerando que el tiempo de duración de un proceso judicial no puede resultar un criterio adecuado para compensar el

perjuicio que supone la pérdida del empleo. En ocasiones, dichos salarios han actuado únicamente como incentivo para activar estrategias procesales dilatorias. Por eso, en la actualidad, y en virtud de lo dispuesto en el art. 56.2 LET, en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Una de las principales objeciones a esta reforma es que, con la misma, se incrementa la judicialización del despido toda vez que el empresario no tendrá ya aliciente alguno para consensuar en vía extrajudicial una posible solución si sabe que el importe de la indemnización será el mismo aunque se judicialice la controversia. No en vano, si bien antes podía temer la dilación en el proceso y el pago, en consecuencia, de los salarios de tramitación, ese temor ahora ha desaparecido ya con la reforma. De hecho, la negociación extrajudicial de antes podía conllevar un incremento de la indemnización mínima tasada por la ley para “liberar” al empresario no sólo del proceso sino de los salarios de tramitación en caso de improcedencia. Ahora ya no es necesario y no será previsible que aquél acepte negociación alguna y, mucho menos, un incremento de la indemnización legal. Es más, si bien antes necesitaba disponer del importe de la indemnización en el momento de la conciliación, ahora puede esperar a que se pronuncie el juez sobre la calificación del despido para proceder al pago correspondiente.

Constituirá éste un motivo de oposición constitucional en el recurso planteado contra la citada reforma. Y, así, los recurrentes estimarían la nueva redacción del art. 56.2 LET contraria a los arts. 35.1 y 14 CE, respectivamente. Al limitar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación exclusivamente al supuesto en que el empresario opte por la readmisión del trabajador tras la declaración de la improcedencia del despido, se está favoreciendo la extinción definitiva de la relación laboral en contra de la estabilidad en el empleo que proclama el art. 35.1 CE.

Pero la STC 8/2015, tras haber rechazado ya esta tesis en el Auto 43/2014, procede a reiterar que se trata de una opción legislativa que entra dentro del margen de libertad de configuración de las relaciones laborales atribuida por la Constitución Española al legislador. No es función del Tribunal enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles. Con independencia de que la opción del legislador pueda resultar más o menos atractiva, la elección efectuada cuenta con una justificación que, no pudiendo calificarse de irrazonable, debe ser considerada como suficiente para legitimarla. Por lo demás, la alegación de vulneración del art. 14.1 CE por entender que esta regulación supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada entre los empresarios que optan por la readmisión frente a quienes lo hacen por la extinción también es rechazada en este pronunciamiento por cuanto se pretende comparar las consecuencias jurídicas derivadas del libre ejercicio de una opción personal. Tampoco existe diferencia de trato entre los trabajadores cuya relación se ha mantenido en vigor como consecuencia de la readmisión respecto de quienes han extinguido su relación en la fecha del despido ya que constituye una opción del legislador ordinario que puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad (FJ 8).

3.1.2. La pervivencia de los salarios de tramitación más allá de la readmisión del trabajador

1. Con todo, no son pocas las situaciones en las que cabe seguir planteando la efectividad de los salarios de tramitación.

Una de ellas es aquella en la que, por cierre de la empresa o por inactividad de la misma o, en general, por incomparecencia en juicio de la empresa, la opción no pueda efectuarse porque la readmisión no sea posible. En este caso, se impone el pago de la indemnización pero se cuestiona si cabe la referencia a los salarios de tramitación o no. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 286 LJS, acreditada la imposibilidad de readmisión del trabajador por cese o cierre de la empresa, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará que se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir. Por lo tanto, procede aquí también el pago de los salarios de tramitación.

Comoquiera que el art. 286 LJS citado constituye un precepto que regula supuestos sobre ejecución de sentencias de despido, el art. 110 LJS señala asimismo que, a solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia. A diferencia del supuesto anterior, aquí es el demandante (trabajador) el que decidirá si directamente se declara el despido improcedente en la sentencia –y, por tanto, no se generan salarios de tramitación– o espera a una posterior fase en la que sí se declararían dichos salarios, ya en ejecución. Y no es necesario que la empresa haya cerrado o no tenga actividad alguna sino, como indica el citado art. 110 LJS, basta con que la opción por la readmisión haya devenido imposible. Cuestión más discutible es si la posibilidad de solicitar que se anticipe en la sentencia de despido la opción de la indemnización por imposibilidad de la readmisión corresponde también al FOGASA. De aceptarse, se ahorraría éste el posible abono de los salarios de tramitación en caso de llegar a la fase de ejecución de la sentencia.

Es cierto que el art. 110.3 LJS indica que la opción el empleador deberá efectuarse “sin esperar a la firmeza” de la sentencia notificada. Pero puede ocurrir que la sentencia se recurra, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el art. 111 LJS. Si se ha optado por la readmisión, el empleador está obligado a proceder al reingreso del trabajador de forma provisional. Sin embargo, si se decidiera pagar la indemnización y el trabajador (o el empleador) recurriera la sentencia, el trabajador permanecerá en situación legal de desempleo por lo que se considerará que, tanto la indemnización como los salarios de tramitación, proceden hasta el momento en que se notificó la sentencia o se produjo la opción por el empleador. Sólo si la sentencia que resuelve el recurso eleva la cantidad indemnizatoria podrá el empleador variar el sentido de su opción pasando a readmitir al trabajador, retrotrayendo los efectos económicos “a la fecha en que tuvo lugar la primera elección”, *ex* art. 111.1.b) LJS. Mas, si se confirma la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado (art. 111.2 LJS). Tanto en un supuesto como en otro, si la nueva sentencia declarase la nulidad del despido, la opción ejercitada se tendrá por no efectuada (art. 111.2 LJS) y, en ninguno de estos casos, se generará derecho a salarios por el proceso impugnatorio toda vez que el trabajador devengará prestación por desempleo. En todo caso,

la indemnización no se calculará –como se haría si el empresario hubiera aceptado la calificación de la improcedencia del despido en el acto de conciliación– en función de la fecha del despido sino en relación a la fecha de la sentencia dictada.

Sea como fuere, el trabajador deberá ponderar si, en una empresa con dificultades económicas y cuyas deudas laborales abonará previsiblemente el FOGASA, dilatar el proceso para obtener salarios de tramitación resulta eficiente. No en vano, el trabajador sabe que las cantidades máximas a abonar por este organismo se hallan tasadas legalmente y no podrán ser superadas por dilaciones procesales de las partes.

2. Por otro lado, conviene precisar un matiz normativo que la reforma ha contribuido a enturbiar. En efecto. La Exposición de Motivos afirmaba sin ambages que con ella se anulaba la posibilidad de reconocimiento de la improcedencia en el acto de conciliación (despido express). Desaparece la “posibilidad” pero también la “necesidad” de consignar en cuarenta y ocho horas el importe de la indemnización para evitar los efectos de los salarios de tramitación.

Pero eso no significa que deje de tener efectos cualquier tipo de acuerdo extrajudicial interpartes por el que se reconozca la improcedencia del despido y el abono de la indemnización correspondiente. Sigue siendo posible la conciliación y, por ende, la conformidad de las partes con la calificación. En tal caso, la fecha de efectividad del despido será la consignada en la notificación o, quizá, la consignada en el pacto de aceptación del trabajador pero no será necesaria una sentencia que reconozca y ratifique la calificación del despido como improcedente.

3. Del mismo modo, se entiende que, si la empresa acuerda con el trabajador la reincorporación en el acto de conciliación, no tendrá que pagar, en caso de judicialización, dichos salarios (STS 17 de diciembre de 2013, Ar.8207). Asimismo se considera que sólo procede abonar salarios de tramitación hasta la fecha de finalización de temporada o campaña en el caso de fijos discontinuos si aquella finalizara antes de la sentencia que declara el despido nulo o improcedente siempre que, en este último supuesto, se opte por la readmisión (STS 2 de julio de 2013, Ar.6244). Finalmente, se estima que son salarios de tramitación los que se deducen desde la fecha en que debió incorporarse el trabajador excedente voluntario cuando solicitó readmisión y no fue readmitido o no obtuvo respuesta a su petición hasta la fecha en que se dictó sentencia (ATS 15 de septiembre de 2015, Ar. 245268).

Se cuestiona, así, una afirmación hasta el momento clásica como es el carácter constitutivo que la decisión extintiva del empleador posee en el art. 49.1.k) LET, carácter que se ratifica en el art. 56.1 LET cuando precisa que la extinción del contrato se produce desde “la fecha del cese efectivo en el trabajo”. Como es sabido, desde los años noventa, la jurisprudencia viene defendiendo este carácter constitutivo del acto de despido. Así, la STS 7 de diciembre de 1990, Ar. 9760 afirma cómo “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en término generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos del despido nulo” (FJ 5). Esta doctrina rectifica una anterior en la que se entendía que el despido no extinguía por sí mismo el contrato sino que éste quedaba sujeto a condición resolutoria a expensas de su calificación. “Al producirse el despido del trabajador por la empresa, la

relación laboral queda pendiente de una condición resolutoria... en cuyo momento y con efectos *ex tunc* al momento de haberse acordado por la empresa, la relación se considera extinguida; por lo que hasta que dicha condición no se ha cumplido, la relación se considera existente” (STS 8 de abril de 1986, Ar. 1893, FJ 2).

Como señalara la doctrina, el empleador que procede al despido actúa con poder resolutorio, aunque no exista incumplimiento por el trabajador o la falta no tenga suficiente entidad o no se halle tipificada como causa legal¹. En conclusión, el mero acto del despido extingue la relación jurídica sin que deba esperarse a la resolución judicial para que se produzca dicha extinción. La decisión empresarial de despedir rompe la relación laboral, sin perjuicio de que después se determine la improcedencia o nulidad de la misma. Por eso, el art. 55.7 LET declara que “el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”.

Pese a ello, se plantean otras posibilidades tales como tener en cuenta la fecha de la del hecho que justifica la extinción (comisión de la falta grave del trabajador) o la de la impugnación judicial del despido (presentación de la demanda por despido) o la de la firmeza de la sentencia. Sea como fuere, y puesto que se trata de una decisión causal, las normas internacionales (entre otras, el art. 10 del Convenio 158 OIT, de 1982 y ratificado por España en 1985) prevén unas consecuencias (readmisión o indemnización) si no existe causa que justifique la decisión empresarial. Por tanto, y sin perjuicio de que los efectos extintivos se retrotraigan a la fecha del despido (*ex tunc*), el derecho del empleador a decidir sobre restablecer la relación o mantener su ruptura no puede ser ejercitado hasta que no exista una calificación judicial del despido.

3.1.3. Las consecuencias de la subsistencia de los salarios de tramitación

1. Los salarios de tramitación se definen legalmente como “una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo” (art. 56.2 LET). En todo caso, con ocasión del abono de los salarios de tramitación “el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerarán como de ocupación cotizada a todos los efectos” (art. 209.6 LGSS).

Su naturaleza jurídica, salarial o indemnizatoria, no ha resultado pacífica y ha provocado un constante debate en la jurisprudencia social. Inicialmente, las primeras manifestaciones jurisprudenciales aludían a su consideración como salario (por todas, STS 7 de julio de 1994, Ar. 6351, en especial, FJ 3). Los argumentos fueron variando a lo largo de la historia. El Estatuto de los Trabajadores comenzaría refiriéndose a una “indemnización complementaria por salarios de tramitación” pero pasó a regular los “salarios de tramitación”, privándoles del sentido indemnizatorio; la norma laboral aludía a ellos siempre como “salarios dejados de percibir” y no como indemnización; la protección por desempleo surgía –de existir salarios de tramitación– cuando éstos finalizaban por lo que no cabía más que una interpretación salarial de los mismos; este tipo de salarios se consideraban

¹ ALONSO OLEA, M., *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pág. 149.

“ocupación cotizada”, reforzando su carácter salarial; y, por último, y entre otros muchos argumentos a favor de su naturaleza salarial, el empresario debía cotizar por ellos como si de una contraprestación salarial se tratara, algo que no ocurría en el caso de las indemnizaciones.

Con el tiempo, ha prevalecido la tesis indemnizatoria (por todas, STS 4 de marzo de 1997, Ar. 3039, en particular FJ 3 considerando los salarios de tramitación en los mismos términos que la indemnización a efectos de consignación de la cantidad adeudada). El hecho de que la relación jurídica se halle extinguida durante el proceso es un argumento que refuerza su consideración indemnizatoria y no salarial; no se abona la actividad laboral del trabajador, inexistente desde que el despido se produce; además, y aunque en relación al despido nulo la norma laboral alude a los “salarios dejados de percibir”, cuando se refiere al despido improcedente, la readmisión incluye los salarios de tramitación como equivalente a una “cantidad igual a los salarios dejados de percibir”; por otra parte, el hecho de que el FOGASA deba hacerse cargo de los mismos en los supuestos de insolvencia no predetermina su naturaleza salarial puesto que dicho organismo también abona indemnizaciones; por lo demás, la obligación de cotizar por estos salarios de tramitación no supone su naturaleza salarial por cuanto, desde hace casi más de dos décadas, la integración en la base de cotización se rige por criterios tributarios y no estrictamente salariales, pudiendo incluirse cantidades que no son salario y excluirse algunas que sí lo son; finalmente, la legislación laboral permite al empresario exonerarse del pago de los salarios de tramitación o de una parte de los mismos si el trabajador encontrara un empleo, lo que refuerza su naturaleza indemnizatoria y no salarial.

Es cierto que la norma laboral distingue sutilmente entre los salarios de tramitación que se derivan de un despido nulo y aquellos que provienen de un despido improcedente. En el primer caso, se trata de abonar “los salarios dejados de percibir” (art. 55.6 LET) y, en el segundo, “una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir” (art. 56.1 LET), por lo que podría interpretarse que los primeros constituyen salario y los segundos indemnización. Mas, aun cuando se aceptara esta hipótesis, lo que no tendría sentido sería que la indemnización por despido (calculada desde el momento en que se extingue la relación, esto es, desde la fecha del despido) recibiera un tratamiento dispar al de los salarios de tramitación (considerados como indemnización y calculados como una “cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir”, *ex art. 56.1 LET*)² (Lourdes López Cumbre, Cuadernos Civitas).

2. Con todo, los salarios de tramitación son considerados por el legislador como “salario” y, en consecuencia, están sometidos a las reglas de tributación y de cotización propias del mismo. Procederá el alta y la cotización durante el período en que se devenguen. Su gestión supondrá que, tras haber dado de baja al trabajador con el despido, la empresa deberá darle de alta con efectos retroactivos y abonar la cotización correspondiente. Por esta razón, la TGSS tramitará el alta con efectos retroactivos al conocer la sentencia que obliga a la empresa al abono de los salarios de tramitación.

² LÓPEZ CUMBRE, L., “Calificación como créditos contra la masa o créditos concursales de la indemnización y de los salarios de tramitación derivados de un despido improcedente efectuado con anterioridad al concurso y ejecutado con posterioridad al mismo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.98, 2015, pp. 83-98.

3.2. Concesión de la prestación por desempleo y posterior reconocimiento de salarios de tramitación: concurrencia sobrevenida y prestación indebida

3.2.1. El despido y no la calificación del despido como situación legal de desempleo que determina el derecho a la prestación

A) La tortuosa regulación sobre salarios de tramitación y desempleo

1. Una cuestión más delicada es la de la obligación de devolución, en su caso, de los salarios de tramitación percibidos por el trabajador. Tal situación puede darse, entre otras, cuando, recurrida la sentencia, se establece una calificación distinta a la inicial o cuando el trabajador hubiera trabajado en otra empresa y hubiera percibido un salario de la misma (incluido el alta como trabajador por cuenta propia o autónomo) o cuando se dicte sentencia transcurridos 90 días hábiles tras haber abonado la empresa los respectivos salarios de tramitación al trabajador, *ex art.* 116.1 LJS.

De algún modo, éste es el apartado en el que se enmarca la sentencia objeto de análisis en este comentario toda vez que en ella se plantea la incompatibilidad de estos salarios con la percepción de la prestación de desempleo. En efecto. De conformidad con el art. 268.5 LGSS, cuando el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización o, en su caso, la de la resolución judicial. Por su parte, si se produjera la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador. De ser así, la entidad gestora (SPEE) cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la TGSS las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que le hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

A estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el art. 295.1 LGSS, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la de los salarios de tramitación. En atención al mismo, corresponderá a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario. Transcurrido el respectivo plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la TGSS proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en esta ley. Por último, y según dispone el art. 268.6 LGSS, en los supuestos de despido improcedente, el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, período que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

2. La regulación expuesta y contenida en el actual art. 268 LGSS constituye traslación íntegra del antiguo art. 209 LGSS/1994, antes de la refundición llevada a cabo por el RD-Leg. 8/2015, 30 de octubre, BOE, 31. Hasta llegar al mismo hace falta apuntar su introducción como apartados añadidos al primigenio texto del art. 209 LGSS/1994 por la Ley 45/2002, 12 de diciembre, BOE, 13, una modificación de menor relevancia en la DF 3.2 de la Ley 42/2006, 28 de diciembre, BOE, 29 y la introducción de la letra a) del art. 209.5 LGSS/1994 por la DF 5.3. de la Ley 3/2012, 6 de julio, BOE, 7 que es la que recoge la vigente dicción del art. 268 LGSS.

Pero, a lo largo de la historia de este precepto, la normativa aplicable no ha tenido el mismo sentido. De hecho, la modificación operada por la Ley 45/2002 sobre el originario art. 209 LGSS/1994 permitió introducir el apartado 5 del mismo con una regulación distinta a la actual. Allí, el legislador decidió diferenciar, en el caso de despido improcedente con derecho a indemnización, entre los supuestos en los que el trabajador tenía derecho a los salarios de tramitación y los que no. En el supuesto de que no tuviera derecho a los mismos, continuaría percibiendo las prestaciones por desempleo o comenzaría a percibirlas si no las hubiera obtenido todavía. Pero, si tuviera derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones por desempleo, “comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios”. Y “si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibirlas, considerándose indebidas, y podrá volver a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador”. Como en la actualidad, cuando se produjera la readmisión del trabajador, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador.

B) La aceptación jurisprudencial del despido y no de su calificación como situación legal de desempleo

1. La evolución normativa se traducirá, lógicamente, en la distinta aplicación que de la misma han hecho los tribunales. La decisión más importante se produce con la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920. Es este pronunciamiento el que observa la distinta regulación introducida en esta materia por la Ley 45/2002 citada. En primer lugar, porque, desde entonces, el despido determina la existencia de la situación de desempleo y el derecho al percibo de las correspondientes prestaciones, razón por la que el art. 209.4 LGSS/1994 señalara que “en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo”. Pero, en segundo término, por la contradicción que supone reconocer que “si el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios ...” (art. 209.5 LGSS/1994), mientras que, el mismo precepto (art. 209.4 LGSS/1994), establece, por un lado, la posibilidad de obtener la prestación por desempleo desde el momento del despido sin necesidad de impugnarlo y, por otro, que, en caso de que exista un periodo que corresponda a salarios de tramitación, se ha de entender que el nacimiento del derecho a las prestaciones se produce una vez transcurrido dicho periodo.

La situación puede parecer clara cuando el trabajador no hubiera reclamado el desempleo inmediatamente después del despido, procediendo después de haber percibido los salarios de tramitación abonados por la empresa, o cuando se opte por la “regularización” a la que se refería el antiguo art. 209.5 LGSS/1994. Sin embargo, esta STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 entenderá que, si se trata de un trabajador que comienza a percibir las prestaciones por desempleo inmediatamente después del despido, “no cabe decir que el nacimiento del derecho se produjo después de finalizado el periodo que corresponde a salarios de tramitación, teniendo en cuenta que la prestación por desempleo no es doble, sino una sola, que nace desde la extinción del contrato de trabajo y sobre la que se proyectarán las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, como es el supuesto en el que al trabajador se le conceda el derecho a percibir salarios de tramitación después de reconocido el derecho a la prestación” (STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, FJ 4).

2. Que la regulación de este precepto 209 LGSS/1994, tras la modificación operada en el mismo por la Ley 45/2002, resultaba compleja ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad por la STS 26 de marzo de 2007, Ar. 3326. En ella se afirmaba que “las finalidades de la compleja regulación contenida en el precepto son esencialmente dos: 1ª) por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al periodo de percepción inicial; 2ª) por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo...” (FJ 3).

Afirmación que comparte y subraya la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 considerando que dicha regulación “puede comportar muchos elementos de hecho variables derivados, entre otras situaciones posibles, por ejemplo del momento en que se cobran esos salarios de tramitación –en ocasiones después de terminar las prestaciones por desempleo– si se abonan en todo o en parte, o si lo hace la empresa o el Fondo de Garantía Salarial” (FJ 4).

Para resolverlo, se señala que el art. 209.5 LGSS/1994 comienza advirtiendo que “si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibirlas, considerándose indebidas”, expresión que “tiene el alcance más bien de norma específica de incompatibilidad, de imposibilidad de percibir de manera simultánea prestaciones y salarios de tramitación, puesto que ambas percepciones vienen a compensar lo mismo, esto es, la falta de percepción salarial, de ingresos, durante un determinado periodo” (STS de 28 de octubre de 2003, Ar. 7870, FJ 2). Y, además, atendiendo a la dicción inicial del art. 209.5 LGSS/1994 en virtud de la cual “podrá volver a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación de abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido”, el Tribunal Supremo precisa su solución. Y, así, si, como se anticipara, no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, la que se obtiene cuando se produce la situación legal de desempleo protegida –el despido– y la que será fruto de la regularización cuando se conozca el título del que derivan los salarios de tramitación, sino que “la propia norma expresa que se trata de una adecuación, normalización o actualización” (regularización) de lo que se dice que es, en singular, “el derecho inicialmente reconocido”, en el que la existencia de los salarios de tramitación no podían dejar de tener incidencia, ante la indiscutida incompatibilidad con las prestaciones por desempleo (STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, FJ 4).

3. El problema surge entonces al interpretar el mandato contenido en el art. 209.5.a) LGSS/1994 que obliga al trabajador a trasladar a la entidad gestora el reconocimiento de los salarios de tramitación, pero con una cierta discrepancia o contradicción de concepto en relación con lo que en el párrafo anterior era la “regularización” de la prestación inicial, pues ahora se dice que “deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones”, como si se tratara de un nuevo derecho independiente del anterior.

Y el Tribunal resuelve dicha discrepancia “partiendo de la realidad de que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida, como antes se dijo, que es el despido [art. 208.1 c) y 209.4 LGSS/1994] de la que no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después un hecho –la percepción de los salarios de tramitación– que exige su regularización. Por ello, aunque es cierto que incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la entidad gestora la existencia del instrumento legal, del título en virtud del cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción *indebida* de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación” (STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, FJ 5).

4. Sin duda, una decisión importante –no exenta de controversia a juzgar por los votos particulares que acompañan a la misma– toda vez que el Tribunal Supremo se aparta de la anterior doctrina dictada en casación en la STS 22 de junio de 2009, Ar. 4426. A diferencia de lo que ahora decide, el Tribunal Supremo optó, en aquella ocasión, por seguir el régimen general previsto en el art. 209.5.a) LGSS/1994 de modo que el actor debía cesar en el percibo de las prestaciones por desempleo con la sanción de la devolución de las percibidas por no haber comunicado a la entidad gestora la existencia de un título que daba lugar al cobro de los salarios de tramitación.

Ahora se minora la “sanción”, deduciendo que existe incompatibilidad en la percepción de salarios y prestación pero que sólo será mientras exista superposición de los periodos concurrentes. De ahí la obligación de devolver parcialmente la prestación indebida y no la totalidad de la misma. Con consecuencias no baladíes. Así, si se reintegra la prestación por desempleo (parcialmente) deberá considerarse que no ha sido consumida por el trabajador afectado durante dicho período (STS 14 de febrero de 2012, Ar. 3765, FJ 3).

3.2.2. Algunas dificultades aplicativas de la concurrencia en el tiempo entre salarios de tramitación y prestación por desempleo

La actual redacción del art. 268 LGSS (similar a la última redacción del art. 209 LGSS/1994 introducida por la Ley 3/2012) permite deducir una serie de reglas normativas sobre la concurrencia entre salarios de tramitación y prestación por desempleo. Entre otras que: a) cuando el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, el

trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo (o comenzará a percibir las si no las estuviera percibiendo con anterioridad); b) en los supuestos de despido improcedente, el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, período que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos; c) si se produjera la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidamente percibidas por causa no imputable al trabajador; d) en caso de readmisión, la entidad gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la TGSS las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y, a su vez, el empresario deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios; y e) en todo caso, el trabajador será responsable de la devolución de lo indebidamente percibido si la cuantía fuera superior a la obtenida por salarios de tramitación.

Con todo, y pese a que la redacción actual del precepto se halla presente en el ordenamiento desde la Ley 3/2012 (requería una reforma puesto que, con la misma, “desaparecían” los salarios de tramitación), aún perviven algunos problemas aplicativos que se exponen a continuación.

A) Dificultades empresariales para conocer la prestación por desempleo concedida y su obligación legal de devolver la prestación indebidamente percibida por el trabajador

1. Existe una queja empresarial generalizada sobre la obligación de descontar una cantidad de los salarios de tramitación que no ha gestionado el empleador y respecto de la cual desconoce tanto el quantum como el quandum toda vez que no es el empresario el que conoce la misma. Se trata de una información de la que disponen el trabajador y la entidad gestora de la prestación por desempleo por lo que, en ocasiones, la empresa sólo puede precisar el importe correspondiente oponiéndose en fase de ejecución procesal para que sea el órgano judicial el que recabe la información exacta.

Y, sin embargo, se entiende que, si la empresa entrega la totalidad del importe de los salarios de tramitación al que ha sido condenada en la sentencia sin deducir lo percibido por el trabajador como prestación por desempleo, deberá reclamarse a la empresa “el ingreso de la cantidad correspondiente a dicha prestación, sin perjuicio de las acciones que quepan ulteriormente entre la empresa y la trabajadora” (STS 22 de enero de 2014, Ar. 658, FJ 2).

2. Por otra parte, se entiende que, en el caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período que deberá constar en el certificado de empresa a estos efectos. Bien es cierto que, como puede comprobarse a lo largo de este análisis, el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación. De ahí que, cuando la empresa da cumplimiento a la condena de abono de salarios de tramitación propia de la sentencia que califica el despido como improcedente, el trabajador, normalmente, ya habrá percibido prestaciones de desempleo desde el despido hasta ese momento, generándose la consabida superposición.

Pues bien, en tales circunstancias “la que se considera indebida es la prestación de desempleo, ya que lo adecuado es atribuir a ese periodo el devengo de los salarios de tramitación, por cuanto la declaración de que el despido era improcedente provoca que la relación no se extinga en la fecha del despido (la extinción se producirá en momento posterior a la sentencia y sólo de optarse por la indemnización). Tal es el régimen al que atiende el art. 209 LGSS/1994, en el que se coordina el devenir de esas prestaciones de desempleo con el resultado del acción de despido, distinguiendo según se trate de despido improcedente en el que se opta por la indemnización, de cumplimiento de la sentencia mediante la readmisión, o de declaración de extinción de la relación laboral en los casos de los arts. 281.2 y 286 LJS” (STS 14 de febrero de 2012, Ar. 3765, FJ 3).

Pero cuando se trata de la readmisión, tras la sentencia estimatoria de la demanda de despido (o por acuerdo en conciliación o, incluso, cuando la readmisión no se produzca, el art. 268 LGSS (antiguo art. 209 LGSS/1994) no sólo declara indebidas las prestaciones, sino que considera que esa circunstancia no es imputable al trabajador. Dicho precepto indica que, en tal caso, la entidad gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios. A estos efectos, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago será directamente responsable el empresario así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario. Por tanto, “el SPEE debe recuperar lo abonado y la norma legal impone a la empresa el deber de ingresar la prestación descontándola de los salarios, de suerte que, únicamente en el caso de que las prestaciones superen el importe de tales salarios, se impondrá al trabajador la obligación de devolver las diferencias” (STS 14 de febrero de 2012, Ar. 3765, FJ 3).

B) Falta de obligación de reintegrar si falla la percepción de los salarios de tramitación

1. Se considera, en coherencia, que no procede admitir la incompatibilidad expuesta si el trabajador no percibiera –pese a tener derecho a ello– los salarios de tramitación. No habiéndose producido el doble y coincidente abono, resulta imposible calificar como indebidas las prestaciones por desempleo. Es lo que sucede cuando el FOGASA reconoce el derecho a percibir indemnización pero no salarios de tramitación.

Declarada la insolvencia de la empresa, “queda acreditada la situación económica de la empresa al producirse la extinción del contrato, que acaba declarada en situación de insolvencia, lo que debe tenerse en cuenta a los efectos de resolver y en relación con la denominada «renuncia» del trabajador a los salarios de tramitación” (STS 4 de diciembre de 2013, Ar. 8166, FJ 2). Y, así, cuando los salarios de tramitación se incluyen en la condena de la empresa de la sentencia que declara el despido improcedente pero no son percibidos por la situación de la empresa, “no cabe interesar la incompatibilidad entre prestación y salarios puesto que estos últimos no han sido percibidos” (STS 23 de enero de 2013, Ar. 1425, FJ 2).

2. Conviene precisar, no obstante, en relación a lo expuesto, si la falta de reclamación de los salarios de tramitación a los que tiene derecho el trabajador supone una “renuncia” a los mismos, ya que, en tal caso, supondría la percepción íntegra de la prestación por

desempleo. De hecho, cuando se produce una falta de percepción efectiva porque, en ejecución de sentencia, se excluye de la liquidación dichos salarios, cabe considerar que la percepción de la prestación por desempleo determina la falta de reclamación por parte del trabajador. Sin embargo, no suele constar la renuncia expresa por parte del trabajador a la reclamación de dichos salarios sino la mera información de que se halla percibiendo prestaciones de desempleo. En tal caso, la eventual incompatibilidad entre salarios de tramitación y prestaciones de desempleo no puede ser analizada desde la perspectiva de una decisión clara del trabajador de renunciar a los primeros sino desde la consideración del hecho cierto e incontrovertido de su no percepción.

En la citada STS 23 de enero de 2013, el Tribunal Supremo subraya que, respecto a la cuestión de la coincidencia en el tiempo de salarios de tramitación y prestaciones por desempleo, el art. 268.5 LGSS (antiguo art. 209.5 LGSS/1994 al que hace referencia la sentencia) alude a los supuestos en que, en el proceso de despido, debiera haberse producido la readmisión pero ésta no se produjo. De ahí que el precepto se refiera al percibo de prestaciones por parte del trabajador si no las estuviera percibiendo. Por eso, sólo en el caso de estar percibiéndolas, se pone en marcha el complejo mecanismo de la restauración de la incompatibilidad al que se refiere la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, ya aludida en este análisis. No siendo así, no habiéndose producido el doble y coincidente abono, resulta imposible considerar indebidas las prestaciones de desempleo puesto que el actor procedió a efectuar toda la actividad procesal a su alcance para la ejecución de la sentencia que le había reconocido el derecho a tales salarios de tramitación, acudiendo incluso FOGASA tras ser la declaración de insolvencia de la empresa. Como advirtiera con anterioridad el Tribunal Supremo, el legislador parte de que “ha habido una doble percepción de salarios de tramitación y prestaciones de desempleo en el primer período de reconocimiento inicial de la prestación y esto hace que la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando, como consecuencia de la desaparición y/o insolvencia de la empresa, los salarios de tramitación no se han percibido. Si se aplicara esa solución, se produciría un grave y desproporcionado perjuicio al trabajador que tendrá que devolver unas prestaciones que ha disfrutado por mandato de la ley por una situación real de desempleo y cuando no ha surgido realmente ninguna causa de incompatibilidad pues no ha percibido salario alguno en el período subsidiado” (SSTS 26 de marzo de 2007, Ar. 3326, 18 de mayo de 2011, Ar. 4984, 5 de febrero de 2013, Ar. 2859, 27 de marzo de 2013, Ar. 3833 y 13 de mayo de 2013, Ar. 5143, entre otras).

C) El debate sobre la inexistencia de incompatibilidad cuando la prestación por desempleo se recibe en su modalidad de pago único

1. Especial interés despierta asimismo la diferencia entre la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido y la incompatibilidad. En este matiz repara la STS 14 de abril de 2015, Ar. 2369, porque así lo pone de manifiesto la sentencia recurrida (STSJ Andalucía –Granada– de 13 de febrero de 2014) que, a su vez, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social en la que se eximía al actor de devolver cantidad alguna de lo percibido por desempleo. En este caso, y a diferencia de lo que suele ser frecuente, el abono de la prestación se hace en su modalidad de pago único, causando alta posteriormente en el régimen especial de trabajadores autónomos. La declaración de improcedencia del despido inicial supuso la obligación de percibir salarios de tramitación que le fueron abonados al actor por el FOGASA oportunamente. En consecuencia, el servicio público de empleo le

reclama el reintegro de la prestación reconocida por ser incompatible con la percepción de los salarios de tramitación pero la sentencia del Juzgado de lo Social exime al actor de la devolución.

Para justificar la revocación parcial de la sentencia, la Sala de suplicación distingue entre el reintegro de la prestación por cobro indebido y la incompatibilidad, y considera que, durante la percepción de los salarios de tramitación, se produce un cobro indebido de la prestación por desempleo que ha de ser reintegrada, pero no es incompatible. Y, así, el hecho de ser declarada judicialmente la improcedencia del despido y el abono de los salarios de tramitación por el FOGASA por insolvencia empresarial, con posterioridad al reconocimiento de la prestación de desempleo en su modalidad de pago único para la incorporación del beneficiario a la actividad por cuenta propia, no permitiría denegar la prestación por incompatibilidad con la actividad puesto que esta actuación sería contraria al espíritu de la norma que posibilita esa modalidad de percepción precisamente para estimar el autoempleo. Pero el que no sean incompatibles no significa que no resulten reintegrables las prestaciones percibidas correspondientes al periodo cubierto por el pago de los salarios de tramitación. Una solución muy diferente a la de la sentencia de contraste (STSJ La Rioja de 14 de abril de 2011) que admite el derecho de la actora al percibo de la prestación por desempleo en la modalidad de pago único que tenía reconocida, sin necesidad de devolver lo correspondiente a los salarios de tramitación.

2. Entre estas dos posibilidades (aceptar que, como se trata de pago único no se genera obligación de reintegro de la prestación, o, admitir que existe dicha obligación, ya sea de la totalidad de la prestación o de la parte concurrente con la cuantía de los salarios de tramitación), el Tribunal Supremo opta en esta STS 14 de abril de 2015, Ar. 2369 por la doctrina de la sentencia recurrida, apoyando su decisión, asimismo, en la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920.

De esta forma entiende que la indebida prestación sólo es predicable de los lapsos temporales en que la misma se ha compaginado con el percibo de salarios de tramitación, pues es únicamente esa situación la que origina la incompatibilidad y da lugar a la correspondiente obligación de reembolso. Doctrina que considera aplicable a la prestación de desempleo en la modalidad de pago único toda vez que “la finalidad del pago único, como medida favorecedora del trabajo por cuenta propia, no implica que su naturaleza jurídica difiera de la prestación de desempleo fraccionada cuyo derecho deriva en ambos casos de una prestación de servicios por cuenta ajena anterior” (FJ 2). Conviene tener en cuenta que el importe de ese pago único es equivalente a la prestación periódica reconocida al beneficiario. Procede, pues, solicitar el reintegro de lo percibido por desempleo durante el período coincidente con la percepción de salarios de tramitación, incluso aunque se trate de una prestación por desempleo percibida a tanto alzado como modalidad de pago único.

4. CONCLUSIONES: UNA REVISIÓN DE LA SOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA CONCURRENCIA DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. LAS NUEVAS REGLAS DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO

1. No cabe cuestionar la solución alcanzada por la STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 comentada. La prestación por desempleo deberá ser objeto de reintegro en la cuantía percibida como salarios de tramitación por el beneficiario. Opta así el Tribunal por una devolución parcial que no íntegra de la prestación percibida, considerando sólo como indebida la parte correspondiente a la concurrencia del período en que el beneficiario devengó como trabajador los salarios de tramitación. Una jurisprudencia respetuosa con la adoptada en la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 y mantenida en pronunciamientos posteriores como el de la STS 30 marzo de 2015, Ar. 2007, por considerar como prestación indebida la correspondiente al período contemplado como concurrente y no a otros, consolidando así esta tesis.

E incluso novedosa si se tiene en cuenta que, a diferencia de otros pronunciamientos, esta STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 analizada admite que no se devuelva el importe de los salarios de tramitación a los que fue condenado el empresario sino la cantidad correspondiente a aquellos salarios de tramitación efectivamente abonados al trabajador. En el caso de autos, el trabajador obtuvo únicamente los salarios pagados por FOGASA durante un período determinado (en concreto, 150 días), por lo tanto “estos días son a los que no tenía derecho a la percepción de la prestación por desempleo, que es indebida, y, en consecuencia, ha de reintegrar al SPEE las cantidades correspondientes a dichos días que han sido indebidamente percibidas, pero no la totalidad de la prestación por desempleo percibida” (FJ 3).

2. La justificación de la incompatibilidad reside en que ambas cantidades compensan lo mismo; a saber, la falta de percepción de salarios durante un determinado período. La prestación por desempleo tiene su origen en una situación protegida que no es otra que la del despido. De ella se obtiene una única prestación, la de desempleo, en la que incidirá después un hecho, la percepción de los salarios de tramitación. Este hecho que acontece con posterioridad, requiere “regularización” por la incompatibilidad (sobrevvenida) establecida legalmente.

Pero cada vez son más frecuentes supuestos en los que se permite compatibilizar prestación o pensión y salario. Incluso, cada vez es más habitual admitir que la prestación o el subsidio por desempleo sirvan para reinsertar a los trabajadores a la actividad laboral, aceptando la compatibilidad entre la renta salarial y la prestación social. Éste es el sentido del artículo 282 LGSS que, si bien mantiene la regla general de la incompatibilidad entre prestación y/o subsidio por desempleo y salario reconoce excepciones en su apartado tercero. Y, así, cuando lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, cabrá la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo pendientes de percibir con el trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social. Durante el período de percepción de las

prestaciones, el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia entre la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación o subsidio. Asimismo, con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ocupados así como de incrementar las posibilidades de empleo de trabajadores desempleados, se determinarán programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. También en este caso los trabajadores podrán compatibilizar las prestaciones con el trabajo.

Tal vez la defensa de una compatibilidad entre la prestación y los salarios de tramitación resulte exorbitada toda vez que permitiría al trabajador “duplicar” sus ingresos por una misma causa y en un mismo período. Pero permitir al trabajador que acceda a la prestación en el momento en que se hace efectivo el despido, percibir la prestación hasta obtener una sentencia que califique tal extinción como improcedente o nula y exigir, con posterioridad, la devolución de la misma –aunque sea de forma parcial y no íntegra, como, con buen criterio, establece la sentencia comentada– genera excesiva incertidumbre en el trabajador. Aunque se opte por la incompatibilidad, el hecho de “necesitar” durante el tiempo en que se tramita la demanda contra una decisión empresarial no ajustada a derecho (pues los salarios de tramitación procederán cuando el despido sea calificado improcedente o nulo) obligaría a relativizar el gravamen de la misma. Y, amén de la solución aportada por esta sentencia –no se reintegra todo el importe de la prestación sino únicamente aquel concurrente– debiera arbitrarse una forma de neutralizar lo que el legislador denomina “causa no imputable al trabajador”, reduciendo en un porcentaje la cuantía de la obligada devolución. Una solución nada extraña si se atendiera a un argumento. La consideración de la naturaleza “indemnizatoria” y no “salarial” de los salarios de tramitación conduciría necesariamente, de ser aceptada, a la compatibilidad plena entre dichos salarios y la prestación por desempleo pues, no en vano, así ocurre entre la indemnización por despido y la prestación por desempleo e incluso –lo que resulta más difícil de aceptar y ha sido admitido por el legislador– entre la indemnización por despido y el subsidio por desempleo.

**Imcompatibilidad –absoluta o relativa– entre Protección por
Desempleo y rentas del trabajo**
**Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 13
de mayo de 2015 (RCUD Núms. 2683/2014 y 2785/2014)**

**Incompatibility –absolute or relative– between unemployment
benefits and labour income**

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
DIRECTOR DE LA CÁTEDRA DE EMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL

FRANCISCO VILA TIERNO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
MAGISTRADO (SUPL) DEL TSJA

Resumen

La regulación del art. 221.1 LGSS –ahora 282.1 en el nuevo Texto Refundido– establece de manera expresa la incompatibilidad de protección por desempleo y percepción de rentas de trabajo. No obstante, deben diferenciarse si tal prestación laboral es por cuenta propia o ajena y, lo que resulta más relevante: la entidad de tal actividad. En este sentido, se constata la existencia de supuestos de compatibilidad por la escasa relevancia de las rentas obtenidas; pero, al tiempo, se comprueba que, en otras situaciones en la que, además de tal circunstancia, se acredita el incumplimiento de los deberes de comunicación a la Entidad Gestora, en cuyo caso, ya no resulta trascendente la cuantía de la renta o el carácter esporádico de la misma, sino la aplicabilidad del Derecho sancionador.

Abstract

Under LGSS article 221.1, currently 281.1 in the new law, unemployment protection is explicitly incompatible with the work and, consequently, with employment income. However, it's necessary to distinguish clearly between "employees" and the independent "self-employed", and the most important thing: the significance or relevance of these activities. In this respect, it was confirmed the existence of compatible alleged because of little importance of the economic income. At the same time, in others similar situations without important employment income, if the recipient of the unemployment allowance doesn't notify to the SPEE the start of a employment relationship, the essential thing is not the income obtained, but rather the non-compliance with his legal obligations.

Palabras clave

Desempleo, rentas del trabajo, compatibilidad, protección social

Keywords

Unemployment, salary, labour income, employment income, social protection.

1. SUPUESTOS DE HECHO ANALIZADOS

1.1. Precisiones apriorísticas

Es preciso, antes de plantear un análisis de fondo sobre la materia que da pie al título de este trabajo, señalar que no se trata de un comentario sobre una resolución aislada, sino que lo que se ha pretendido es, mediante la referencia a supuestos claramente diferenciados, comprobar cómo se pueden extraer conclusiones coincidentes cuando en aquellos aparece un elemento común: la protección por desempleo –aun en el marco de distintos niveles, bien sea

el asistencial, bien sea el contributivo—. Para ello, se opta por una técnica simple: se plantea de manera conjunta una reflexión sobre dos sentencias en los que el objeto de debate gira en torno al mantenimiento o no de la referida protección por la coexistencia con unos ingresos al margen de aquella.

En este sentido, no resulta ocioso contextualizar –aun siendo repetido–, no ya las sentencias comentadas, sino la finalidad de la medida aplicada, para situar la misma en un marco de crisis y ajustes. Recuérdese, no obstante, que no son situaciones creadas al amparo de una legislación estrictamente economicista, pero sí fuertemente influenciadas y matizadas por la misma.

Piénsese, al efecto, que cuando se trata de prestaciones o subsidios como los que se debaten, o más bien del ámbito más general de la Protección por Desempleo, se podría hacer referencia a rentas sustitutorias o compensatorias por la ausencia de otra remuneración, lo que, necesariamente debería significar que la constatación de la existencia de ésta última, excluye el mantenimiento de la cobertura dispensada por aquella protección, en tanto que pierde su finalidad última. Pero nada más lejos de la realidad. Y ello, porque se parte de una premisa errónea. Estamos ante situaciones en los que los márgenes de la reiterada protección no pueden identificarse –en gran parte de los casos– con el referido carácter sustitutorio o compensador, puesto que el umbral de renta que garantiza es muy inferior¹.

La consecuencia de ello es que, ante la imposible subsistencia con estos ingresos mínimos, se busquen alternativas por el beneficiario, que consisten, en esencia, en lo que debería ser el verdadero objeto de cualquier política de empleo (también en la vertiente de la cobertura por desempleo): la búsqueda de una ocupación –y este debería ser el objeto de aquella política: el fomento de la ocupación–. Sin embargo, y de manera paradójica, lo que consigue el legislador en estos casos, es desincentivar la búsqueda activa de empleo, en tanto que el efecto sobre el beneficiario del subsidio o prestación puede ser, en términos económicos, el de una pérdida netamente superior a las ventajas que pudieran obtenerse si iniciara una actividad.

En definitiva, de los dos grandes núcleos respecto de los que orbita el régimen de incompatibilidades de la protección por desempleo, la incompatibilidad con el trabajo, por cuenta propia o ajena, y la incompatibilidad con las prestaciones de la Seguridad Social, las sentencias que se comentan se insertan en el primero de ellos: la referida incompatibilidad con el trabajo². Y éste se configura como el elemento común que anteriormente se reseñaba –ahora de un modo más amplio– y que nos permitirá llegar a las conclusiones coincidentes a las que se aludían.

¹ Deben citarse, las reflexiones que en general se hacen sobre el Sistema de Protección por MONEREO PÉREZ, J.L. “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques” en AA.VV. *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, ISBN 978-84-92602-94-0, págs. 125-238.

² Sobre este tema, in extenso, QUESADA SEGURA, R. “Comentario al art. 221 de la LGSS”, en AAVV, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir, Monereo Pérez y Moreno Vida, Comares, Granada, 1999, pág. 1856 y ss.

1.2. Unas breves líneas sobre el nexo de unión entre las resoluciones objeto de estudio

Con la crisis económicas (con todas), los distintos Gobiernos han luchado contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, ya que se trata de conductas injustas e insolidarias que generan una reducción de ingresos en los recursos económicos de la Seguridad social, una indeseable competencia desleal respecto de los empresarios cumplidores y, por supuesto, un mal uso de los ajustados recursos económicos del propio sistema de Seguridad Social. El establecimiento de catálogos de infracciones y sanciones para disuadir de la realización de este tipo de conductas. De hecho, el origen de ambas sentencias se encuentra en la sanción de extinción de la protección por desempleo del beneficiario que ha realizado actividades que pueden entenderse incompatibles con el percibo de la prestación.

Por ello, las dos sentencias que se analizan tienen de forma común varios aspectos: se trata de beneficiarios de la protección por desempleo, en ambos casos, y lo que se analiza es la aplicación del artículo 221.1 del TRLGSS de 1994, actual art. 282.1 del TR de 2015, sobre la incompatibilidad de las prestaciones y subsidios por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena³. El último elemento en común es, aunque con diferente incidencia en ambas, la falta de la comunicación de una actividad que lleva consigo ingresos económicos al Servicio Público de Empleo Estatal.

1.3. Elementos diferenciales en los supuestos de hecho

Al margen de lo anterior, las sentencias difieren claramente en su contenido, esencialmente porque se refieren a distintos niveles de protección: en una se trata de un beneficiario de un subsidio por desempleo (nivel asistencial) y en la otra de una prestación por desempleo (contributiva)⁴.

Por otra parte, el beneficiario sancionado en cada una de las sentencias realiza actividades consideradas en un caso como “trabajo por cuenta propia” y en el otro como “trabajo por cuenta ajena”, incluidas en dos Regímenes distintos de la Seguridad Social.

En consecuencia, el procedimiento por el que se lleva a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo a la propuesta de extinción de la protección también es distinto, aun siendo en ambos casos de oficio. En los hechos analizados en una primera resolución la actividad sancionatoria se produce tras una comprobación rutinaria de rentas que habitualmente se realiza en el nivel asistencial por desempleo, llevada a cabo por el propio SPEE; mientras que, en el segundo de los asuntos, se debe a información obtenida por la

³ Art. 221 LGSS (1994): “1. La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado... 2. Serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo”.

⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. “La protección legal por desempleo y sus niveles de protección”, Revista de derecho de la seguridad social, ISSN 2386-7191, N.º. 6, 2016, págs. 29-67.

actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), fruto de la que termina incoándose un proceso sancionador específico.

Finalmente, y lo más importante, a pesar de que ambas analizan la compatibilidad de la actividad con la protección por desempleo, la STS de 12 de mayo de 2015 se centra en el concepto de “trabajo por cuenta propia” para su resolución y la de 13 de mayo de 2015 –más allá de referirse al trabajo por cuenta ajena, sitúa el objeto del debate de cara al fallo de la misma en la aplicación del derecho sancionador, y en especial, el art. 25.3 LISOS, por la falta de comunicación de la baja del trabajador al SPEE como causa de la extinción de la prestación por desempleo.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Para profundizar en la doctrina judicial asentada por ambas doctrinas es preciso hacer una descripción más detallada de los hechos probados que ya se han venido adelantando. Ello permite que, al hilo de los mismos, se aprecien cuáles son las conclusiones que alcanza el TS en cada uno de los casos.

2.1. Sobre la STS de 12 de mayo de 2015...

Concretamente, la STS de 12 de mayo de 2015 analiza el supuesto de un beneficiario de un subsidio por desempleo al que el SPEE propone la extinción de la cobertura de dicha prestación por falta de la comunicación de la causa extintiva o suspensiva y la devolución de la misma por cobro indebido, al entender que había realizado un trabajo por cuenta propia “actividad agrícola” al haber facturado durante 2012, 285,66 euros por la venta de productos del campo. Ello equivaldría según el SPEE a 3 días de trabajo, días que no fueron comunicados.

Sin embargo, el TS en esta sentencia, siguiendo su propia doctrina, asentada en resolución de 27 de abril de 2015 (RJ 2015, 1795), rechaza tal pretensión del SPEE atendiendo a que dichos ingresos ínfimos “en todo caso, tampoco pueden calificarse –con cierta propiedad– de verdadero «rendimiento económico» a los fines de que tratamos, cualidad esta que –como veremos– es supuesto sobreentendido del trabajo ‘por cuenta propia’ que el art. 221.1 LGSS proclama incompatible con la prestación o subsidio por desempleo”.

En el mismo sentido, cita el TS su sentencia anterior de 1 de febrero de 2005 referida, de igual modo, a actividades agrarias, en la que se hace referencia a labores que originan unos “extraordinariamente ingresos reducidos”. A tal efecto, reconoce que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 221.1 LGSS presupone “no solamente una apariencia de la referida profesionalidad, sino la existencia de una explotación agraria –cualquiera que sea su entidad y grado de organización– orientada a la producción de bienes con básicos fines de mercado...”⁵. En síntesis, que una actividad agraria por cuenta propia, como la definida, debe tener una entidad suficiente para entenderla incluida en el marco de

⁵ Por ese motivo no prospera el recurso de casación, ya que la sentencia elegida como de contraste se refería a un beneficiario que obtenía unas elevadas rentas agrarias.

prohibición de compatibilidad del reiterado art. 221.1 LGSS (en su numeración actualizada). Y, sensu contrario, no resultaría incompatible, cuando es de muy escasa relevancia, de carácter esporádico o de mero mantenimiento de las instalaciones.

2.2. ...y, por otra parte, sobre la STS de 13 de mayo de 2015

Por su parte, la STS de 13 de mayo de 2015 analiza el supuesto de un beneficiario de una prestación por desempleo (nivel contributivo) que se encontraba trabajando en la hostelería, sin estar dado de alta ni haber comunicado el trabajador al SPEE esta situación. Hecho que fue descubierto por la ITSS. El trabajo por un solo día supuso que se levantara acta de infracción al trabajador en aplicación de la falta muy grave descrita en el art. 26.2 LISOS por compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, proponiéndose la extinción de la prestación y la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Tras diversas consideraciones respecto de la prohibición de compatibilizar el trabajo con una prestación por desempleo, recogidas en el art. 221.1 LGSS (actual 282.1) y en la LISOS, se entiende que en la imposición de la sanción extintiva de la prestación por desempleo el precepto aplicable no es el art. 26.2 LISOS (que establece como infracción la incompatibilidad entre la prestación y el trabajo)⁶, sino que “los hechos declarados probados poseen su más adecuada subsunción entre las faltas graves que tipifica el art. 25.3 LISOS⁷. La compatibilización entre prestaciones por desempleo y trabajo retribuido no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un período por el cual la entidad gestora no abona cuantía alguna. Recordemos que las consecuencias están parificadas cuando se comete una falta grave del art. 25.3 o una muy grave del art. 26.2 LISOS. Por tanto, la solución conferida al caso es la correcta, aunque la fundamentación hubiera sea errónea” –FJ 6º–.

A pesar de ser un error en un ámbito como el Derecho Sancionador que exige enormes garantías, el TS salva esta cuestión indicando que “no ha existido indefensión alguna, porque dicho queda que siempre se le ha achacado la misma conducta; el trabajador no acreditó la existencia de causa justificativa para incumplir su obligación legal de informar al SPEE acerca de su trabajo” (además así lo hacía constar la resolución que hacía referencia a ambos artículos).

En definitiva podría decirse que en ambas se recogen los dos tipos de beneficiarios que, según el SPEE, defraudan. Por una parte, el que no es consciente de que para la Administración resulte ilícita la realización de actividades de corte profesional o familiar (como es el supuesto del trabajo marginal en el campo que reporta algún rendimiento económico al que se refiere la STS de 12 de mayo de 2015) y, por otra parte, quienes son conscientes de que, por ser beneficiarios de prestaciones o subsidios por desempleo, no

⁶ “Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente”.

⁷ “No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4.b) de esta ley”.

pueden trabajar pero, sin embargo, deciden realizar una actividad laboral irregular, aun siendo esporádica, con ánimo real defraudatorio⁸.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS

El art. 221.1 LGSS (actual art. 282.1) desde su redacción inicial en 1994, mantiene que “la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia –aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social–, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”, y sólo a lo largo de este tiempo se ha incluido alguna modificación respecto de la compatibilidad de la protección por desempleo con el trabajo a tiempo parcial con referencia a situaciones de pluriempleo a tiempo parcial.

Evidentemente, y de todos es conocido, que los sistemas de Seguridad Social pretenden cubrir situaciones de necesidad ofreciendo prestaciones económicas que garanticen unos ingresos. La diversificación entre un nivel contributivo, dirigido a la protección de los trabajadores, y un nivel asistencial, dirigido a la protección general de la ciudadanía, ha supuesto que las prestaciones económicas ofrecidas tengan una función de garantía de ingresos a modo de rentas de sustitución o rentas de compensación. Efectivamente, en el nivel contributivo las rentas que ofrece el sistema de protección social, o al menos intenta ofrecer, pretenden sustituir, en mayor o menor medida, los salarios dejados de percibir por la actualización de la contingencia. Por el contrario, el nivel asistencial es un nivel universal y de subsistencia, por lo que son otorgadas las llamadas rentas de compensación, de carácter solidario y para evitar la exclusión social de colectivos desfavorecidos a los que puede ser difícil, si no imposible, acceder al mercado de trabajo.

Partiendo de tal distinción y siguiendo la terminología del TS –en sentencias de 29 de enero de 2003 (RCUD 1614/2002) y 13 de mayo de 2008 (RCUD 901/2007)–, el art. 221.1 LGSS establece un sistema en el que se recoge una diversa situación: existe incompatibilidad absoluta con el trabajo autónomo y relativa con el trabajo asalariado.

En esta prohibición de compatibilidad –“o reafirmación de su vertiente negativa”⁹–, esto es, carecer de trabajo, ya sea absoluta o relativa, como anteriormente se apuntó, ha supuesto una enorme judicialización de la cuestión a consecuencia de la interpretación siempre estricta de la entidad gestora, lo cual ha dado lugar a una pluralidad de pronunciamientos por parte de los Tribunales, no siempre homogéneos, ni siquiera incluso en el ámbito casacional. Desde luego, el contenido de ambas sentencias, y de otras muchas referidas a la extinción de la protección por desempleo, por parte del Tribunal Supremo lleva a la necesidad de que el legislador actúe para aclarar aspectos de la regulación que eviten la compleja interpretación en esta materia.

⁸ En sentido parecido, DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., “La incompatibilidad entre la prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”, en AAVV, *La protección por desempleo en España*, Ed. Laborum, Murcia, 2015, pág. 684.

⁹ Como lo indica GARRIDO PÉREZ, E., en su comentario al art. 221 de la LGSS, en AAVV, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, M.R., Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 1439.

En cualquier caso, y sin perjuicio de la regla excepcional del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, queda meridianamente clara la lógica de la incompatibilidad entre la protección por desempleo, contributiva o asistencial, y el trabajo por cuenta propia o ajena, esto es, “Si la situación protegida es la carencia de ingresos derivada de la pérdida de un empleo, la prestación cumple la finalidad de suplir tales rentas, de lo que se deriva una regla de incompatibilidad entre su percibo y la realización de una actividad profesional”¹⁰. Pero a partir de esa afirmación, no todas las situaciones son semejantes.

3.1. La incompatibilidad absoluta con el trabajo por cuenta propia ¿se mantiene este criterio en la STS de 12 de mayo de 2015?

Como se ha dicho, el art. 221.1 LGSS (actual 282.1) establece según la doctrina del TS una incompatibilidad absoluta, que se extiende también a trabajos cuya realización “no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”, matización introducida por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre¹¹. De otro lado, el art. 15.1.b 2º del RD 625/1985, de 2 de abril que desarrolla la protección por desempleo, cuando hace mención a la incompatibilidad con el trabajo autónomo, indica que ello lo será “con independencia del número de horas así como de los ingresos obtenidos” y vuelve a repetir el requisito, en sentido negativo, de la ausencia de necesidad de encuadramiento en cualquier régimen de la Seguridad Social. Esta redacción ha provocado una multitud de pronunciamientos en sede judicial con interpretaciones dispares incluso en supuestos específicos de hechos materialmente idénticos.

Y es que, desde hace un tiempo, la doctrina ya reparaba en que la llamada “incompatibilidad absoluta” no era tan rotunda como pudiera parecer, puesto que, la inclusión en un Régimen de la Seguridad Social o la simple tenencia de una licencia fiscal configuraban una mera presunción de laboralidad que admitía prueba en contrario, de manera que, de forma reiterada, algunos órganos judiciales venían aceptando la prueba en contrario frente aquella presunción, amparándose en el hecho de que para la inclusión en un régimen de la Seguridad Social, el trabajo a realizar ha de ser “habitual y que constituya medio fundamental de vida”. De este modo, si no se cumplen tales prámetros “nada impide la calificación de parado, sin perjuicio de que, posteriormente, al ser computadas las rentas obtenidas en dicha actividad se acceda o no al derecho”¹².

Siendo, precisamente, el sector agrario, como en el supuesto de hecho de la sentencia que se comenta, donde este problema adquiere mayor importancia, por la frecuencia con la que suelen producirse supuestos en los que la actividad del sujeto se limita a la realización de “trabajos marginales u ocasionales”, tanto en los casos que queden encuadrados como

¹⁰ Como señalan MERCADER UGUINA, J.R., Y ARAGÓN GÓMEZ, C., en su “Introducción”, en AA.VV. *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova-Thomson, Valladolid, 2013, pág. 22.

¹¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, 2003, ISBN 84-8442-800-1.

¹² Como indican, COLLADO GARCÍA, L. Y PIQUERAS PIQUERAS, M.C. en *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Madrid, 1997, págs. 176 a 178.

trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena¹³. “Se trata de trabajos de breve duración, que se realizan eventualmente, con carácter no principal, como pueden ser los derivados de una pequeña explotación agrícola que únicamente exigen a su titular una dedicación mínima en cómputo anual”¹⁴.

Pero ha de recordarse, como adelantábamos en el epígrafe anterior, que el Tribunal Supremo no siempre ha mantenido la doctrina que ahora se recoge en esta sentencia de 12 de mayo de 2015 (y en otra previa, ya citada, de 27 de abril de 2015, en un supuesto similar). Inicialmente, en las SSTs de 29 de enero de 2003 (RJ 2003/3043) y de 1 de febrero de 2005 (RJ 2005/2962) entendió que, a pesar de la relativa incongruencia que supone privar del subsidio por desempleo al trabajadores que sus ingresos no alcanzan el 75% SMI, cuando por dicha carencia de recursos podrían acceder al subsidio, la “vinculación al principio de legalidad no permite aceptar otra solución que la expresamente querida por el legislador”, con lo cual venía a anular una doctrina judicial que permitía la compatibilidad entre prestación y actividad por cuenta propia en base al carácter marginal, ocasional y esporádico de esta última. Esto es, se decantaba claramente, por una Incompatibilidad absoluta.

A pesar de ello, como bien describe COS GEA, la doctrina judicial ha continuado declarando la compatibilidad entre las prestaciones por desempleo y actividades por cuenta propia de carácter marginal, esporádico y ocasional¹⁵ se basa en tres puntos comunes¹⁶:

- El primero es que “para sortear a la misma acude a negar el carácter de ‘trabajo’ a las actividades que están en el origen de esas rentas. Esto es, no es que afirme la compatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo por cuenta propia cuando este sea esporádico y reporte unos ingresos mínimos... sino lo que se hace es plantear que no cabe juicio acerca de la compatibilidad en tanto la actividad realizada no puede calificarse con de «trabajo»”.

- El segundo es que la mayoría de tales casos conflictivos “son supuestos de beneficiarios de protección por desempleo titulares de fincas rústicas y que realizan trabajos agrícolas ocasionales que les aportan escasa rentas que posteriormente son declaradas en el IRPF”, por lo cual es conocido, por la entidad gestora. En tales supuestos, la doctrina judicial mantiene que los escasos ingresos derivados de la actividad agrícola tienen para la renta vital del recurrente, debe entenderse que dicha actividad no puede considerarse un “trabajo” puesto que de la misma no se derivan posibilidades, por mínimas que sean, de sustento personal.

¹³ Vid. en extenso, sobre actividad agraria: MONEREO PÉREZ, J.L. Y ROMERO CORONADO, J. “El nuevo régimen de protección social del trabajo agrario: Ley 28/ 2011” en AA.VV. *Reformas socio-laborales en el sector agrario: seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso*, coord. por Angel Arias Domínguez, Antonio Ojeda-Avilés, Faustino Cavas Martínez, Antonio Vicente Sempere Navarro, 2013, ISBN 978-84-470-4307-1, págs. 183-362.

¹⁴ Nuevamente, Collado García, L y Piqueras Piqueras, M.C., op. cit., pág. 178.

¹⁵ Basándose muchas de ellas, en la STS de 13 de marzo de 2000, RJ 200/3420 vino a aceptar la compatibilidad de la protección por desempleo con rentas producidas en el ámbito agrario, (aunque realmente dicha compatibilidad no venía de la realización de una actividad laboral sino de un arrendamiento rústico).

¹⁶ COS GEA, M. en “La compatibilización de la prestación por desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora”, AAVV, *La protección por desempleo en España*, 2015, Ed. Laborum- AESSS pág. 682

- Y, el tercero y final, es que todas tienen en común el razonamiento de que si se postulara la incompatibilidad, supondría una interpretación “rígida y absurda” del art. 221.1 LGSS que además afectaría al propio art. 41 CE dada que la situación de necesidad a la que hace referencia dicho precepto no queda atendida con los ingresos cuya obtención se pretende por la gestora que pongan fin a la protección por desempleo.

Finalmente, el TS desde las reiteradas sentencias de 27 de abril de 2015 y, la que ahora se comenta, de 12 de mayo de 2015, adopta un criterio más flexible amparándose en los elementos citados por la doctrina para relativizar el alcance de la incompatibilidad, de modo que se excluye la extinción de la protección por desempleo de personas que siendo titulares de fincas rústicas han vendido productos del campo facturando ingresos ínfimos, marginales o simbólicos, insuficientes para sobrevivir. Justamente este es el motivo para desestimar la casación en tales sentencias, puesto que no admiten que haya una identidad con las de contraste que aporta el SPEE en las que existe una importante diferencia –sustancial en la cuantía– entre las prestaciones económicas de referencia (lo que determina la posibilidad o no de subsistencia con las mismas).

Y es que, en el fondo, la interpretación del art. 221.1 LGSS ha de conectarse con la regulación que el propio ordenamiento jurídico realiza del trabajo autónomo como su entendimiento de ser realizado de personal, habitual, directa, siendo una actividad económica con carácter profesional a título lucrativo, tal y como se recoge en la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo. Por lo cual este tipo de ingresos impiden calificar efectivamente la actividad como un “trabajo” por cuenta propia y, negando la mayor, es imposible hablar de incompatibilidad.

No obstante, no ha tenido una aceptación pacífica y unánime por parte de la doctrina, que también se ha manifestado en contra de esta interpretación tan justa socialmente, proponiendo una aplicación estricta del art. 221.1 LGSS: “en estos supuestos, y a pesar de la insignificancia económica de los ingresos que pueda reportar el trabajo por cuenta propia, el beneficiario de la prestación por desempleo debe comunicar a la entidad gestora los trabajos en que realice tales trabajos ocasionales para que pueda procederse a la suspensión de la prestación y evitar así incurrir en la infracción que tal desproporcionados efectos sancionadores pueda acarrear”¹⁷. Interpretación doctrinal de la que debemos discrepar porque creemos que la aplicación que el TS hace de la norma, a la par de equitativa y justa, se acomodan perfectamente al tenor de la norma que, interpretada de forma sistemática, teleológica y sociológicamente, lleva a mitigar el rigor normativo.

Desde luego, tal y como indica la mejor doctrina, es necesario reformar esta cuestión habida cuenta de que es confusa la referencia “incluso aquéllas no encuadradas en ningún régimen”¹⁸, pero también porque las recientes reformas legales al amparo de políticas activas de empleo empiezan a permitir la compatibilidad de la protección por el desempleo con el trabajo por cuenta propia, no sólo con el trabajo por cuenta ajena como se ha previsto

¹⁷ COS GEA, M. en “La compatibilización de la prestación por desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora”, op. cit., pág.693.

¹⁸ LUJÁN ALCARAZ, J. Y SEMPERE NAVARRO, A.V, “Trabajo por cuenta propia y protección por desempleo”, Aranzadi Social, T. I, 1996.

tradicionalmente¹⁹, además de adaptar las situaciones de compatibilidad o incompatibilidad tanto a las circunstancias económicas y sociales del sujeto perceptor como en función de la situación de necesidad²⁰.

3.2. La incompatibilidad relativa con el trabajo por cuenta ajena: la STS de 13 de mayo de 2015

Como se ha dicho, en supuestos de trabajo por cuenta ajena, regirá la regla de incompatibilidad entre el trabajo y la percepción de prestaciones y subsidios por desempleo cuando concurren los siguientes requisitos: a) que sea un trabajo a tiempo completo, b) que implique necesariamente la inclusión en un Régimen de la Seguridad Social y c) que no esté expresamente establecida la compatibilidad por algún programa de fomento del empleo²¹.

Desde luego, cada vez con más incisión el ordenamiento jurídico regula para sancionar el intento de compatibilizar las prestaciones por desempleo, de forma prohibida, lo que viene representado en el caso más común por el perceptor de prestaciones contributivas por desempleo que, al mismo tiempo, trabaja sin estar dado de alta en el sistema de Seguridad Social para un empresario, también incumplidor de sus obligaciones, en el ámbito de la economía sumergida.

Así, el supuesto de hecho que analiza la STS de 13 de mayo de 2015, recae en una situación en la que un beneficiario de una prestación por desempleo, ha sido sancionado a propuesta de la ITSS por haber sido encontrado realizando un trabajo por cuenta ajena al mismo tiempo que venía disfrutando de tal prestación.

Aquí, el Tribunal Supremo, a pesar de la marginalidad de los ingresos, ya que de los hechos parece desprenderse que sólo trabajó un día, el derecho aplicable en este supuesto es el propio sancionador de la Ley Infracciones y Sanciones del Orden Social y de la LGSS. Esto es, la interacción entre los arts. 25 y 26 de la LISOS con los arts. 221.1 y 231 b) y e) LGSS. Evidentemente, la realización de un trabajo de hostelería durante un día no lleva consigo la obtención de una cantidad de dinero suficiente como para sobrevivir. Pero, el debate de contraste es si la falta de comunicación es o no un elemento de gravedad para provocar la extinción de la prestación y si, con el alta producido tras la visita de la ITSS, existía o no incompatibilidad un trabajo realizado ya que nunca se llegó a abonar la prestación, solo el salario por dicho día.

Como se dijo anteriormente, el TS parece decantarse por la no aplicación del art. 26.2 LISOS de infracción muy grave por la compatibilización prohibida por el art. 221.1 LGSS ya que hace una distinción entre el concepto material de compatibilización (a pesar de no comunicarse con antelación, como realmente el SPEE no paga la prestación por el tiempo trabajado no ha habido compatibilización puesto que solo se abonaron los salarios y no

¹⁹ PÉREZ DEL PRADO, D., *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 56 y ss

²⁰ En este sentido, DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M. “La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”, op. cit., pág. 685.

²¹ ALZAGA RUIZ, I., en “Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 99, 2012, pág.92.

prestación por ese día de trabajo) y el concepto formal de compatibilización (la vulneración del deber de comunicación previa de la realización de un trabajo supone per se la infracción tipificada en el art. 26.2 LISOS). Y al encontrarnos en el ámbito del derecho sancionador, los principios de tipicidad y legalidad aparecen como axiales y entiende que “la compatibilidad ha de entenderse en sentido estricto” ya que si no se hiciera así acabaría atrayendo hacia dicho concepto (y al art. 26.2) las conductas omisivas del art. 25.3, dejándolo sin aplicación práctica. Por ello entiende que el precepto aplicable no es el art. 26.2 LISOS, sino que los hechos declarados probados poseen su más adecuada subsunción entre las faltas graves que tipifica el art. 25.3 LISOS. Así pues, la compatibilización entre prestaciones por desempleo y trabajo retribuido no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un período por el cual la entidad gestora no abona cuantía alguna.

Por ello, lo importante en esta sentencia es el análisis de la falta de comunicación por parte del trabajador de la situación de incompatibilidad en la que se encontraba. Y es que a causa del deber de información general que establece el art. 231 b) LGSS a efectos de la suspensión o extinción del derecho a prestaciones, el apartado e) de este mismo artículo establece como obligación específica de los trabajadores “solicitar la baja de las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción”.

Dicho incumplimiento se anuda a la infracción prevista en el art. 25.3 LISOS que apunta como falta “grave” la no comunicación, salvo causa justificada, “de las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de su suspensión o extinción...”. Pero el art. 47.1b) LISOS apunta como consecuencia sancionadora (en caso de la protección por desempleo) la misma que para la falta “muy grave” del art. 26.2: la extinción de la prestación.

Lo cierto es que la falta de información sobre el comienzo de actividad lleva consigo la sanción máxima posible: la extinción de la prestación (además de la correspondiente devolución de las cantidades indebidamente percibidas. Una sanción severa, aunque según el TS, matizada porque se excepciona al poderse contemplar una causa que justifique dicha falta de comunicación.

En aplicación de su propia doctrina, expuesta en la STS de 7 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 378), recuerda que la comunicación del trabajo incompatible debe de realizarse en el momento en que se produzcan las situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, lo que significa “de inmediato y en todo caso antes de que transcurra el tiempo –normalmente el final del mes– que determina la percepción de una nueva mensualidad indebida por falta de comunicación constituye el núcleo de la conducta que el referido precepto tipifica como falta grave”.

En este supuesto, indica que es de aplicación plena el art. 25.3 LISOS ya que el recurrente omitió su deber de comunicación, sin que haya acreditado la existencia de “causa justificada”.

Para salvar la cuestión, ya que la sanción se propuso por infracción del art. 26.2 LISOS cuando realmente se tenía que haber impuesto la sanción por aplicación del art. 25.3

LISOS, indicando que a pesar de ser un error en un ámbito como el Derecho Sancionador que exige enormes garantías, “no ha existido indefensión alguna, porque dicho queda que siempre se le ha achacado la misma conducta; el trabajador no acreditó la existencia de causa justificativa para incumplir su obligación legal de informar al SPEE acerca de su trabajo”. Y ello porque, además, las consecuencias sancionadoras están parificadas para ambas infracciones, siendo la solución correcta, aunque la “fundamentación sea errónea”.

Se ha dicho que en supuestos como éstos que existe un concurso de situaciones infractoras establecidas en el art. 25.3 y 26.2 LISOS, grave y muy grave respectivamente, por lo procedería aplicar, en aplicación del principio de especialidad el art. 26.2 de la LISOS. Aunque ello tampoco es una situación satisfactoria por lo que sería necesaria una reforma del art. 25.3 LISOS²².

En cualquier caso, no entendemos bien porqué el TS no ha analizado la falta de proporcionalidad en materia sancionadora al atribuirse a una falta grave la misma sanción que a una muy grave.

Para finalizar, y en el mismo sentido que se comentaba para la compatibilidad respecto del trabajo por cuenta propia, el régimen de incompatibilidades “no debiera centrarse tanto en la actividad como en la remuneración o rendimiento que de ella se obtiene”²³, la incompatibilidad debería de focalizarse respecto de las rentas del beneficiario

Por ello, la superación de incongruencias de la regulación de la incompatibilidad en materia de protección por desempleo “puede llevarse a cabo admitiendo que la incompatibilidad no debiera de ser con el trabajo, en este caso por cuenta propia, sino con la percepción de rentas de cualquier naturaleza”, estableciéndose, quizás, umbrales de rentas para determinar la compatibilización de la protección por desempleo²⁴.

En cualquier caso y, en conclusión, podría decirse que la incompatibilidad de la protección por desempleo y las rentas de trabajo va a depender, finalmente, de la entidad de la prestación laboral desarrollada (independientemente de que sea por cuenta propia o ajena), si bien, el percibo de las cantidades derivadas de la misma, no resulta indiferente, puesto que genera, según el caso, obligaciones de comunicación al SPEE, como en el supuesto en el que sea un trabajo sometido al ET. Siendo así, se reafirma el control de la posible incompatibilidad generando la pérdida de derechos para quién, debiendo haber comunicado aquel hecho –la realización de un trabajo, aun esporádico–, no ha actuado de dicho modo. Expresado de manera distinta, podría afirmarse que la incompatibilidad se mantiene salvo que expresamente se alegue, mediante comunicación a la Entidad Gestora, de las causas que justifican una eventual imposibilidad. Se pierde, por tanto, el criterio de la relevancia de la prestación como última ratio para reconocer una posible compatibilidad a favor de la tipicidad de las conductas en el marco del Derecho sancionador.

²² COS GEA, M. en “La compatibilización de la prestación por desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora”, op. cit., pág. 698.

²³ PÉREZ DEL PRADO, D. “La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por desempleo”, op. cit. pág. 292.

²⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D. El nivel asistencial de protección por desempleo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 30.

La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial: cálculo de la prestación y porcentaje de parcialidad
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 20 de mayo de 2015, RCU 2382/2014

Unemployment benefit for part-time workers: calculation of unemployment benefit and percentage of partial benefit
Judgment of the Spanish Supreme Court (Fourth Chamber) 20 May 2015, RCU 2382/2014

SARA ALCÁZAR ORTIZ
PROFESORA AYUDANTE DOCTOR –ACREDITADA A CONTRATADO DOCTOR
DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Resumen

Para la resolución del supuesto enjuiciado de solicitud de la prestación por desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial posterior a otro trabajo a tiempo completo y consiguiente cálculo del porcentaje de parcialidad, debe estarse a la redacción del artículo 211.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) dada por el RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, según la cual la obtención del índice de parcialidad se produce tomando en consideración el IPREM “en función de las horas trabajadas”. No debe estarse a la redacción dada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, solo vigente desde el 15 de julio de 2012.

Abstract

To solve the examined case of unemployment benefit for a part-time worker, that has also worked as full time worker, and calculation of percentage of partial benefit, must be applied Article 211.3 LGSS as modified by RD-L 3/2004, of 25 June, that states that the calculation of rate of partiality is obtained by taking into consideration IPREM “according to hours really worked”. It must not be applied Article 211.3 LGSS as modified by RD-L 20/2012, of 13 July, only in force since 15 July 2012.

Palabras clave

Seguridad Social, trabajador a tiempo parcial, prestación por desempleo, cálculo de la prestación por desempleo, porcentaje de parcialidad

Keywords

Social Security, part-time worker/employee, unemployment benefit, calculation of unemployment benefit, percentage of partial benefit

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El Tribunal Supremo estima el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina interpuesto por el beneficiario de una prestación de desempleo contra la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2015 (PROV 2014, 181635), la cual casa y anula, desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell de 22 de marzo de 2013, dictada en autos promovidos por el trabajador recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, en materia de desempleo.

De acuerdo con los hechos probados de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 22 de Sabadell de 22 de marzo de 2013, D. Juan Carlos solicitó prestación contributiva de desempleo, que le fue concedida mediante resolución del Servicio Público de Empleo Estatal

de 10 de enero de 2011, reconociéndosele 720 días de derecho (desde el 1 de octubre de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2012), con una base reguladora diaria de 78,23 euros y el 75% de desempleo parcial. Dicha decisión administrativa fue objeto de reclamación previa, habiendo sido esta estimada parcialmente, reconociéndosele una base reguladora diaria de 91,42 euros y manteniéndosele una parcialidad del 75%.

Durante los últimos seis años anteriores a la fecha de solicitud de la prestación (2160 días), D. Juan Carlos había trabajado para la empresa EUROPERFIL, S.A., a tiempo parcial desde el 1 de mayo de 2010 hasta el 26 de noviembre de 2010 (210 días) y a tiempo completo el resto del tiempo (1950 días).

1.1. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell de 22 de marzo de 2013

No estando conforme D. Juan Carlos con la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal sobre reconocimiento de prestación contributiva de desempleo, concretamente con el porcentaje de parcialidad reconocido, presentó demanda y en fecha 22 de marzo de 2013 el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell dictó sentencia conteniendo su parte dispositiva el siguiente tenor literal: “Estimo la demanda promovida por D. Juan Carlos contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), declaro el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo reconocida, de 720 días de derecho, con una base reguladora diaria de 91,42 euros y un porcentaje de desempleo parcial de 97,56%, condono al SPEE a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y a abonar al actor las diferencias generadas en el pago de la prestación, y revoco parcialmente la resolución impugnada”.

Así, la sentencia de instancia revoca parcialmente la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal y estima la demanda reconociendo a D. Juan Carlos un porcentaje de parcialidad del 97,56%.

1.2. La Sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de abril de 2015

El Servicio Público de Empleo Estatal interpuso Recurso de Suplicación frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que dictó sentencia con fecha 29 de abril de 2014 (PROV 2014, 181635), en la cual consta la siguiente parte dispositiva: “Que estimando como estimamos el recurso de suplicación formulado por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Sabadell con fecha 22 de marzo de 2013, en los autos seguidos en dicho Juzgado con el nº 484/2012, debemos revocar la misma para, y con desestimación de la demanda presentada por D. Juan Carlos, absolver a la entidad demandada de las peticiones contenidas en la demanda confirmando al efecto las resoluciones administrativas impugnadas en el procedimiento. Sin costas”.

De este modo, el TSJ de Cataluña confirma la resolución administrativa del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se concedía a D. Juan Carlos la prestación de desempleo en las condiciones y términos en ella contenidos (parcialidad del 75%), revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell, aplicando literalmente lo dispuesto en el artículo 211.3 LGSS (Texto Refundido de 1994) en la redacción dada por el artículo 17.4

del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, considerando que son los últimos 180 días anteriores al hecho causante los que han de tomarse en consideración para calcular la cuantía de la prestación por desempleo.

1.3. El conflicto jurídico enjuiciado por el Tribunal Supremo

Por providencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2014 se admitió a trámite el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina interpuesto por D. Juan Carlos. El Ministerio Fiscal emitió Informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

El debate casacional que se plantea es un tema, tal como establece en su Fundamento de Derecho Primero la Sentencia, “de estricta interpretación jurídica”, relativo a la manera en que se deba calcular la cuantía de la prestación por desempleo cuando ha existido trabajo a tiempo parcial. Lo que se discute en particular es cómo se debe determinar el importe de los topes mínimos y máximos de la prestación por desempleo cuando la última relación laboral lo fue a tiempo parcial, existiendo otra anterior a tiempo completo.

1.4. El criterio de la sentencia de contraste: la STSJ del País Vasco de 5 de julio de 2005

Se alega como sentencia de contraste la del TSJ del País Vasco de 5 de julio de 2005 (AS 2005, 2757), en la cual también se discute la cuantía de la prestación de desempleo que trae causa de la extinción de un contrato a tiempo parcial.

El supuesto de hecho de la sentencia de contraste se refiere a una prestación de desempleo reconocida por el Servicio Público de Empleo Estatal con efectos del día 30 de agosto de 2004, con una duración de 420 días y un porcentaje a efectos de topes máximos y mínimos del 27,70%, habiendo tomado para obtener dicho resultado el porcentaje de la jornada a tiempo parcial desarrollada por la actora en la última relación laboral, de 12 días de cotización.

La interpretación que hace la sentencia de contraste del artículo 211.3 LGSS (1994) se basa en el criterio de la STS de 20 de diciembre de 2002 (RJ\2003\2469), la cual resuelve un supuesto en relación con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años y en la cual se lleva a cabo un análisis del contenido literal del artículo 217.1 LGSS (1994), regulador de la cuantía “en proporción a las horas trabajadas”. De esta manera, la sentencia de contraste aplica la doctrina según la cual ha de tomarse en consideración el total de las horas trabajadas en el período de referencia.

La Abogacía del Estado cuestionó la concurrencia de la contradicción, fundamentalmente por ser heterogéneos los datos fácticos (el número de días cotizados a tiempo parcial, la proporción respecto del total). Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que sí concurren en los hechos relevantes la homogeneidad exigida por la norma procesal, del mismo modo que informó el Ministerio Fiscal. La sentencia de contraste realiza una aplicación por analogía de la doctrina unificada por la STS de 20 de diciembre de 2002 y el Tribunal Supremo entiende que de ello puede deducirse que hay identidad en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que se le plantea, de acuerdo con el juicio de contradicción que efectúa con la sentencia de contraste invocada en ese momento.

Argumenta el Tribunal Supremo que se podría pensar inicialmente que no se da la igualdad de fundamentos jurídicos basándose en que los hechos litigiosos suceden en épocas diferentes y la regulación aplicada ha sufrido modificaciones en ese lapso temporal, puesto que el artículo 211.3 LGSS (1994) conoció desde que se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, distintas modificaciones. Sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que la contradicción se da, puesto que la redacción vigente en cada uno de los momentos en los que se produce la situación legal de desempleo (agosto del año 2004 y enero del año 2011) mantiene una misma expresión –que es la que da lugar a interpretaciones contrapuestas–, al hablar de una cantidad obtenida “en función de las horas trabajadas”.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. El marco normativo

Antes de adentrarnos en el análisis del Tribunal Supremo, se deben exponer las normas de aplicación al supuesto en conflicto.

El artículo 270.3 LGSS vigente en este momento (texto refundido de la LGSS aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) establece lo siguiente: “En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, (...), se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período”¹. El tenor del nuevo artículo 270.3 LGSS (2015) coincide con el del anterior artículo, el artículo 211.3 LGSS (1994) en su redacción dada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, y vigente desde el 15 de julio de 2012, que modificó la materia sometida ahora a examen con respecto a su regulación anterior, que vamos a ver ahora, haciendo un breve recorrido por la normativa de aplicación hasta ese momento.

El artículo 9.3 de la Ley de Protección de Desempleo de 1984 (Ley 31/1984, de 2 de agosto) ya incluyó la redacción discutida para las situaciones de desempleo nacidas a partir de su vigencia; así, su tenor literal decía: “El importe de la prestación por desempleo en ningún caso será inferior a la cuantía que en el momento del nacimiento del derecho tenga el salario mínimo interprofesional incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, ni superior al 170 por ciento de dicha cuantía, salvo que el trabajador tuviera hijos a su cargo, en cuyo caso el tope máximo podrá elevarse reglamentariamente hasta el 220 por ciento en función del número de hijos. En el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, la cuantía mínima y máxima de la prestación se determinará, teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional que corresponda al trabajador en función de las horas

¹ Vid. sobre el hoy vigente artículo 270.3 LGSS (2015), en cuanto al desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, Thomson Reuters-Lex Nova, Cizur Menor, 2016, pág. 258. También sobre el porcentaje de parcialidad, vid. LOUSADA AROCHENA, J. F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, Madrid, 2016, págs.172-176. Sobre los principios de ordenación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, vid. ROQUETA BUJ, R.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, Colección Estudios, Madrid, 2002, págs. 39-50.

trabajadas”. En dicho artículo ya aparece la expresión “en función de las horas trabajadas”, sobre cuyo alcance se han manifestado las sentencias que resultan opuestas, debiendo apuntarse que el precepto no indica el período durante el que se va a medir ese volumen de actividad, por lo que se pueden plantear diversas opciones de cálculo.

Por su parte, estando vigente desde el 1 de septiembre de 1994, el artículo 211.3 LGSS (1994) recoge el mismo tenor literal de la Ley de Protección por Desempleo al señalar: “En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas”.

Desde el mes de enero de 1998 la redacción del artículo 211 LGSS (1994) fue la resultante de la Ley 66/1997, no habiéndose producido variación al respecto.

La redacción del artículo 211 LGSS (1994) cambió en 2004, de acuerdo con la redacción dada mediante la D.A. 1.1 del RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, puesto que se creó un nuevo concepto para determinar los niveles de ingresos o de la intensidad de la protección social –el IPREM–, lo cual llevó a la eliminación de la referencia al salario mínimo interprofesional en el artículo 211.3 LGSS (1994); sin embargo, en cuanto a la cuestión debatida no se produjo ninguna modificación, rezando así: “En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los dos párrafos anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas”.

Más adelante, en 2007, el artículo 211 LGSS (1994), a partir del 24 de marzo de 2007, se vio nuevamente afectado por las modificaciones introducidas por la LO 3/2007, de 22 de marzo, las cuales no obstante no alteraron el tenor del apartado que nos interesa.

2.2. El criterio de la STS de 20 de diciembre de 2002 (RJ\2003\2469)

En la STS de 20 de diciembre de 2002, la Sala abordó un supuesto parecido –que es el que asume y aplica ahora nuevamente– entonces en referencia al subsidio no contributivo de desempleo para mayores de 52 años, respecto a trabajadores a tiempo parcial, llevándose a cabo en la misma también un examen de cuál era el período temporal a tener en cuenta a los efectos de fijar el porcentaje aplicable. En dicha Sentencia se entendió que si en el período cotizado que se toma como referencia para solicitar la prestación existen además días trabajados a tiempo completo, se deberán de computar todos y emplear la proporción como coeficiente que establecerá la cantidad que percibirá el beneficiario, tras aplicarla al subsidio básico; así establecía la Sentencia de 2002 que “se considera razonable y equitativa dentro de los términos del texto legal, la solución intermedia de acudir a la parte proporcional de la suma tanto de las jornadas a tiempo completo como de la jornada de trabajo a tiempo parcial”.

2.3. La interpretación del Tribunal Supremo

La sentencia que se comenta responde al modo en que se debe determinar el porcentaje de parcialidad aplicable a las cuantías mínima y máxima de la prestación por desempleo cuando la última relación laboral fue a tiempo parcial, habiendo existido con anterioridad una relación laboral a tiempo completo.

El Tribunal Supremo recuerda que la fecha en la que el recurrente accedió a la prestación de desempleo es la de 1 de octubre de 2011, siendo por lo tanto aplicable la redacción de la LGSS vigente en aquel momento, esto es, la que se deriva del RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, y, de acuerdo con esta, la obtención del índice de parcialidad se produce tomando en consideración el IPREM “en función de las horas trabajadas”, sin llevarse a cabo ninguna precisión adicional.

El Tribunal Supremo expone las razones que le llevan a entender que la interpretación acertada del precepto es la contenida en la sentencia de referencia, estimando el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, casando y anulando la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2014, resolviendo el debate planteado en suplicación desestimando el recurso interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal y confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

Las razones que da el Tribunal Supremo las estructura, en primer lugar, analizando la aplicación de la norma vigente en el momento de nacer la situación legal de desempleo; en segundo lugar, recordando y asumiendo la doctrina de la Sala acerca de un supuesto análogo, contenida en la STS 20 de diciembre de 2002; y, en tercer lugar, fijando la interpretación acogida.

En cuanto a la aplicación de la norma vigente en el momento de nacer la situación legal de desempleo, el Tribunal Supremo nos recuerda que, una vez que existe situación legal de desempleo y ocupación cotizada bastante, se puede hablar de hecho causante, y que la “movilidad” de la regulación y la necesidad de fijar con certeza los requisitos han llevado a que se determine el derecho aplicable en torno al momento en que la situación legal de desempleo se produce. Sin embargo, señala, la sentencia recurrida aplica a una situación legal de desempleo que se origina en el mes de enero de 2011 la redacción del artículo 211.3 LGSS (1994) que únicamente resulta vigente desde el día 15 de julio de 2012, siendo, además, que esta opción interpretativa que consiste en aplicar un precepto que está vigente cuando se dicta la sentencia, pero que no lo estaba en el momento de cerrarse el debate de instancia, no lleva aparejada una explicación y razonamiento expuestos, lo cual se censura por parte del Ministerio Fiscal en su Informe. Entiende el Tribunal Supremo que el artículo 211.3 LGSS (1994) en su redacción dada por el RD-Ley 20/2012 no resulta aplicable al supuesto que se enjuicia y es que no existía la norma en el momento –10 de enero de 2011– de dictarse la Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal que se combate; y razona que “si se resolviera la duda interpretativa sobre el porcentaje de parcialidad pertinente con tal fundamentación jurídica: a) Se estaría dando una retroactividad al precepto del que carece la norma; b) Se estaría aplicando una retroactividad que suscitaría serias dudas de constitucionalidad; c) Se estaría corriendo el riesgo de incongruencia entre la fase administrativa y la judicial; d) Se estaría alterando el tradicional principio de tomar como aplicables las normas vigentes cuando surge el hecho causante; e) Deberíamos haber valorado la contradicción entre las sentencias comparadas desde otra óptica”. Por lo tanto, concluye que debe aplicarse el coeficiente de proporcionalidad que venía estableciendo el artículo 211.3 LGSS (1994) “en función de las horas trabajadas”, sin más precisiones.

En cuanto a la doctrina de la Sala acerca de un supuesto análogo, contenida en la STS 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2469), el Tribunal Supremo reitera y aplica las consideraciones hechas en la misma con respecto a la interpretación del alcance de la

expresión “en función de las horas trabajadas” del artículo 211.3 LGSS (1994) en las sucesivas redacciones previas que tuvo dicho artículo, entendiéndose que si en el período cotizado que se toma como referencia para solicitar la prestación existen además días trabajados a tiempo completo, se deberán de computar todos y emplear la proporción como coeficiente que establecerá la cantidad que percibirá el beneficiario.

Finalmente, la interpretación acogida por el Tribunal Supremo es la de entender que para fijar el porcentaje de parcialidad aplicable a la prestación máxima y mínima de desempleo de D. Juan Carlos se debió atender al total de actividad que el mismo llevó a cabo durante los seis años anteriores a la situación legal de desempleo surgida el día 1 de octubre de 2011. Al respecto nos recuerda el Tribunal Supremo que la citada interpretación ya no se podrá invocar cuando se deba aplicar la redacción del artículo 211.3 LGSS (1994) derivada del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de acuerdo con la cual el cálculo se lleva a cabo en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, ponderándose dicho promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo completo o a tiempo parcial durante dicho período.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo responde de manera lógica y fundada, y sobre la base de su anterior doctrina (STS de 20 de diciembre de 2002), a la problemática planteada, determinando que en la fijación del porcentaje de parcialidad aplicable a la prestación máxima y mínima de desempleo de D. Juan Carlos se debió atender al total de actividad que este desarrolló durante los seis años anteriores a la situación legal de desempleo surgida el día 1 de octubre de 2011.

Y es que la norma que se debe aplicar es el artículo 211.3 LGSS (1994) en la redacción dada por el RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, y no en la dada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, que no resulta aplicable al supuesto enjuiciado puesto que esta última redacción solo estaba vigente en el momento de dictarse la sentencia de instancia (estaba vigente desde el 15 de julio de 2012) pero no en el momento de concluirse el debate de instancia.

Así, el Tribunal Supremo alude también a una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la STJUE de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13 (TJCE 2015, 15), que subraya la necesidad de llevar a cabo una aplicación de los preceptos sobre derechos de quienes trabajan a tiempo parcial de acuerdo con las reglas que establecen el sistema nacional de Seguridad Social. Así, debe ser la legislación de cada Estado Miembro la que fije los requisitos que dan derecho a las prestaciones en materia de Seguridad Social, si bien lógicamente con el respeto al Derecho de la Unión Europea. Y en este sentido recuerda el Tribunal Supremo que la interpretación que realiza en la sentencia comentada es justamente la que se corresponde con el Derecho español de aplicación al supuesto concreto, además de ser también la que garantiza del mejor modo dos objetivos constitucionales, el de no discriminación (artículo 14 CE) y el de protección ante situaciones de desempleo (artículo 41 CE), habiendo sido ambos asumidos por el ordenamiento jurídico europeo y, especialmente, en cuanto a los trabajadores a tiempo parcial (artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de responsabilidad social).

Todo lo considerado lleva al Tribunal Supremo a casar la sentencia recurrida “pues la doctrina que acoge resulta errónea y contraria a la previamente sostenida por esta Sala en un supuesto análogo”, comportando el reconocimiento del derecho solicitado por el demandante, D. Juan Carlos, y estimando el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina interpuesto por el mismo.

¿Es posible el recurso de reposición en los supuestos de sanción con extinción de una prestación por desempleo y devolución de una cantidad inferior a 3.000 euros?
Con ocasión de la STS de 23 de junio de 2015, rec. 1647/2014

Is it possible to have the appeal in the cases of sanctions with extinction of a benefit for unemployment and return of less than 3,000 euros?

On the occasion of the June 23, 2015 STS, ECR 1647/2014

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

ADMINISTRADOR SUPERIOR DEL ESTADO

MIEMBRO DEL INSTITUTO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

La sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 23 de junio de 2015 (rec. 1647/2014), reiterando y aclarando una doctrina anterior del mismo Tribunal, concluye en la posibilidad de acceder al recurso de suplicación, contra la sentencia dictada por un Juzgado de lo Social, en aquellos casos en que, como consecuencia de una infracción social, se imponga una sanción consistente en la extinción de una prestación/subsidio por desempleo, con la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas, aunque el importe de estas últimas no supere la cantidad de 3000 euros, límite establecido, con carácter general, para la formulación y admisión de la suplicación, conforme al artículo 191 de la Le 36/2011, reguladora de la jurisdicción social

Abstract

The judgment of the Supreme Court, June 23, 2015 (ECR 1647/2014), reiterating and clarifying a previous doctrine of the same court, concludes in the ability to access the resource of supplication, against the sentence dictated by a Court of Social, in that cases in which, as a result of a social breach, imposed a penalty consisting of the extinction of a benefit/allowance unemployment with the obligation to return the amounts unduly received, although the amount of the latter does not exceed the amount of 3000 euros, limit, in General, for the formulation and acceptance of supplication, in accordance with article 191 of the Le 36-2011, regulating the social jurisdiction.

Palabras clave

Recurso de suplicación, Ley de la jurisdicción social, Subsidio de desempleo, Reintegro de cantidades indebidamente percibidas

Keywords

Resource of supplication, Law of the social jurisdiction, Unemployment benefit, Refund of amounts unduly received

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

1.1. El supuesto de hecho que enjuicia en la STS, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2015 (rec. 1940/2014) es, en síntesis el siguiente:

a) A una persona le es reconocido por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) un subsidio por desempleo (con efectos del 9 de diciembre de 2008, con una duración de 30 meses por ser mayor de 45 años y tener responsabilidades familiares –una hija a su cargo–), respecto del cual se solicita la compatibilidad de su percibo con un trabajo a tiempo parcial, que le es reconocida por resolución de dicho Organismo público, de 4 de mayo de 2010.

b) Con fecha 24 de septiembre de 2010, la interesada comunica al SPEE un incremento de salario (que superaba los 500 euros brutos/anuales) por cambio de la jornada laboral. Como consecuencia de ello, con fecha 9 de marzo de 2011, se inicia procedimiento sancionador, con audiencia de la actora, por falta grave del art. 25.3 de la LISOS¹, expediente que concluye con resolución de dicho Organismo, de fecha 7 de abril de 2011, acordándose la extinción por sanción del subsidio de referencia por haber superado en 2010 el límite de rentas, con un cobro indebido de 1.659,68 euros, en el período 1 de febrero de 2010 al 30 de septiembre de 2010.

c) Contra la decisión del SPEE, la interesada plantea reclamación previa, desestimada por resolución de 15 de junio de 2011².

d) Interpuesta demanda ante la jurisdicción social, el Juzgado de lo Social, nº 1 de Alicante, de 21 de diciembre de 2012, mantiene la procedencia de la sanción, si bien reduce la cuantía de la misma a 1.452,22 euros, al variar la duración del período a que se extiende la extinción del subsidio (que sitúa entre el 1 de marzo de 2010 y el 30 de septiembre de 2010).

1.2. Formulado recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, el TSJ de Valencia, Sala de lo Social, mediante su sentencia de 20 de febrero de 2014 (rec. 1742/2013) considera –apoyada en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo (TS³)– que, en razón del importe del *petitum* y al amparo de las previsiones de la ley procesal social⁴, no cabe interponer dicho recurso, por lo que, sin entrar en el fondo de la cuestión, declara la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del objeto, declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

1.3. Contra la STSJ de Valencia señalada, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia de contraste la STSJ de Cantabria, de 13 de septiembre 2013 (rec. 431/13), que es resuelto por el TS, en su sentencia de 23 de junio de 2013, declarando la competencia funcional de aquel Tribunal para conocer de la cuestión de fondo planteada, anulando la sentencia y acordando la devolución de los autos a dicho órgano judicial para que, con libertad de criterio, resuelva la cuestión de fondo planteada.

¹ El apartado 3 del artículo 25 de la ley de infracciones y sanciones en el orden social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2000, de 4 de agosto (LISOS) considera infracción grave, en materia de desempleo “no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4.b) de esta ley”.

² Como hecho probado (punto 9º del apartado segundo de los antecedentes de hecho, de la STS de 23 de junio de 2015), se señala, además que la hija de la interesada (respecto de la que se apreciaba la existencia de responsabilidades familiares), con fecha 27 de julio de 2010, obtuvo trabajo por cuenta ajena por el cual, desde agosto de 2.010, su salario mensual bruto fue de 554,18 € en agosto y octubre a diciembre y 535,70 € en septiembre, sin que se comunicase tal extremo al SPEE hasta el 24 de marzo de 2011.

³ Entre ellas, las SSTS de 2 de febrero (rec. 3958/98), 22 de junio (rec. 559/1999) y 10 de octubre de (rec. 2320/1999), todas ellas de 2000, así como la STS de 3 de febrero de 2003 (rec. 1465/2002).

⁴ Artículo 192 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Una breve descripción de la regulación del subsidio de desempleo

La LGSS⁵ prevé unos mecanismos de cobertura social de desempleo, en los casos de agotamiento de la prestación contributiva o en determinados supuestos en los que no se accede a la misma, dentro de los cuales se sitúa el subsidio de desempleo para persona con 45 ó más años y/o con responsabilidades familiares, cuya duración está en función de la existencia de tales responsabilidades familiares⁶ y, en su caso, del tiempo de percepción de una prestación contributiva por desempleo anterior⁷.

Uno de los requisitos para el acceso al subsidio de desempleo⁸ y mantenimiento en su percibo consiste que el interesado careciese de rentas, considerándose como tal que no dispusiese de rentas o ingresos mensuales en cuantía superior al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional (SMI), excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias⁹.

A su vez, conforme a la LGSS¹⁰, el subsidio por desempleo resulta incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implicase la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realizase a tiempo parcial, en cuyo caso se deduce del importe del subsidio¹¹ la parte proporcional al tiempo trabajado. En base a tales previsiones, el SPEE declaró la compatibilidad de dicha prestación con el trabajo, al ser los ingresos del contrato a tiempo parcial desarrollado inferiores al propio subsidio, compatibilidad que dejaba de tener

⁵ Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. En la fecha de los hechos, el texto refundido de la LGSS era el aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS/94).

⁶ A los efectos del acceso y mantenimiento del percibo del subsidio de desempleo, se consideran responsabilidades familiares tener a cargo cónyuge, hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, sin que se considere a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (artículo 215.3 LGSS/94; artículo 275.3 LGSS).

⁷ Artículo 216 LGSS/94 (artículo 277 LGSS actual).

⁸ Sobre el subsidio de desempleo y, en general, sobre la cobertura de desempleo en España, vis. AESSS (MONEREO PEREZ, JL coord.) *“La protección por desempleo en España”*. Edit. Laborum. Murcia. 2015.

⁹ En el momento de reconocerse el subsidio de desempleo, en el caso enjuiciado en la STS de 23 de junio de 2013, el importe mensual del SMI era de 633,30 euros, por lo que el límite de rentas, a efectos del subsidio de desempleo, se situaba en 474,98 euros, cantidad inferior al salario que declaraba la interesada al SPEE en 24 de septiembre de 2010.

¹⁰ Artículo 221 LGSS/94 –en la fecha del caso enjuiciado–; artículo 282 LGSS.

¹¹ La cuantía del subsidio de desempleo equivale a un porcentaje del Indicador Público de Referencia de Efectos múltiples (IPREM), en función de la existencia o no de cargas familiares, de manera que, teniendo un hijo a cargo, ese porcentaje se situaba en el 80 por 100 del IPREM. En 2010, el IPREM tenía una cuantía mensual de 532,51 euros.

justificación normativa, desde el momento en que los ingresos del trabajo superaban el límite de carencia de rentas¹².

2.2. La naturaleza de recurso de reposición y su aplicación al caso enjuiciado

En toda la cuestión procesal analizada en la STS de 23.06.2015, se debate la cuestión del acceso al recurso de suplicación en aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la comisión de una infracción grave en materia de desempleo, se impone, como sanción, la extinción de la prestación que se venía recibiendo (así como el reintegro de los importes percibidos, por el tiempo al que se extiende la extinción de la prestación), situándose la problemática en sí, en tales casos, la posibilidad o no del recurso depende de la cuantía del objeto solicitado¹³ o, por el contrario, ha de primar el hecho que se está en presencia de una extinción de la percepción de la prestación o del subsidio de desempleo, en cuyo caso cabe siempre recurso de suplicación contra la sentencia dictada en instancia, con independencia del importe del objeto del proceso¹⁴.

Como ha venido señalando la doctrina¹⁵, el recurso de suplicación no puede configurarse como una especie de recurso de apelación o una segunda instancia, sino que se trata de un recurso de carácter extraordinario, en el que el Tribunal *ad quem* (las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia) no puede, por ejemplo, efectuar con carácter general una revisión de los supuestos de hecho o de las pruebas practicada por el juzgador de instancia (o de los elementos de convicción, como viene indicando la jurisprudencia). Y ese carácter extraordinario motiva que solo cabe acceder al recurso de suplicación en los supuestos y con los requisitos establecidos en la LRJS, entre los que se encuentran los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable¹⁶, si bien, en otros supuestos, la ley procesal deniega el acceso al recurso de suplicación en los casos de reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros¹⁷.

¹² Sobre la incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y el trabajo, vid. DIAZ RODRIGUEZ, JM “La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude” en AESSS “La protección por desempleo”. op. cit.

¹³ Con aplicación de las previsiones del artículo 192 LRJS, tesis mantenida en la STS de Valencia, de 20 de febrero de 2014.

¹⁴ Criterio mantenido por el Ministerio Fiscal en el correspondiente informe.

¹⁵ Aunque se analiza el recurso de suplicación en la anterior Ley de Procedimiento Laboral, es interesante el estudio de ORELLANA CANO, AM “*El recurso de suplicación en materia de Seguridad Social*”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Nº 84. Págs. 77-106. Ya con la LRJS vigente, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “*Los recursos de suplicación y casación en la Ley reguladora de la jurisdicción social*”. Revista Técnico Laboral. Nº 130. Diciembre 2011; SAIZ DE MARZO, I “*La afectación general a efectos del recurso de suplicación*”. Actualidad Laboral. Nº 11. Noviembre 2014 ó SEMPERE NAVARRO, Antonio “*El recurso de suplicación: objeto y ámbito*”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Nº 103. 2013.

¹⁶ Artículo 190.3 c) LRJS.

¹⁷ Salvo en procesos de impugnación de alta médica, en los que no cabe recurso de suplicación cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador (artículo 190.2. g) LRJS).

Para la determinación de dicho límite, en la impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social, la LRJS establece varios criterios, a efectos del recurso de suplicación¹⁸, como son:

- a) Si la reclamación versa sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso viene determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora¹⁹;
- b) dicha cuantía es el contenido económico de la pretensión o del acto objeto del proceso cuando sea susceptible de tal valoración y, en su caso, en cómputo anual;
- c) si se pretende el reconocimiento de un derecho o situación jurídica individualizada, la cuantía viene determinada por el valor económico de lo reclamado o, en su caso, por la diferencia respecto de lo previamente reconocido en vía administrativa; y
- d) por último, en los supuestos en que se pretenda la anulación de un acto, incluidos los de carácter sancionador, ha de atenderse al contenido económico del mismo²⁰.

En casos como los planteados, la STSJ de Valencia parte de la doctrina seguida por la Sala de lo Social del Tribunal (STS de 3 de febrero de 2003; rec. 1465/2002²¹), para la que cuando se trata de una imposición de una sanción, aunque la misma suponga la pérdida temporal –suspensión– de la prestación por desempleo²², a efectos de la posibilidad de interposición del correspondiente recurso de reposición contra la sentencia de instancia, es la cuantía de la prestación perdida la que determina dicha posibilidad, de modo que si la misma es inferior al límite establecido²³ no cabe interponer el señalado recurso.

Aplicando este mismo criterio de cuantificación, para el TSJ indicado, dado que el interés concreto del asunto resuelto por la SJ del Juzgado de lo Social nº1, de Alicante, con independencia de su origen, no alcanzaba la cuantía prevista en la norma procesal social (3.000 euros²⁴), no cabía recurso de suplicación, por lo que nunca debió ser admitido por el juzgador de instancia, sin necesidad de que la Sala, ante la ausencia de tal denegación, tenga

¹⁸ Artículo 192. 3 y 4 LRJS.

¹⁹ Esta misma regla se aplica a las reclamaciones de reconocimiento de derechos, siempre que tengan traducción económica.

²⁰ En todos los casos no se tienen en cuenta los intereses o recargos por mora.

²¹ Los criterios reflejados en la STS de 3 de febrero se recogen, de igual modo, en la STS de 5 de mayo de 2004 (rec. 3871/02).

²² En el caso planteado, la sanción impuesta traía su origen en una infracción leve, y consistía en la pérdida de una mensualidad de prestación por desempleo.

²³ De 300.000 ptas., en la época a que se refiere el caso enjuiciado en la STS de 3 de febrero de 2003, de acuerdo con el artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁴ Aunque la resolución administrativa, por la que se impuso la sanción de extinción del subsidio por desempleo, es anterior a la entrada en vigor de la LRJS, hay que tener en cuenta que la disposición transitoria 2ª.1 de la misma establece que las “sentencias y demás resoluciones que pongan fin a la instancia o al recurso, dictadas a partir de la vigencia de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en ella, en cuanto al régimen de recursos y demás medios de impugnación contra las mismas, así como en cuanto a su ejecución provisional y definitiva”.

que declarar su falta de competencia para conocer del objeto debatido, declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

Sin embargo, a esta tesis se opone otra “línea” (seguida, por ejemplo, en la STSJ de Cantabria, de 13 de septiembre 2013 (rec. 431/13), en la que se diferencia, a efectos del acceso al recurso de suplicación, cuando se trata de una sanción que lleva consigo la pérdida temporal o suspensión de una prestación de Seguridad Social (desempleo), del supuesto en el que la sanción, en función de la gravedad de la infracción, consiste en la extinción de la prestación (y, además, el reintegro de las cantidades percibidas durante el período al que se extiende la extinción), pues en estos casos se está en presencia de la excepción prevista en el 191.3 c) LRJS, conforme a la cual se prevé la procedencia del recurso de suplicación, sin que opere el límite de la cuantía litigiosa.

Ha de tenerse en cuenta que, aunque en todo el proceso ninguna de las partes actuantes (la persona demandante, a la que se le había extinguido la prestación, o el Servicio Público de Empleo Estatal) planteaba el tema del acceso a la suplicación, en función de la cuantía, o que la Sala del TS considera cuestionable la existencia de contradicción entre la Sentencia recurrida y la de contraste, al ser diferente el objeto del debate, sin embargo se procede a examinar de oficio la misma, al considerar que se está afectando al orden público procesal, así como a la propia competencia funcional del TS, en cuanto que la misma, en relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina, solo es posible contra las sentencia dictadas en suplicación, lo que su vez, implica que la eventual recurribilidad en casación queda condicionada a que la sentencia de instancia fuera –a su vez– recurrible en suplicación.

Y, a tales efectos, el TS diferencia los supuestos de pérdida temporal, por sanción, de una prestación (subsidio) por desempleo, por un importe inferior a la cuantía que la ley procesal fija como límite para acceder a la suplicación²⁵, en cuyo caso la cuantía de la pretensión es la determinante de la posibilidad de plantear recurso, y por lo tanto que este no resulta admisible ni viable cuando la pérdida de la prestación en que consiste la sanción no alcanza ese límite²⁶, de otros casos²⁷ en los que, aun no superando el *petitum* el límite indicado, sin embargo cabe admitir la posibilidad de la suplicación, considerando que la suspensión y la consecuente pérdida de la prestación, por un período temporal, no sólo provoca la pérdida de una cantidad de dinero, sino que, además, lleva aparejada otros perjuicios, como puede ser la pérdida de la inscripción como desempleado, con su efecto en los derechos que, como demandantes de empleo, se pudiera tener reconocidos

En base a tales criterios, para el TS, en la sentencia de 23 de junio de 2015, debe estimarse la procedencia del recurso de suplicación, cuando no se trata de una sanción que lleva aparejada la pérdida temporal del subsidio de desempleo, sino la extinción del mismo, considerando que la parte actora no se limitaba, en su demanda, a combatir la reclamación de cantidad en concepto de cobro indebido durante determinado periodo, sino que también se pretende la declaración, por no ajustada a derecho, de la resolución extintiva del subsidio de

²⁵ 300.000 pesetas establecidas en el artículo 189.1 de la anterior Ley de Procedimiento Laboral.

²⁶ Criterio mantenido en las SSTs de 21 de febrero (rec. 3958/98), 22 de junio (rec. 559/1999) y 10 de octubre (rec. 2320/1999) todas ellas de 2000, criterio ratificado en la STS de 3 de febrero de 2003 (rec. 1465/02)

²⁷ Por ejemplo, el enjuiciado en la STS de 26 de septiembre de 2000 (rec.4725/98).

desempleo, como consecuencia de una sanción por infracción grave del art. 25.3 LISOS, sanción que tiene unos efectos más allá de reintegro de las prestaciones indebidas, puesto que puede impedir el acceso a prestación o subsidio de desempleo que pudieran corresponderle por el agotamiento del derecho extinguido, en función de los trabajos que se llevaron a cabo, en compatibilidad con la percepción del subsidio.

De este modo, el TS declara la competencia funcional de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia para conocer la cuestión de fondo planteada y sobre la nulidad planteada en relación con la sentencia de instancia.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Aunque de la lectura de la STS de 23 de junio de 2015 podría deducirse que la doctrina contenida en la misma no hace sino reiterar criterios anterior del mismo Tribunal (en especial, las SSTS de 26 de septiembre de 2000 –rec.4725/98– o 5 de mayo de 2004 –rec. 3871/2002–), sin embargo la importancia de la misma radica en que aclara y deja zanjada la cuestión, respecto del acceso a la suplicación en los supuestos en que se enjuicie la procedencia de una sanción, que lleva aparejada la pérdida de una prestación de Seguridad Social, aunque el importe de la prestación sea inferior a la cuantía que, conforme al artículo 191 LRJS, impide, con carácter general, el planteamiento del recurso de reposición contras las sentencias dictadas por los respectivos Juzgados de lo Social.

Del contenido de la STS de 23 de junio de 2015 (en relación con otras SSTS anteriores, indicadas en este comentario), cabe concluir en la forma siguiente:

- a) Con carácter general, en los casos de sanciones que lleven aparejada la pérdida temporal de la prestación/subsidio por desempleo, las sentencias de instancia solo pueden ser recurridas en suplicación cuando la cuantía de la prestación perdida supere los 3.000 euros.
- b) Esta limitación en el acceso a la suplicación no se aplica en los supuestos en los que la sanción impuesta implica la extinción definitiva de la prestación/subsidio de desempleo, ya que en tal caso entran en juego las previsiones del apartado 3 c) del artículo 191 LRJS, mediante el que se admite, con independencia de la cuantía, el recurso de suplicación en todos los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social.
- c) Pero, además, incluso en el supuesto señalado en el párrafo a) anterior, puede ser admisible el recurso de suplicación cuando la sanción impuesta no sólo provoca la pérdida de una cantidad de dinero, sino que, además, lleva aparejados otros perjuicios, como puede ser la pérdida de la inscripción como desempleado, con su efecto en los derechos que, como demandantes de empleo, se pudiera tener reconocidos.

Protección por desempleo parcial del funcionario interino Análisis de la sentencia del tribunal supremo de 15 de septiembre de 2015

Partial unemployment protection for acting officer Spanish Supreme Court Judgment of 15th of september 2015 analysis

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA*

Resumen

El presente estudio analiza la jurisprudencia establecida acerca de la protección por desempleo de los funcionarios interinos; en el caso se trata de un supuesto de desempleo parcial, pero la doctrina puede implicar efectos más generales y en ella la solución judicial opta por una protección material de la situación de desempleo de estos empleados públicos, obviando los obstáculos formales que pudieran derivarse de una interpretación literal de la ley, frente a la que se ha prevalecer su condición de sujetos protegidos.

Abstract

This study analyzes the jurisprudence about unemployment protection of acting officers. This work looks at a case of partial unemployment, but this jurisprudence could have more general effects. Judicial settlement (by Spanish Supreme Court) in this case opts to offer a material protection of unemployment to public employees without taking full account of formal matters. Protected subjects are preferred instead of a literal interpretation of the legislative text.

Palabras clave

Seguridad Social, Protección Social, Desempleo, Reducción de jornada, Funcionario interino

Keywords

Social security/Social welfare, Social protection, Unemployment, Reduction in working hours, Acting officer

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El problema que analiza esta sentencia, que como luego diré se inscribe en una línea jurisprudencial constituida por otras varias resoluciones, se centra en la delimitación de la protección por desempleo de los funcionarios interinos; en realidad la línea jurisprudencial analiza la cuestión en supuestos de desempleo parcial por reducción de la jornada pero, al hilo de ese supuesto específico, la doctrina es más amplia pues está determinando hasta donde alcanzan los derechos en la materia de sujetos incluidos en el ámbito de la protección de desempleo pero cuyas relaciones con su empleador no son de naturaleza laboral sino administrativa.

Para situar y entender el problema hay que tomar en consideración los preceptos en cuestión que suscitan las dudas que plantea el supuesto resuelto en la sentencia que se comenta.

En el momento en que se suscita el litigio, en los años 2012 y 2013, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social vigente en aquél momento, aprobado por

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (TRLGSS 1994), determinaba en su artículo 205 el ámbito subjetivo de la protección por desempleo, incluyendo entre las personas protegidas, siempre que estuviese prevista la cotización por esta contingencia, al personal contratado en régimen de derecho administrativo y a los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas y en el artículo 206 establecía la acción protectora, sin diferenciar entre los sujetos protegidos; acción protectora que comprendía en el nivel contributivo la protección por desempleo total o parcial, como determinaba el artículo 206.1.1) a).

Entre esos funcionarios de empleo están los funcionarios interinos, como hoy se establece con mayor precisión técnica en el artículo 264.1.d) del actual Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS 2015), que considera sujetos protegidas a los funcionarios interinos, al personal eventual y al contratado en su momento en régimen de derecho administrativo al servicio de las Administraciones Públicas, manteniendo la acción protectora, por lo que interesa en la cuestión, en el actual artículo 265 en los mismos términos que se expusieron en relación con el anterior texto.

En ese marco normativo y como consecuencia de las políticas de recorte del gasto público el Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero, de la Generalidad Valenciana, adoptó medidas urgentes para la reducción del déficit público en la Comunidad Valenciana.

Esta norma, en su artículo 3, apartados 1 y 3, establecía que, con efectos del día 1 de marzo de 2012, la jornada semanal de los funcionarios interinos al servicio de la citada administración pasaría a ser de 25 horas, reduciéndose pues aproximadamente en un tercio, con la consiguiente reducción salarial.

Es significativo señalar que para el personal laboral temporal se establecía que, al efecto de lograr la misma medida, se tramitaría un expediente de reducción de jornada al amparo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

La duración de la medida, conforme a la Disposición Final Primera del citado Decreto-Ley, alcanzó a los ejercicios 2012 y 2013, iniciándose en 1 de marzo de 2012 y finalizando el 31 de diciembre de 2013.

Los funcionarios interinos afectados, al amparo de los preceptos que los incluían en el ámbito subjetivo de la protección por desempleo pues venían cotizando por esta contingencia, solicitaron las correspondientes prestaciones de desempleo por la parte de jornada que se les reducía y en ese momento es cuando se plantea el problema que se someterá a solución judicial, porque dichas solicitudes fueron denegadas por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) en resolución frente a la que estos funcionarios accionaron judicialmente, viendo como su demanda era desestimada tanto en instancia como en suplicación en sendas sentencias que confirmaron la resolución administrativa dictada por el SEPE, entendiéndose que la inclusión de los funcionarios interinos en el ámbito de la protección por desempleo alcanzaba los supuestos de extinción de la relación pero no los de desempleo parcial.

Para entender esta diferenciación hay que tener en cuenta que los artículos 203.3 y 208.3 del TRLGSS 1994 vigente en aquél momento, coincidentes sustancialmente con los actuales artículos 262.3 y 267.1.c) TRLGSS 2015, consideraba como desempleo parcial la reducción temporal de la jornada de trabajo entre un mínimo de un 10% y un máximo de un 70%, siempre que el salario fuese objeto de análoga reducción y añadían que a estos efectos se entendería –y entenderá actualmente– por reducción temporal de la jornada aquella que se decida por el empresario al amparo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, estimándose que en ese caso existía situación legal de desempleo.

Hay que destacar que esos preceptos se enmarcan en una regulación de las situaciones legales de desempleo que, en general, contempla en materia de extinción, suspensión y reducción de jornada exclusivamente a supuestos derivados de una previa relación de naturaleza laboral, ignorando, pues, esas otras relaciones de naturaleza administrativa a las que se hizo mención.

El Tribunal Supremo entrará a resolver el supuesto en virtud de considerar contradictoria con la sentencia de suplicación a que se hizo mención, otra de la Sala de lo Social del propio Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que sí reconoció prestación de desempleo parcial a un funcionario interino ante la extinción de una relación a tiempo parcial que venía manteniendo con la Generalidad Valenciana.

La sentencia que se estima contradictoria es de fecha 17 de junio de 2008, Recurso 1070/2007 y, como puede verse, el supuesto no es exactamente coincidente pues en ella se planteaba el derecho al desempleo parcial por extinción de una relación a tiempo parcial, mientras que en el supuesto a resolver se planteaba ese derecho ante una reducción de jornada temporal, pero la contradicción se estimará existente porque lo que se discute en ambos casos, con independencia de cuál sea la situación legal de desempleo, es si existe o no derecho de los funcionarios interinos a la protección por desempleo parcial, quedando así centrado el debate y establecido en esos términos el supuesto de hecho que se aborda en la sentencia que comento.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Como ya dije, la sentencia que se comenta, la STS de 15 de septiembre de 2015, Recurso 2796/2014, se enmarca en una línea doctrinal de la que forman parte diversas sentencias todas ellas coincidentes en el supuesto de hecho y en la solución que le dan¹, lo que permitirá a esta sentencia remitirse, para una más exhaustiva fundamentación, a alguna sentencia precedente, concretamente a la STS de 27 de julio de 2015, Recurso 2881/2014 que, por lo tanto, debe tenerse presente para analizar la doctrina judicial establecida.

La sentencia que comento establecerá tres elementos esenciales para resolver el litigio:

¹ Las sentencias a que me refiero son, además de la que se comenta y la otra que se cita en el texto, las siguientes hasta el momento: SSTS 1-7-2015, Recurso 3408/2014; 27-7-2015, Recurso 2862/2014; 9-9-2015, Recurso 2880/2014; 14-9-2015, Recurso 2009/2014; 14-9-2015, Recurso 2467/2014 y 27-10-2015, Recurso 2876/2014.

1º) La existencia de una contradicción entre dos fallos judiciales que permite unificar doctrina, aplicando una doctrina amplia que ya se ha consolidado, superando el rigorismo inicial.

Así, como dije, aunque los supuestos contemplados en el supuesto a resolver y en la sentencia de contraste no sean absolutamente idénticos sí que lo es, en opinión de la Sala, el problema jurídico que debe resolverse que no es otro que el posible derecho de los funcionarios interinos a la protección por desempleo parcial, sea cual sea la causa, la situación legal de desempleo, de la que derive ese derecho (Fundamento de derecho primero de la sentencia).

2º) La evidencia de que la normativa incluye a los funcionarios interinos al servicio de las Administraciones Públicas en la protección por desempleo, siempre que hayan cotizado por esa contingencia, situación que se producía en el caso concreto en el que la persona afectada ostentaba tal condición y había cotizado en el Régimen General –al ser funcionario autonómico–, incluyendo en este caso la cotización por desempleo.

3º) La existencia de situación legal de desempleo con derecho a la protección por desempleo parcial como consecuencia de que a la persona afectada se le había reducido la jornada entre el 10% y el 70%, concretamente se estableció en instancia que la reducción de jornada y salarial era de un 33%, con reducción proporcional del salario y todo ello con carácter temporal, en concreto desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013, y por decisión unilateral de la empleadora, lo que debe prevalecer frente al hecho de que la reducción no se haya producido a través del procedimiento previsto en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, recuérdese que en este caso derivaba de la decisión de la Administración empleadora al amparo del Decreto-Ley 1/2012 del Consell de la Generalidad Valenciana ya citado, no habiendo aplicado la Generalitat el procedimiento previsto en el art. 47 ET, pues su uso, tal como expresamente establecía en aquel momento la Disposición Adicional 21ª del Estatuto de los Trabajadores, no era posible por parte de las Administraciones Públicas ni por las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo aquellas que se financiasen mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, disposición que actualmente se contiene en el mismo sentido en la Disposición Adicional 17ª del vigente Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, pese a que, como se dijo, el citado Decreto-Ley preveía el acogimiento al artículo 47 ET para el personal laboral.

La fundamentación en la sentencia comentada es escueta pero, como se avanzó, la propia sentencia se remite a la precedente de la misma Sala de 27 de julio de 2015 para ampliar la fundamentación jurídica de la doctrina establecida.

Acudiendo a dicha sentencia se puede establecer que lo determinante para el Tribunal Supremo no es si la situación de reducción de jornada se ha producido formalmente al amparo del artículo 47 ET, esto es a través del procedimiento establecido en el mismo, lo que para las Administraciones Públicas siempre sería imposible, sino si materialmente se cumplen los requisitos que para esa reducción se exigen en el citado precepto, esto es: decisión empresarial, reducción entre el 10% y el 70%, reducción proporcional del salario, temporalidad de la medida y causas económicas, técnicas organizativas o de producción. Todos ellos se consideran presentes en el caso resuelto al derivar la reducción de una medida

tomada por la Administración en atención a su situación económica y para reducir el déficit público, operándose dentro de los parámetros de reducción antes mencionados y con una duración temporal –hasta 31 de diciembre de 2013–.

El único requisito que no se cumple es, pues, el procedimental pero este debe ceder ante la concurrencia de los requisitos materiales, entendiéndose la sentencia que sería absurdo exigir un requisito procedimental de cumplimiento imposible en cuanto afecta a funcionarios y Administraciones Públicas.

Para salvar lo que se derivaría de una aplicación literal del precepto la STS de 27 de julio de 2015, en el apartado 4 del Fundamento Jurídico Cuarto, razonará lo siguiente:

“a) El artículo sexto de la Ley 31/1984 establece los supuestos de situación legal de desempleo por referencia a supuestos de extinción o suspensión de la relación laboral y reducción de la jornada ordinaria.

Ninguna de las tres posibilidades revela el propósito de su restricción respecto a los sujetos comprendidos en el artículo 3.1;

b) No existe una total correspondencia entre la clasificación de los tipos de situación legal de desempleo y los medios de acreditación. Así, la situación de extinción «laboral» cuenta con seis medios de acreditación, mientras que en el caso de relaciones administrativas no se describe medio de acreditar la suspensión ni la reducción limitando la previsión a la extinción de la relación administrativa. Esa ausencia de determinación explícita sobre cómo acreditar una situación protegida no puede conducir a negar la posibilidad de percibir desempleo.

c) En la incorporación al Texto Refundido de la LGSS del sistema de protección por desempleo, son preceptos de aplicación el artículo 205.1 (declara sujetos protegidos al personal contratado en régimen de Derecho Administrativo y a los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas), el 206 (describe la acción protectora como total o parcial, sin acepción de sujetos), el 207 (establece los requisitos, en especial encontrarse en situación legal de desempleo) y el artículo 208 (listando las situaciones protegidas: la extinción «de la relación laboral», la suspensión de la «relación laboral» y la reducción temporal de la «relación laboral» y a continuación los supuestos antaño reflejados en el artículo sexto de la Ley 31/1984 de 2 de agosto, apartados cuatro y cinco más otros de nueva incorporación y que no son de interés en este caso). Es fácil advertir que el olvido persiste y que la técnica de redacción permanece intacta en cuanto a omisiones. Se reconoce en el artículo 205 la condición de sujetos protegidos a quienes no son titulares de una relación laboral pero se prescinde de toda mención a la relación de Derecho Administrativo en los artículos 206, 207 y 208.

d) Ante tan reiterada situación, de ser aplicadas las normas de manera literal se podría desembocar en un resultado absurdo: atribuir la condición de sujeto protegido en 1984 al colectivo de referencia y no haber regulado jamás las modalidades, los requisitos y la esencial definición de la situación de desempleo, a lo largo de prácticamente treinta años.

e) Por ello ha de activarse el canon hermenéutico que el artículo 3 del Código Civil establece para la interpretación de las normas: la relación con el contexto, y los antecedentes históricos y legislativos. El contexto lo proporcionaba

en 1984 el artículo tercero de la Ley 31/1984 (en la actualidad el artículo 205.1 LGSS), los antecedentes históricos y legislativos se obtienen no solo de la Ley 31/1984 y de su Exposición de Motivos, sino también del RD 625/1985 de 2 de abril al referir en su artículo Primero, apartado Dos la forma de acreditar la extinción de la relación administrativa.

f) Con semejantes instrumentos y el tamiz constitucional del artículo 41 hemos de concluir que el término «relación laboral» debe ser interpretado como equivalente a la relación de servicios que el sujeto ha venido manteniendo con su empleador. En ese ámbito de normas de desempleo, por tanto, se ha de tomar como una denominación genérica que en cada caso deberá ser reconducida a las peculiaridades del vínculo. Ello comporta limitar el radio aplicativo del requisito en estudio (haber seguido el procedimiento del artículo 47 ET) a aquellos beneficiarios que en su actividad profesional se rigen por la citada norma laboral sin extenderlo indebidamente a relaciones sometidas a Derecho Administrativo.”

En definitiva prevalece, como puede verse, una solución basada en la identidad material de los supuestos de reducción de jornada antes que una solución basada en una supuesta identidad formal, que solo podría ampararse en una interpretación excesivamente literal que conduciría al absurdo de negar protección social a una situación que la merece y que ningún dato permite llegar a la conclusión de que el legislador decidió dejarla desprotegida.

Debe destacarse, además, el matiz constitucional que introduce el Tribunal Supremo en el sentido de buscar una interpretación que tenga en cuenta la búsqueda de la mayor protección social al amparo del artículo 41 de la Constitución Española.

Hasta aquí el resumen de la doctrina que establece la sentencia comentada que coincide con toda la línea jurisprudencial consolidada en el conjunto de sentencia ya citadas.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Para valorar la sentencia y la doctrina que emana de ella y que se desprende de toda la serie de sentencias coincidentes a la que ya se hizo mención, el primer elemento que debe destacarse es la referencia constitucional que la propia resolución judicial introduce.

En efecto, no es ociosa la remisión al artículo 41 de la Constitución Española; es más ese canon interpretativo en clave constitucional debería utilizarse con mucha mayor frecuencia.

En efecto, el citado precepto obliga a la existencia de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

Es un precepto fundamental en la construcción de un Estado Social y que, por cierto, evidencia la falacia de los argumentos que pronostican una quiebra del sistema de pensiones públicas, lo que solo podría ocurrir si se modificase la Constitución y se eliminase este precepto.

Es cierto que una interpretación constitucional muy consolidada ha entendido que el precepto constitucional deja un amplio margen de actuación al legislador ordinario para tener

en cuenta la situación social de cada momento, las posibilidades presupuestarias y el equilibrio financiero del sistema², por lo que no son imposibles recortes y ajustes en el sistema e incluso la subsistencia de algunas áreas de menor protección, pero sin obviar tampoco que ese margen del legislador ordinario debe respetar en todo caso un marco de protección suficientemente amplio que haga reconocible en términos de la conciencia social de cada momento el régimen como propio de lo que se entendería por Seguridad Social Pública, existiendo pues un núcleo indisponible para el legislador ordinario³.

Lógicamente, además, ese precepto como principio a tener en cuenta debe orientar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, tal como expresamente dispone la Constitución Española (art. 53.3).

No es, pues, artificial entender que, salvo disposición en contrario, la interpretación más constitucional y predicable de una norma es la que garantice un mayor ámbito de protección frente a situaciones como el desempleo expresamente citadas en las normas constitucionales.

Es cierto que ese principio constitucional destinado a configurar el régimen público de Seguridad Social, como cualquier otro principio del mismo tenor, solo puede ser alegado conforme a la legislación ordinaria que lo regule, como también establece el citado artículo 53.3 de la Constitución, aunque teniendo en cuenta los matices que ya expuse.

Incluso no es ocioso advertir que, abordando precisamente el régimen jurídico del desempleo parcial el Tribunal Constitucional advirtió hace años que ese régimen, más que proteger una situación de necesidad social en los términos del artículo 41 de la Constitución Española, venía a ser un paliativo del perjuicio salarial que las medidas de reducción de jornada provocaban, pues propiamente en esa situación no se perdía el trabajo ni se estaba en desempleo pleno, por más que obviamente existiese una evidente conexión entre ambas situaciones (desempleo pleno y desempleo parcial)⁴.

Pese a tomar en consideración todo ello, no puede ignorarse que en el presente caso es la propia legislación ordinaria la que ha decidido que la protección por desempleo se extienda, como se analizó, a los funcionarios interinos y debe recordarse que, cuando la ley ordinaria los incluye en ese ámbito específico de protección social, no hace matiz o distinción de ningún tipo, ni establece ningún precepto limitativo o que excluya algún ámbito de la protección por desempleo; el único condicionante, lógico por otra parte, es que esté prevista la cotización por esta contingencia, manteniendo así, inicialmente, la relación contributiva de esta prestación.

Esa inclusión sin matices es la que se encuentra sin género de dudas en el artículo 205 TRLGSS 1994, vigente en el momento de producirse y resolverse el litigio, y en el actual 264.1.d) TRLGSS 2015.

² Por ejemplo, al respecto, STC 184/1993, de 31 de mayo; STC 197/2003, de 30 de octubre; o, entre otras, STC 213/2005, de 21 de julio.

³ Como se desprende, por ejemplo y entre otras de STC 32/1981, de 28 de julio; STC 26/1987, de 27 de febrero; STC 213/2005, de 21 de julio, etc.

⁴ Así se razonaba en STC 213/2005, de 21 de julio.

Es más, como también avancé, cuando se delimita el alcance de la acción protectora en cuyo ámbito se han incluido los funcionarios interinos, se especifica, igualmente sin distinciones, limitaciones o exclusiones, que la misma comprende el desempleo total y el desempleo parcial, como se indicaba en el artículo 206 TRLGSS 1994 y se indica actualmente en el artículo 265 TRLGSS 2015.

El concepto de desempleo parcial no hace referencia a la extinción de un contrato a tiempo parcial sino que se corresponde con las situaciones de reducción de jornada en sentido material, a las que se referían los artículos 203.3 y 208.3 del TRLGSS 1994 vigentes en aquél momento y coincidentes sustancialmente con los actuales artículos 262.3 y 267.1.c) TRLGSS 2015.

No existía, pues, en términos generales una exclusión de los funcionarios interinos de la protección por desempleo parcial y por ello tenía difícil encaje asumir lo anterior si se entendía que el único desempleo parcial protegido era el que se tramitaba a través del procedimiento previsto en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, procedimiento no aplicable a las Administraciones Públicas y que, en consecuencia, jamás podía conducir a la protección por desempleo parcial de los funcionarios interinos.

Se producía así el absurdo de incluirlos en la protección en términos generales, pero hacer en concreto imposible que disfrutasen de la misma.

Una regulación como la comentada solo podía interpretarse desde dos perspectivas:

1ª) Una desprotectora que se atenía al tenor literal y que conducía a entender que cuando el legislador ordinario aludía al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores estaba privando de protección por desempleo parcial a las personas que no estuviesen sujetas a relación laboral. Es la que se acogió en instancia y se confirmó en suplicación.

2ª) Una protectora en sentido extensivo, que obviaba el tenor literal y consideraba que el legislador, por omisión o imperfección técnica, procedía a regular toda la prestación de desempleo pensando en el supuesto más típico, la relación laboral, entendida esta como la situación paradigmática en la que se da el desempleo y consiguientemente la protección por desempleo, pero sin ninguna intención de excluir de protección o reducir la protección dispensada a aquellas otras relaciones de servicio distintas de la laboral pero incluidas en el ámbito subjetivo de la protección por desempleo.

La primera interpretación se atenía al tenor literal de la norma y obviaba la aparente contradicción que entonces se producía entendiendo, como hicieron la sentencia de instancia y la de suplicación, que la inclusión de los funcionarios interinos no alcanzaba a la protección por desempleo parcial; la segunda, obligaba a una reconstrucción en perspectiva finalista, entendiendo que las referencias a la relación laboral y al régimen jurídico de la misma se ofrecían como supuesto más habitual de protección, pero podían reconducirse en las restantes relaciones no laborales pero incluidas en el ámbito de protección a las instituciones propias de las mismas y, en concreto, en materia de funcionarios al régimen jurídico aplicable a los mismos que, obviamente, no sería el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores en lo que hace a la reducción de jornada.

Es esta segunda la opción que acoge la sentencia y entonces entiende, con buena técnica interpretativa, que las menciones a la relación laboral deben entenderse hechas a cualquier relación de servicios protegida y que las referencias a preceptos o instituciones propias del régimen jurídico-laboral pueden ser, igualmente, sustituidas por cualquier precepto que regule esas otras relaciones laborales protegidas y que conduzca a una situación materialmente análoga a la que puede depararse en el ámbito laboral y, por tanto, protegible en los mismos términos que en este.

Es esa la operación que hace la sentencia comentada –y las coincidentes con ella– considerando pues que la situación de reducción de jornada protegida a efectos de desempleo en el ámbito laboral, tiene dos tipos de requisitos, unos materiales y otro formal.

Los requisitos materiales son, desde esta interpretación, los esenciales porque son los que determinan la existencia de una situación social de necesidad o al menos merecedora de protección social por la Seguridad Social.

Estos requisitos serán ineludibles en cualquier relación –laboral o no– siempre claro es, que sea posible cumplirlos en la misma, suscitándose la duda de lo que ocurriría si alguno no pudiera cumplirse, si bien en ese caso podría entenderse que no se estaría ante la situación protegida.

En el supuesto contemplado esos requisitos sí que se daban en su totalidad, identificándose con claridad cinco: reducción de jornada en un porcentaje entre el 10% y el 70%, carácter involuntario para el trabajador de la misma, reducción proporcional de la retribución, causalidad de la medida derivada de circunstancias del funcionamiento empresarial (causa económica, organizativa, técnico o de producción) y, finalmente, temporalidad de la medida.

Como se dijo, la reducción de jornada era de aproximadamente un tercio; el carácter involuntario evidente en cuanto derivaba de una decisión de la administración empleadora amparada en un precepto legal que se lo permitía, más bien que le obligaba a ello; la reducción proporcional de la retribución concurría también e incluso venía impuesta en el precepto legal que daba cobertura a la decisión; la causalidad era evidente pues la medida se hacía depender en el precepto legal habilitante de la situación de déficit presupuestario y la medida se presentaba como una estricta respuesta al mismo y, finalmente, la temporalidad se especificaba en la propia norma legal que determinaba el ámbito temporal de la medida que se produciría desde el 1 de marzo de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2013.

Concurrían, pues, todos los requisitos materiales para entender que se estaba ante la situación protegida –desempleo parcial– si el sujeto afectado estaba comprendido en el ámbito de protección de desempleo, como era el caso.

El otro o, en su caso, otros requisitos de índole formal, procedimental, resultan accesorios en orden a deparar la protección pues la normativa de desempleo generalmente los establece en atención a la relación laboral, obviando que hay otras relaciones igualmente protegidas; por ello al ser este requisito accidental o secundario, se entiende exigible solamente en las relaciones en las que sea posible y se admite su sustitución por el procedimiento o trámite formal que en otras relaciones venga a sustituirle. En el caso

concreto el requisito formal es que la decisión empresarial se adopte en el marco del procedimiento regulado en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, pero eso, obviamente, no puede exigirse en otras relaciones a las que esa norma no resulte aplicable.

Por ello la doctrina atiende a lo que es esencial de ese procedimiento, lo que enlaza con los requisitos materiales o de fondo; si se analiza lo que es esencial se pueden encontrar dos elementos nucleares: la existencia de una norma habilitante de la medida (en las relaciones laborales el propio artículo 47 ya citado) y la decisión del empleador justificada en la causalidad a la que se hizo referencia.

Ambos requisitos formales se cumplen en la situación que se contempla; existe precepto legal habilitante, en concreto el Decreto-Ley 1/2012 del Consell de la Generalidad Valenciana, y la decisión se adoptó por la causa económica indicada y por el órgano de la administración valenciana para que la prestaba servicios la persona afectada.

La no aplicación del procedimiento del citado art. 47 resultaba así irrelevante frente al cumplimiento de los requisitos materiales que determinaban la existencia de una situación merecedora de protección que eran los que debían prevalecer, al margen como he expuesto de que, incluso si se procedía a un análisis de las exigencias formales, lo esencial de las mismas e cumplía también, bien a que a través del cauce procedimental procedente en la relación funcional, lógicamente distinto del correspondiente a las relaciones laborales.

Establecido lo anterior todos los preceptos de la legislación de Seguridad Social aplicables al caso deben reinterpretarse, entendiéndose que las exigencias que se hagan en supuestos de existencia de relación laboral deben ser sustituidas por las que pueden ser análogas en las otras situaciones protegidas en las que la relación entre las partes no sea laboral.

Así, por ejemplo, la acreditación de la situación legal de desempleo en estos casos de desempleo parcial por reducción de jornada, conforme a las previsiones del actual artículo 267.3.a) del TRLGSS 2015, cuando la relación laboral haya sido laboral y la reducción se haya producido en consecuencia mediante el procedimiento del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, se hará con la comunicación empresarial de haberse acogido a esa medida y con todos los trámites, inclusive de comunicación a la autoridad laboral exigibles en ese supuesto; pero en las relaciones no laborales bastará con la comunicación de la entidad empleadora de haber utilizado la medida conforme a las previsiones legales que se lo autorizan, aunque expresamente no se contemple esa posibilidad en el citado precepto que, como ya se expuso, está pensado exclusivamente en atención al supuesto más típico que es la existencia de relación laboral. Queda la duda de si también en estos casos en los que no existe relación laboral habría que hacer una previa comunicación a la autoridad laboral indicando los afectados por la medida, su duración, el número de horas de reducción y el porcentaje de reducción exigible. Ciertamente esa exigencia se establece en relación con el procedimiento del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y por ello en atención a la doctrina que se comenta parecería excluida, aunque tampoco carecería de sentido mantener su exigibilidad en aras a su utilidad en estos casos a efectos de un mayor control público de la medida por la Administración laboral y el Servicio Público de Empleo Estatal.

Esta solución general que conduce a una reinterpretación de los preceptos legales merece, como avancé, una valoración positiva porque antepone lo material a lo formal,

buscando así no dejar desprotegidas situaciones que razonablemente merecen protección y que guardan una identidad sustancial con aquellas otras que claramente quedan integradas en la norma.

Es la interpretación garantista que además enlaza con la dimensión constitucional de la protección social a la que ya hice referencia e incluso con la dinámica propia del respeto a los derechos en un Estado Social, orientado hacia la máxima eficacia de los mismos y que huye de su posible limitación por razones formales o no esenciales y que por tanto no se ajustarían a la consecución de la igualdad real entre los ciudadanos.

No es lógico pensar desde esa interpretación constitucional y desde la cláusula de Estado Social que el legislador incorpore en el ámbito protector a unos sujetos pero luego, para depararles la protección en cuyo ámbito les ha incluido, exija un requisito de imposible cumplimiento.

La técnica interpretativa que deriva de esta doctrina judicial me parece la mejor en materias como la protección social y desde luego la exigible siempre que deba interpretarse alguna situación en clave constitucional; por eso, además de entenderla plenamente acertada, avancé que desborda el caso concreto porque está fijando una solución hermenéutica que sería aplicable en cualquier otro con perfiles similares.

Es una solución que se plantea para un supuesto muy concreto pero que, sin duda, tiene una dimensión de generalidad que es deseable que se consolide y se utilice en otros muchos supuestos y que, desde luego parece de ineludible aplicación en toda la protección por desempleo de las personas incluidas en el ámbito de la misma que realicen prestaciones de trabajo sujetas a relaciones distintas a la laboral.

Es bueno, pues, que en la aplicación de las medidas legales destinadas a garantizar a los ciudadanos la protección social, se prescinda de interpretaciones formalistas que limiten esa protección y se dote de la mayor eficacia interpretativa a los principios constitucionales y a esa cláusula de Estado Social en la búsqueda de la justicia material inseparable de la más amplia protección posible de los derechos de los ciudadanos.

El despido improcedente como supuesto extintivo habilitante de la reposición de la prestación por desempleo

STS de 13 de mayo de 2015

Unfair dismissal as alleged discontinuance enabling the replacement of unemployment benefit

STS of may 13, 2015

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE HUELVA*

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

*PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA*

Resumen

El objeto del presente trabajo no es otro que analizar el tratamiento que recibe en la jurisprudencia la figura de la reposición de la prestación por desempleo contributiva. En concreto, en relación a los supuestos extintivos del contrato de trabajo habilitantes para poder acceder a dicha institución jurídica. Se ha tratado de analizar si mediante la vía jurisdiccional se ha procedido a incluir otros supuestos distintos a los establecidos de manera taxativa en la normativa reguladora de la reposición, tal como se reclamaba desde distintos foros doctrinales. De manera específica se ha venido a examinar el enjuiciamiento que lleva a cabo la doctrina judicial, al objeto del reconocimiento de la reposición, en relación a una determinada situación, como es la declaración de improcedencia del despido objetivo recaído sobre trabajador.

Abstract

The purpose of this work is simply to analyze the treatment given in the jurisprudence figure replenishing the contributory unemployment benefit. Specifically, in relation to the alleged Extinctive work contract enabling to access the legal institution. It has tried to analyze whether by judicial process has proceeded to include other cases other than those set out exhaustively in the legislation regulating the replacement, as demanded from different doctrinal forums. Specifically it has been to examine the prosecution carried out by the judicial doctrine, the object recognition replacement in relation to a particular situation, such as the denial of the objective dismissal befallen worker.

Palabras clave

Desempleo, reposición, despido, improcedente, suspensión

Keywords

Unemployment, replacement, dismissal, wrongful suspension

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

1.1. Delimitación conceptual de la cuestión jurídica enjuiciada

En el supuesto de hecho a examinar en estos momentos, nos encontramos con un trabajador que ha venido prestando servicios para una empresa desde el 13 de marzo de 1995. Por resolución de la autoridad laboral de 2 de febrero de 2010 se autorizó a la empresa a suspender el contrato de todos los trabajadores durante cuatro meses. El trabajador fue despedido el 2 de agosto de ese mismo año por causas objetivas, despido que fue declarado improcedente por defectos de forma, con motivo de la defectuosa redacción de la carta de

despido. El trabajador solicitó del Servicio Público de Empleo Estatal prestación por desempleo que le fue reconocida con efectos del 30 de agosto de 2010 durante un periodo de 720 días, si bien con descuento de 120 días, a consecuencia de la prestación ya disfrutada con motivo de la suspensión de su contrato durante dicho periodo con carácter previo a la extinción del contrato. El trabajador se muestra disconforme con la decisión adoptada por el Servicio de Empleo, al entender que se había descontado indebidamente el tiempo en el que su contrato estuvo suspendido. Por tanto, la cuestión que se discute en esta resolución judicial es si puede aplicarse al caso planteado la regla favorable al trabajador de la denominada como reposición de la prestación por desempleo al no descontarse los días de prestación consumidos durante el expediente de suspensión temporal de empleo. Es por ello, que a raíz de la cuestión planteada, debemos delimitar la figura de la reposición de otras instituciones jurídicas afines, las cuales no se ven comprometidas o discutidas en esta ocasión.

De este modo, la reposición consiste, en esencia, en volver a percibir la prestación por desempleo de nivel contributivo ya consumida por parte de aquellos trabajadores a los que se les haya suspendido su contrato o reducido su jornada por un expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal y, posteriormente, se les extinga el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En definitiva, se van a considerar como no consumidos, hasta un cierto límite, los días de prestación de desempleo correspondientes a ese período previo de regulación temporal de empleo. Partiendo de los elementos definidores de esta institución, la misma debe diferenciarse de otras figuras como los derechos de reanudación y de reapertura de una prestación por desempleo. En cuanto a la reanudación opera una vez finalizada la causa de suspensión del derecho a la prestación, reconociéndose al trabajador el derecho a recibir la prestación por desempleo durante el tiempo que reste, con arreglo a las bases y tipos correspondientes al momento de la suspensión. Mientras que la reapertura tiene lugar cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, y se reconozca una nueva prestación por desempleo sin haber agotado la prestación anterior. Por el contrario, la reposición se aplica al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal del contrato o reducción temporal de la jornada de trabajo, es decir, a la prestación por desempleo vigente en el momento de la suspensión o reducción de jornada y es acumulable a la reanudación o, en su caso, reapertura de la misma prestación que es objeto de reposición total o parcial¹.

1.2. Evolución legislativa de la reposición de la prestación por desempleo

Debemos poner de manifiesto en relación a esta institución, la intensa evolución legislativa que ha experimentado la misma en los últimos tiempos, la cual viene a establecer una interconexión funcional responsable entre la política de empleo y la Seguridad Social².

¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas”, *Aranzadi Social*, n.º 2, 2009, BIB 2009, 421, p. 12.

² No es un hecho enteramente nuevo esa vinculación, pues desde la concepción de los modernos Sistemas de Seguridad Social se adoptó una perspectiva explícita o implícita de ciclo vital, de manera que la Seguridad Social estaba montada sobre la base de un ciclo ternario que implicaba la consideración de la posición de la persona en el mercado en la correlación trilateral antes-durante-después del período de vida activa, MONEREO PÉREZ, J.L.: “ERE’s, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º Extra de Seguridad Social, 2009, p. 167.

Haciendo un repaso histórico a la sucesión de normas que han regulado la reposición de la prestación de desempleo, encontramos que la primera norma que lo reguló no fue el art. 3 de la Ley 27/2009, sino más bien el art. 8.3 de la Ley 31/1984 de protección de desempleo, que establecía que en los supuestos de afectación por una medida suspensiva o de reducción de jornada y posterior extinción contractual derivada de una autorización administrativa “los trabajadores afectados por dichas autorizaciones tendrán derecho a la prestación por desempleo sin que se compute a efectos de la duración máxima del mismo el tiempo durante el que percibieron el desempleo parcial o total en virtud de aquéllas, siempre que no medie un plazo superior a un año desde que finalizó la suspensión o reducción y la efectividad de la extinción autorizada”. Dicho precepto fue derogado por la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

El RD-Ley 2/2009, de 6 de marzo, lo rescata, y la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, lo convalida aunque con alguna modificación referida a la ampliación de los plazos para resolver los EREs, los procedimientos concursales o despidos objetivos (art. 3.1) y se consagra como un instrumento dirigido a mejorar la protección de las personas desempleadas (exposición de motivos) de tal manera que “cuando se autorice a una empresa, en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo o procedimientos concursales, a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos, o se extinga el contrato al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones con un límite máximo de 120 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las resoluciones administrativas o judiciales que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, ambos inclusive; b) Que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2010”.

El artículo 9 del RD-Ley 10/2010, mantuvo el derecho de reposición, modificando a través del mismo el artículo 3 de la Ley 27/2009, en cuanto al límite máximo de reposición que pasó de 120 días a 180 días, y con relación a las autorizaciones de suspensión o reducciones de jornada se amplió el plazo de un año de tal forma que se podían acoger las que se hubiere producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, pero siempre y cuando los despidos o resolución administrativa o judicial extintiva de la relación, se produjere de forma sucesiva y en el periodo comprendido entre el 18 de junio de 2009 y el 31 de diciembre de 2012. La Ley 35/2010 de convalidación, no alteró lo ya regulado en el RD-Ley.

Nuevamente en virtud del RD-Ley 3/2012, de 10 febrero, se acogió la figura de la reposición pero, esta vez, se eliminó el cobro de la prestación de desempleo en el supuesto de dos suspensiones o reducciones sucesivas. La Ley 3/2012, no alteró para nada lo dispuesto en el mismo. De tal forma que el art. 16 establecía que “Cuando una empresa, en virtud del artículo 47 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de un procedimiento concursal, haya suspendido contratos de trabajo, de forma continuada o no, o haya reducido el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se extingan contratos al amparo de los artículos 51 ó 52.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los

Trabajadores, o del artículo 64 de la Ley Concursal, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas suspensiones o reducciones con un límite máximo de 180 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive; b) Que el despido se produzca entre la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley y el 31 de diciembre de 2013”.

Por su parte de la exposición de motivos en relación con estos supuestos, se infiere que los prorroga de forma expresa, aunque reduce los periodos, dejando fuera los expediente que se hayan producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, y las extinciones que se produjeran entre 18 de junio de 2009 y el 12 de febrero de 2012.

La última modificación la trae el RD-Ley 1/2013, y en este sentido, vuelve a ampliar los periodos por arriba y a suprimirlos por abajo, de tal manera, que en la actualidad, en lo que se refiere a las suspensiones o reducciones de jornada, abarca a las que se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive. Por lo que en este aspecto no amplía el periodo, pero en cambio, para el despido si lo hace, deberá haberse producido entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014, ampliando en un año³.

A tenor de la regulación que se ha venido efectuando de la institución de la reposición, queda patente que la misma persigue propiciar la estabilidad en el empleo, favoreciendo el recurso a la suspensión o a la reducción de jornada como alternativa a la extinción del contrato de trabajo, y, al mismo tiempo, asegurar el mantenimiento de cierto nivel de rentas del trabajador, a través del sistema de protección por desempleo⁴.

Finalmente, cabe reseñar que la evolución legislativa que hemos expuesto habrá de tenerse presente en el enjuiciamiento de la sentencia que viene a examinar la cuestión planteada en estos momentos, puesto que la misma habrá de resolverse de acuerdo con la normativa vigente en el momento de plantearse el supuesto de hecho, que no es otra, que el artículo 9.2 del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, que, como sabemos, vino a dar una nueva redacción a las estipulaciones contenidas en la Ley 27/2009, de 30 de junio. No obstante, esto no habrá de ser óbice para que acudamos en ocasiones a los preceptos emanados con posterioridad a aquella normativa en relación a esta institución, en aras a analizar algunas cuestiones desde el marco normativo vigente.

³ Sobre la evolución experimentada por esta figura véase, STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2014, AS 2014,2172. FERNANDEZ BERNAT, J.A.: “La reposición de la prestación por desempleo: Art. 16 de la Ley 3/2012”, *Revista Aranzadi Social*, nº 6, 2012, BIB 2012,2919.

⁴ FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. «La reposición del derecho a la prestación por desempleo en situaciones de suspensión y reducción de jornada por causas empresariales: puntos críticos», en AEDTSS Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 1413.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Elementos condicionantes del derecho a la reposición

Los numerosos pronunciamientos dictados por la jurisdicción social en torno a esta cuestión ponen de manifiesto que en modo alguno asistimos a una situación novedosa en las relaciones de producción, ni se encuentra alejada de la realidad que actualmente refleja la praxis de las relaciones laborales. De hecho puede afirmarse que el difícil contexto socioeconómico en el que se han venido desarrollando las relaciones de producción durante los últimos cinco años, unido a la dirección y sentido tomado por las reformas legales operadas en el marco ordenador de las suspensiones y las extinciones contractuales por causas empresariales, han propiciado un exponencial aumento de esta casuística en sede judicial⁵.

Lo primero que hay que entrar a valorar es el tratamiento que vienen recibiendo en sede judicial las circunstancias concretas que concurren en el supuesto de hecho examinado por la sentencia que analizamos. Debe partirse de que en el referido supuesto de hecho concurre, en primer término, el supuesto habilitante, que de manera taxativa establece el legislador, a fin de que pueda operar la futura reposición de la prestación por desempleo, tal cual es la suspensión de los contratos de trabajo llevado a cabo conforme al artículo 47 ET. Asimismo, otra circunstancia concurrente en este caso a tener en cuenta es que se cumple con otro de los elementos determinantes, establecidos en la normativa reguladora de 2010 (como sabemos aplicable a este caso), para que pueda operar aquella institución, ya que la extinción del contrato del trabajador se produce con posterioridad a la suspensión temporal de los contratos de los trabajadores. En este sentido, sobre este extremo la doctrina judicial viene acometiendo el análisis de estos supuestos partiendo de una idea clara. Y es que no puede afirmarse que el recurso por el empresario a medidas temporales de suspensión de los contratos impida, en todo caso, la posterior adopción de medidas extintivas sobre los trabajadores afectados por dicha regulación de empleo temporal. Y ello porque, si bien a través de la suspensión de los contratos se interesa por la empresa la puesta en práctica de medidas paliativas a una situación de crisis, ello no supone necesariamente que dichas medidas vayan a resultar eficaces o que dicha situación remonte. Una interpretación totalmente restrictiva, además de carecer de apoyo legal, podría disuadir a las empresas de acudir a medidas menos traumáticas que el despido (como son, singularmente, las suspensiones contractuales y las reducciones de jornada) y las abocaría a recurrir directamente al despido por causas empresariales, con el consiguiente menoscabo en la estabilidad en el empleo de los trabajadores⁶.

Hay que señalar en torno a este asunto que la normativa reguladora de la reposición de la prestación, en sus distintas versiones, no precisa si, para causar derecho a la reposición, la extinción de los contratos se ha de producir una vez finalizado el periodo previsto para las suspensiones, tal cual ocurre en el caso enjuiciado, o el derecho también es exigible cuando la extinción se produce estando vigente la suspensión. Parece que el silencio guardado por la

⁵ MONTOLYA MOLINA, D.: “En torno a la cuestionada licitud del despido por causas empresariales acometido durante la vigencia de una regulación temporal de empleo”, *Revista de Información Laboral*, nº4, 2014, p. 5.

⁶ STSJ de la Rioja 9 de mayo de 2013, AS 2013, 2397; STSJ País Vasco 19 de abril de 2011, AS 2011, 1904; STSJ País Vasco 24 de abril de 2012, AS 2012, 2165; STSJ Andalucía 2 de mayo de 2013, AS 2013,2375 y STSJ Cantabria 30 de julio de 2013, AS 2014, 118.

normativa puede interpretarse en el sentido de que es suficiente con que tanto las suspensiones como las extinciones posteriores se lleven a cabo dentro de los plazos establecidos, siendo irrelevante que las extinciones se produzcan a continuación de la suspensión, tal cual acontece en este caso, o durante la vigencia del periodo suspensivo⁷. No obstante, debe advertirse que la jurisdicción social viene considerando que la vigencia de una regulación de empleo temporal al tiempo de adoptarse las medidas extintivas constituye un claro indicio de la insuficiencia de la causa invocada por la empresa para acordarlas⁸.

No obstante, más allá de las anteriores precisiones, aun cuando en el presente caso se cumpla con el mandato de que la extinción del contrato se produzca con posterioridad a la suspensión de la relación laboral, en concreto una vez finalizado el periodo suspensivo, un dato a tener en cuenta en el mismo es, precisamente, el lapso de tiempo transcurrido entre la finalización del periodo suspensivo y la extinción del contrato del trabajador, ya que entre uno y otro vienen a transcurrir justamente dos meses, esto es, el 2 de junio de 2010 finaliza el periodo de suspensión del contrato y el 2 de agosto de ese mismo año tiene lugar la extinción del contrato del trabajador. Sobre esta cuestión cabe señalar que de entrada la doctrina judicial ha apreciado ilicitud de la medida extintiva cuando el despido se produce al poco tiempo de vigencia de la regulación temporal de empleo. Ello no parece ocurrir en este caso, puesto que el despido no se produce de manera inmediata, sino transcurrido un determinado periodo de tiempo, lo que no obsta para poder llevar a cabo dicho despido, ya que, tal y como se ha dicho con anterioridad, el recurso por el empresario a medidas temporales de suspensión de los contratos no impide la posterior adopción de medidas extintivas sobre los trabajadores afectados por dicha regulación de empleo temporal. Cuestión distinta, será la causa de la decisión extintiva, a cuyo examen nos dedicaremos posteriormente y que, sin duda, pasa por ser la cuestión determinante del presente caso.

2.2. Presupuestos de la decisión extintiva empresarial

En relación a la decisión extintiva, producida la misma tras la suspensión de los contratos de los trabajadores, para que tenga lugar el reconocimiento de la reposición, dicha extinción se somete a dos tipos de condicionamientos: de un lado, será necesario que el cese en la prestación de servicios se produzca por determinadas causas y, de otro lado, que el mismo ocurra dentro de un período de tiempo determinado, marcado, como vimos, por la normativa de referencia. En concreto, respecto al primer aspecto, los supuestos extintivos que contempla la ley son tres: primero, los que se produzcan vía despido colectivo ex art. 51 ET; segundo, los que tengan lugar en virtud de resolución judicial en procedimiento concursal al amparo del art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio; y, tercero, los que sigan el cauce del despido objetivo al amparo del art. 52.c) ET, siendo este último supuesto extintivo el que acontece en la sentencia que analizamos. Por tanto, la reposición no se aplica a todos los supuestos de extinción contractual, la razón se pudiera explicar porque el legislador ha querido establecer una interrelación causal entre la fase previa –suspensión o reducción

⁷ MONTOYA MOLINA, D.: “En torno a la cuestionada licitud del despido por causas empresariales acometido durante la vigencia...”, op. cit; p. 5.

⁸ Supuesto extremo es el contemplado en la STSJ Asturias 23 de abril de 2010, AS 2010, 1804, en la que se pondera que el despido objetivo se produjo el mismo día que se firmó el acuerdo para la suspensión colectiva de los contratos de trabajo.

temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o procedimiento concursal– y la fase final –despido por las mismas causas–⁹. Ahora bien, con respecto a esta cuestión, cabe destacar que la normativa reguladora de esta institución ha venido acotando esta medida a unos periodos temporales determinados, dentro de los cuales deben producirse las decisiones suspensivas y extintivas, lo que lleva a pensar que la ley alberga los supuestos de suspensiones y sucesivos despidos, fundamentados o no en las mismas causas, al menos a los efectos de reconocimiento de este derecho. Basta, por tanto, con que el despido se ampare en causas objetivas, tal como sucede en el supuesto de hecho enjuiciado en esta sentencia. Si bien, en este caso la causa alegada en la suspensión es la misma que la argumentada en el despido del trabajador, aun cuando a tenor de lo expuesto, no pasará este por ser un dato ciertamente a tener en cuenta en estos momentos.

Lo verdaderamente relevante es, sin duda, que de acuerdo con el tratamiento restrictivo que efectúa el legislador en relación a los supuestos extintivos que permiten poner en marcha este derecho, se dejan fuera otras situaciones como el despido disciplinario, extinción por cumplimiento del término, etc. Resulta a todas luces excesiva dicha limitación, ya que quedan al margen de la reposición determinados supuestos perfectamente asumibles por la norma. Por ejemplo, las extinciones del contrato por incumplimiento empresarial¹⁰ o por vencimiento del contrato temporal, al tratarse de casos que colocan al trabajador en situación de desempleo por causas no imputables a aquél, podrían haberse incorporado al texto legal. Estos pueden haber sido afectados por medidas suspensivas o de reducción y, sin embargo, no van a poder hacer valer el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo¹¹. En cualquier caso, es evidente que la reposición, tal y como está configurada, solo opera como medida protectora del trabajador ante el despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, permitiéndole recuperar prestaciones por desempleo anteriormente consumidas durante la suspensión del contrato, pero no ante otros supuestos de pérdida de la ocupación¹².

En esta línea, también se echa en falta haber incluido en la medida de la reposición a los trabajadores que hayan sido objeto de un despido reconocido o declarado como improcedente, que viene a ser precisamente la circunstancia que tiene lugar en la sentencia que es objeto de examen en estos momentos, puesto que, recordemos, el despido por causas objetivas del trabajador viene a ser declarado improcedente, con motivo de los defectos de

⁹ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Prestaciones por desempleo y crisis económica. Algunas propuestas de reforma”, VVAA: *Crisis y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 809 y GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada como estrategias empresariales frente a la crisis: perspectiva de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, nº 53, 2011, p. 49.

¹⁰ STSJ Galicia de 21 de mayo, JUR 2014,214214.

¹¹ Para CABEZA PEREIRO se penaliza injustamente a los trabajadores sometidos a término ya que si el trabajador regulado de empleo con carácter temporal pierde luego su empleo por expiración del término o conclusión de la obra o servicio determinados, no tendrá derecho a más prestación que la que le reste, en aplicación de las reglas del art. 212.1.d) o 213.1.d), o la nueva que hubiese generado si trabaja más de doce meses tras el expediente y opta por esta última, “La suspensión del contrato y la reducción de jornada al amparo del art. 47 ET” VV.AA.: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa, Granada, Comares, 2011, p. 294.

¹² FERNANDEZ BERNAT, J.A.: “La reposición de la prestación por desempleo...”, op. cit; p. 4 y ss.

forma de la carta de despido¹³. Centrándonos en el despido del trabajador efectuado vía artículo 52 c), la norma no resulta precisa, ya que hay una absoluta indeterminación legal respecto a los efectos que puede tener una declaración de improcedencia por despido. Tampoco la doctrina judicial emanada de los tribunales superiores de justicia ha sido pacífica en relación a determinar si el trabajador tiene derecho o no a la reposición de las prestaciones, cuando éste decide impugnar el despido y el mismo se declara improcedente. Los argumentos de los tribunales hasta ahora se dividían entre considerar, por un lado, que para que actúe la reposición de la prestación es necesario que la extinción de los contratos tenga la misma causa que generó la suspensión de los contratos que dio lugar al lucro de la prestación de desempleo de cuya recuperación se trata y que, por tanto, la calificación de despido improcedente otorgado al cese no da lugar a la aplicación de la reposición¹⁴. El discurso mantenido por esta primera corriente argumental no vendría a ser excesivamente sólido, puesto que, como ya advertimos con anterioridad, la normativa reguladora de esta institución ha venido acotando esta medida a unos periodos temporales determinados, dentro de los cuales deben producirse las decisiones suspensivas y extintivas, lo que lleva a pensar que la ley alberga los supuestos de suspensiones y sucesivos despidos, fundamentados o no en las mismas causas, al menos a los efectos de reconocimiento de este derecho.

Por el contrario, la segunda línea argumental que se ha venido manteniendo en los tribunales laborales pasa por entender que motivada la declaración de improcedencia del despido, por causas objetivas, en motivos distintos a la causa objetiva, la cual queda acreditada, debe reconocerse el derecho a la reposición de la prestación por parte del trabajador¹⁵. Será, precisamente, ésta la línea argumental la que viene a refrendar la sentencia del Tribunal Supremo ahora comentada, al estimar que si se otorga valor decisivo a la razón de la improcedencia, que en este caso viene a ser la derivada de los defectos formales de la carta de despido, se prescinde de la causa objetiva, la cual quedó acreditada, por la que se produjo la suspensión y el cese y que hacen posible que se dé cumplimiento al mandato legal en relación a los supuestos extintivos¹⁶.

En definitiva, de acuerdo con la línea argumental establecida en esta sentencia por parte del Tribunal Supremo, que viene a dar respuesta a las deficiencias legislativas existentes y a los diferentes pronunciamientos judiciales que se han venido sucediendo sobre la cuestión en los últimos tiempos, debe destacarse que lo verdaderamente trascendente, a nuestro entender, para que el trabajador tenga derecho a la reposición de la prestación cuando el despido objetivo es declarado improcedente, estriba en la causa de la improcedencia, esto es, si dicha improcedencia viene motivada por circunstancias que no están relacionadas con la causa objetiva, quedando acreditada la misma, debe reconocerse el derecho. Sin embargo, si

¹³ Precisamente, la Primera de las Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009 de la Subdirección General de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, de 9 de marzo de 2009 (Ficha del Manual de Criterios 24/286) no contemplaba la aplicación de la reposición a los despidos improcedentes.

¹⁴ STSJ Galicia 21 de mayo de 2014, PROV 2014, 207346.

¹⁵ STSJ Galicia 14 de mayo de 2014, JUR 2014, 208768.

¹⁶ En esta línea se ha venido argumentando que, no debería impedirse al trabajador disfrutar de la ventaja prestacional en que consiste la reposición por el hecho de haber impugnado el despido, por lo que incluso en el caso de despido objetivo improcedente se debería reconocer la reposición de las prestaciones. GUALDA ALCALÁ, F. J., “Aspectos prácticos de la última reforma laboral. RDL 2/2009, de 6 de marzo”, *Observatorio Jurídico Sociolaboral* (CCOO) nº 2, 2009, p. 9 y GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, op. cit; p. 49 o FERNANDEZ BERNAT, J.A.: “La reposición de la prestación por desempleo...”, op. cit; p. 7 y ss.

los motivos de la improcedencia son originados por la inexistencia de la causa objetiva alegada, no habrá de reconocerse el derecho a la reposición, puesto que no se estaría dando cumplimiento a la necesaria existencia del supuesto extintivo habilitante.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La sentencia examinada viene a dar cobertura a uno de los problemas que presentaba la normativa aplicable al supuesto de hecho y al que las reformas posteriores tampoco dieron respuesta alguna, guardando el más absoluto silencio al respecto. Nos referimos, claro está a la cuestión relativa a determinar si el trabajador tiene derecho o no a la reposición de las prestaciones, cuando éste decide impugnar el despido objetivo del que ha sido objeto, y el mismo se declara improcedente. La solución adoptada en la sentencia, si bien amplía el reconocimiento del derecho a la reposición de la prestación por desempleo a los casos en que el despido objetivo del trabajador ha sido declarado improcedente, lo cierto es que tal reconocimiento se efectúa por parte de la sentencia de manera limitada, puesto que no se reconoce el derecho a la reposición en todos aquellos casos en los que el despido objetivo ha sido declarado improcedente, sino que únicamente tendrá lugar el mismo cuando la calificación de improcedencia no provenga de la inexistencia de la causa objetiva alegada. En otras palabras, solo se reconocerá el derecho a la reposición si la improcedencia es motivada por una circunstancia no vinculada o relacionada con la causa objetiva. La adopción de esta postura por parte del tribunal, que si bien avanza hacia una ampliación de los supuestos extintivos que permiten acceder al derecho a la reposición, pudiera explicarse por el hecho de la propia normativa de referencia viene a ser taxativa en relación a los supuestos extintivos que permiten acceder a esta medida, con lo que la jurisprudencia, en consonancia con lo estipulado en la ley, pretende seguir manteniendo esa interrelación causal entre la fase previa –suspensión o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o procedimiento concursal– y la fase final –despido por idénticas causas–. En definitiva, se busca que en todo momento una de las referidas causas sea el motivo cierto de extinción, esto es, que alguna de ellas sustente la extinción del contrato, al margen de que la empresa pueda cometer un error de otra índole que haga merecedor el despido de dicha calificación de improcedencia. Será la existencia real y probada de la causa extintiva la que permitirá acceder a la reposición, independiente mente de la calificación que reciba la extinción.

Aun cuando esta cuestión que aborda la sentencia viene referida al despido objetivo vía artículo 52 c) ET, esta misma argumentación ha de ser extrapolable a los despidos colectivos llevados a cabo por la empresa vía artículo 51 ET. Es decir, que si el despido colectivo del que son objeto los trabajadores es calificado como improcedente, y dicha improcedencia viene motivada por la inexistencia de causa para poder llevar a cabo la decisión extintiva, de acuerdo con la línea argumental que se viene sosteniendo, dicha calificación no permitiría el acceso a la reposición de las prestaciones de desempleo, al desaparecer la interrelación causal entre la fase previa de suspensión y la fase final de extinción. Por el contrario, si la improcedencia del despido colectivo viene motivada por una circunstancia no vinculada con la causa empresarial alegada para llevar a cabo la decisión extintiva, por ejemplo, un error en el procedimiento de despido colectivo, entonces si se podría producir el acceso a la reposición.

En definitiva, a pesar de que no estamos, de acuerdo con la legislación analizada, ante un sistema de reposición amplio, sino que el mismo es muy limitado y restringido, lo cierto es que es plausible el intento de la jurisprudencia de ampliar el mismo a supuestos como el que aquí analizamos. Máxime si tenemos en cuenta que esta institución jurídica no funciona como como un instrumento eficaz para mantener los niveles de empleo, sino más bien como una forma de mejorar la situación de los trabajadores que se ven afectados por dichas decisiones empresariales, que de esta forma si después de verse sometido a una reducción de empleo son despedidos pueden lucrar íntegramente la prestación.

La Renta Activa de Inserción: Efectos del Incumplimiento de las Obligaciones Exigidas STS de 23 abril 2015 (RJ\2015\3822)*

Active Placement Income: Effects of Breach of Required Obligations Supreme Court Decision of 23 April 2015 (RJ\2015\3822)

M. BELÉN GARCÍA ROMERO

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

Resumen

Renta activa de Inserción: le es de aplicación la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por lo que la incomparecencia, previo requerimiento, a un control de presencia, no puede comportar la baja definitiva del programa, sino que conlleva, como falta leve que es, la pérdida de un mes de prestación.

Abstract

Active placement Income: It applies the Act on Offences and Penalties in the Social Order, so the absence, prior request, to a personal control, can not entail the deregistration of the program, but, as minor offense as it is, the consequence should be the loss of the benefit for one month.

Palabras clave

Desempleo, renta activa de inserción, régimen de obligaciones, infracciones y sanciones

Keywords

Unemployment, active placement income, liability regime, offenses and penalties

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

Las circunstancias de hecho del caso objeto de esta sentencia fueron las siguientes: un beneficiario del Programa de Renta Activa de Inserción (RAI) fue requerido por la Oficina de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) a fin de que compareciera ante la misma para un control de presencia. Tras dos intentos infructuosos de notificación por encontrarse ausente, el SEPE dicta resolución de exclusión de la RAI, al haber incurrido en causa de baja definitiva por no comparecer, previo requerimiento, ante el SEPE. Disconforme, el actor presentó reclamación previa que fue desestimada. Interpuesta demanda contra el SEPE, el Juzgado de lo Social número 1 de Castellón dictó sentencia el 17 de junio de 2013, en la que estimando parcialmente la pretensión de la parte actora, revocó la exclusión del actor del programa de renta activa de inserción, debiendo ser sancionado con la suspensión en dicho programa por espacio de un mes. Contra dicha sentencia, el SEPE interpuso recurso de suplicación, proceso que concluyó con sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 4 de febrero de 2014, en la que se desestimaba

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47574-P, sobre “El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad” (IV), incluido en el Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (2013-2016), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

La autora de este trabajo es miembro del Comité Ejecutivo de la Unidad Internacional de Bioética de la UNESCO en España.

el recurso planteado y se confirmaba la resolución recurrida. Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del SEPE, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía de fecha de 13 de septiembre de 2012 (Rec. Nº 1307/2012; LA LEY 235125/2012).

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SEPE contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de febrero de 2014 (recurso 1819/2013; LA LEY 36858/2014) en reclamación de renta activa de inserción, y confirma la resolución judicial impugnada, y por ende, la sanción de pérdida de un mes de la prestación, y no la de baja definitiva.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

En su Sentencia de 23 de abril de 2015, el Tribunal Supremo, Sala Cuarta (de lo Social), Ponente Jorge Agustí Juliá (RJ\2015\3822), desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SEPE (Rec.1293/2014), y confirma la sentencia recurrida.

La cuestión controvertida ha girado en torno a la determinación de la norma que resulta de aplicación a los incumplimientos imputables a los beneficiarios de la Renta Activa de Inserción y en particular, a la inobservancia del deber de comparecer ante la Entidad Gestora para un control de presencia. Concretamente se discute si debe ser el previsto en el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción o bien la Ley sobre faltas y sanciones correspondientes a la genérica prestación de desempleo (LISOS), teniendo en cuenta que los efectos anudados a la falta cometida por una y otra norma son muy diferentes, puesto que mientras la normativa reguladora de la RAI prevé la exclusión del Programa (art. 9.1.b) del RD 1369/2006), conforme a la LISOS constituiría una infracción leve sancionada con la pérdida de la prestación o el subsidio por un mes (art. 24.3.a) y 47.1.a) LISOS).

En la sentencia analizada, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por el SEPE contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina correcta. En ella, la Sala de Suplicación declara que la RAI es una ayuda específica, diferenciada de la del nivel contributivo y del nivel asistencial, pero integrada en la regulación de las prestaciones de desempleo y en su régimen sancionador y como tal le resultan de aplicación la LGSS y la LISOS, por lo que la acción del beneficiario merece la sanción prevista en la LISOS y no la contemplada en el RD 1369/2006, a la que no cabe atribuir el carácter de norma especial.

Como sentencia de contraste se aporta la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 13 de septiembre de 2012 (recurso 1307/2012), en la que ante una actuación del beneficiario de la RAI que de acuerdo con el art. 9.1 RD 1369/2006, supone la baja definitiva en el Programa, el órgano judicial considera que si bien la RAI forma parte de la acción protectora por desempleo, tiene un carácter específico y diferenciado de las prestaciones de nivel contributivo y asistencial y se rige por normas especiales, siendo de aplicación el RD 1369/2006 y no lo dispuesto en la LISOS.

Es cierto que los comportamientos de los beneficiarios en ambas resoluciones no eran idénticos, al tratarse de una incomparecencia para la renovación de la demanda de empleo en la sentencia de contraste y de una incomparecencia a un control de presencia en la sentencia recurrida. No obstante, ambos supuestos aparecen incluidos como incumplimientos en el art. 9.1.b) RD 1369/2006, con el efecto de baja definitiva en el Programa, e igualmente, en los artículos 24.3.a) y 47.1 a) de la LISOS, conforme a la cual tales comportamientos producidos en el marco de las prestaciones o subsidios por desempleo se sancionan con la pérdida de la prestación o del subsidio por un mes.

El SEPE mantiene la tesis de que la acción protectora cubierta por la RAI es especial y se rige por normas especiales, debiendo aplicarse su normativa específica y, por ello, la no renovación de la demanda de empleo o la no comparecencia para un control de presencia deben ser sancionadas con la baja definitiva del programa.

Por el contrario, para el Alto Tribunal, la Renta Activa de Inserción está instituida como prestación por Desempleo por la LGSS y, en virtud del principio de legalidad sancionadora, debe aplicarse la LISOS, a la que remite la LGSS al establecer el régimen general de obligaciones de los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo, a las infracciones cometidas en materia de Renta Activa de Inserción, y no el Real Decreto 1369/2006.

En consecuencia, la obligación incumplida por el beneficiario de la RAI de no comparecer, previo requerimiento, ante la Oficina de Prestaciones del SEPE para un mero control de presencia, no puede comportar la baja definitiva del programa, sino que constituye una falta leve sancionada con la pérdida de un mes de la prestación, máxime en supuestos como el presente en el que el requerimiento era de presencia, sin otro interés por parte de la Entidad Gestora.

2.1. Régimen jurídico de la Renta Activa de Inserción

a) Regulación

El Programa de Renta Activa de Inserción nació con vocación coyuntural en el año 2000, siendo objeto de sucesivas prórrogas, hasta adquirir un carácter permanente como prestación que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social. Actualmente, viene regulado mediante el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, modificado por Real Decreto Ley 20/2012¹.

¹ ESTEBAN LEGARRETA, R., “Fomento del empleo e intermediación de los beneficiarios de la renta activa de inserción: un estudio de su evolución”, *Temas Laborales*, núm. 74, 2004, p. 47; VALDÉS DAL-RE, F., “Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales (I y II)”, *Relaciones Laborales*, 2002-II, p. 84; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La Renta Activa de Inserción a la luz del decreto 1369/2006, de 24 de noviembre: una reforma inacabada”, *Diario La Ley*, no 6663, 2007, Editorial La Ley (versión digital La Ley 1009/2007, p. 2); CARDONA RUBERT, M^a.B. (Coord.), *Empleo y protección social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Bomarzo, 2009; GARCIA ROMERO, B. “Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo”, *RDS* núm. 68, 2014, p. 88 y ss.

Las modificaciones más importantes que incorpora el programa contenido en el vigente real decreto, en relación con los programas anteriores, es que no se configura con una duración anual, sino que se ordena con carácter permanente estableciendo una garantía de continuidad en su aplicación como un derecho más y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo. Asimismo, en la actual regulación se establece la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta

b) Objeto, destinatarios y contenido

La Renta Activa de Inserción (RAI) se sitúa en el nivel asistencial de segundo grado de la Protección por Desempleo. Se trata de una ayuda económica que se otorga a las personas en una situación social y económica desfavorecida y que pretende la integración o reintegración de éstas en el mercado laboral y en la vida social.

Sus destinatarios deben pertenecer a alguno de los colectivos siguientes: a) parados de larga duración mayores de 45 años; b) personas emigrantes retornadas mayores de 45 años; c) víctimas de violencia de género o doméstica; d) personas con discapacidad igual o superior al 33 %.

El programa de RAI asegura al destinatario un ingreso mensual de 426€ (el 80% del IPREM para 2014) durante 11 meses. Su percibo se mantendrá hasta agotar su duración mientras el trabajador continúe en el programa. Puede recibirse como máximo durante tres años, pero no continuos sino divididos en tres periodos separados entre sí por 365 días naturales cada uno, excepto en el caso de víctimas de violencia de género y de personas con discapacidad, lo que deja a la persona beneficiaria en absoluta situación de desprotección durante el tiempo de espera de su renovación. Esta situación afecta al mayor grupo de solicitantes (parados de larga duración mayores de 45 años y emigrantes retornados) quienes no pueden percibir la RAI dos años consecutivos. Además, no se puede trabajar más de 90 días al año ni salir al extranjero un tiempo superior a 15 días, salvo por motivos justificados (matrimonio, nacimiento de hijo, fallecimiento de familiar o cumplimiento de deber público inexcusable). Además, durante la percepción de la renta activa de inserción el Servicio Público de Empleo Estatal ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a protección a la familia y asistencia sanitaria y no por jubilación (art. 4)².

Con su implantación, el Estado asume la regulación de una serie de programas vinculados a situaciones de desempleo de especial dificultad que “reconoce prestaciones que, en cuanto asistenciales, eran originariamente competencia de las Comunidades Autónomas”, y cuyo ámbito y estructura es total o parcialmente coincidente con los programas autonómicos de rentas mínimas, lo que planteará la necesidad de resolver los solapamientos o interferencias entre ambos niveles. Ciertamente, de modo similar a estos programas autonómicos y, a diferencia de la prestación y el subsidio por desempleo, el Programa de Renta Activa de Inserción pone el acento en las medidas de acompañamiento para la inserción antes que en la garantía de ingresos ante la falta de empleo.

² En cambio, actualmente, la acción protectora del subsidio por desempleo únicamente comprende la cotización por jubilación a la Seguridad Social a cargo del SEPE en el supuesto del subsidio para mayores de 55 años, habiendo desaparecido la obligación de cotizar por prestación sanitaria y protección familiar (art. 280 LGSS).

El acceso a la renta activa de inserción se condiciona al requisito de insuficiencia de ingresos, no sólo a título personal, sino también familiar. De otro lado, aunque, en su regulación inicial, la RAI no tenía vinculación alguna con la pérdida de un empleo previo ni se concebía como una “prórroga excepcional de la prestación contributiva”, lo cierto es que en el curso de la reforma de su régimen jurídico llevada a cabo por RDL 20/2012, este rasgo diferenciador se ha difuminado, pues, salvo para emigrantes retornados o mujeres víctimas de violencia de género, esta prestación se destina también ahora a personas que hayan agotado una prestación y/o subsidio por desempleo, lo que remite a la necesidad de una previa situación de inserción laboral con cotización al sistema³.

El nuevo requisito de haber agotado una prestación o subsidio por desempleo restringe el acceso a las personas con discapacidad y provoca la exclusión de la RAI de colectivos como el de los autónomos o, en general, de personas que no hubieran trabajado el tiempo suficiente para generar prestación o subsidio por desempleo.

c) Obligaciones de los beneficiarios

El régimen de obligaciones de los beneficiarios y solicitantes de prestaciones por desempleo previsto en el art. 299 de la vigente LGSS (texto refundido aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), coincide casi en su totalidad con el establecido en el RD 1369/2006 para beneficiarios de la RAI (art. 3.3)⁴.

De acuerdo con el art. 3.3 del RD del RD 1369/2006, los trabajadores, para su incorporación y mantenimiento en el programa, deberán cumplir las obligaciones que implique el compromiso de actividad y aquellas que se concretan en el plan personal de inserción laboral, así como las siguientes:

a) Proporcionar la documentación e información precisa en orden a la acreditación de los requisitos exigidos para la incorporación y el mantenimiento en el programa.

b) Participar en los programas de empleo o en las acciones de inserción, orientación, promoción, formación o reconversión profesionales, o en aquellas otras de mejora de la ocupabilidad.

c) Aceptar la colocación adecuada que les sea ofrecida, considerándose como tal la definida en la LGSS.

³ GARCIA ROMERO, B. “la protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora”, DL, núm. 104, 2015, pp. 60-63.

⁴ La única diferencia reseñable es la obligación prevista en la letra a) del art. 299 de la LGSS –Cotizar por la aportación correspondiente a la contingencia de desempleo– que no se establece para los beneficiarios de la RAI en el RD 1369/2006. La razón es que la obligación de cotizar se atribuye al SEPE y no al beneficiario de la RAI. Sin embargo coincide exactamente la obligación contemplada en la letra d) de ambas regulaciones: “*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*”.

d) *Renovar la demanda de empleo en la forma y fecha que se determinen en el documento de renovación de la demanda y comparecer cuando sea previamente requerido ante el Servicio Público de Empleo Estatal o ante los servicios públicos de empleo.*

e) *Comunicar las causas de baja, pérdida de requisitos o incompatibilidades en el momento en que se produzcan esas situaciones.*

f) *Presentarse a cubrir la oferta de empleo y devolver a los servicios públicos de empleo, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos.*

g) *Reintegrar las cantidades de la renta activa de inserción indebidamente percibidas.*

h) *Buscar activamente empleo.*

2.2. Régimen de infracciones y sanciones para beneficiarios de prestaciones y solicitantes de prestaciones por desempleo y de la RAI

Mientras que las obligaciones establecidas en la LGSS para beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo son equiparables a las contempladas en el RD 1369/2006 para beneficiarios de la RAI, el régimen de sanciones establecido en esta segunda norma es mucho más duro que el establecido en la LISOS (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto).

Así, según el art. 9.1. b) del RD 1369/2006, si se incumplen las obligaciones, se produce la exclusión del programa, es decir, se pierde la ayuda de todo el año. Concretamente, comporta la baja definitiva en el programa el hecho de “*No comparecer, previo requerimiento, ante el Servicio Público de Empleo Estatal o ante los servicios públicos de empleo, no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda o no devolver en plazo a los servicios públicos de empleo el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por dichos servicios, salvo causa justificada*”.

Por su parte, la LGSS se remite en materia de infracciones y sanciones de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo a la LISOS (art. 302 de la vigente LGSS).

En virtud de los 271.1.a) y art. 279 LGSS, el derecho a la percepción de la prestación y del subsidio por desempleo se suspenderá “*durante el periodo que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en el texto refundido de la LISOS*”.

El art. 297.1 LGSS, establece la competencia de la Entidad Gestora para controlar el cumplimiento de las obligaciones y comprobar las situaciones de fraude y en el apartado 3

del mismo precepto autoriza al SEPE a suspender cautelarmente el abono de las prestaciones por desempleo cuando se aprecien indicios de fraude.

De acuerdo con el art. 24.3 a) LISOS, 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, *son infracciones leves*: “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*”.

La sanción correspondiente está prevista en el art. 47.1 a) LISOS, conforme al cual las leves, se sancionan con pérdida de la pensión o prestación durante un mes. En el caso de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, las infracciones leves tipificadas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 24 se sancionarán conforme a la siguiente escala:

- 1.ª infracción. Pérdida de un mes de prestaciones.
- 2.ª infracción. Pérdida de tres meses de prestaciones.
- 3.ª infracción. Pérdida de seis meses de prestaciones.
- 4.ª infracción. Extinción de prestaciones.

En consecuencia, mientras que el incumplimiento que se encuentra en la base de la sentencia analizada comportaría la extinción de la prestación con arreglo al RD 1369/2006, en aplicación de la LISOS, únicamente se sancionaría con la pérdida de un mes de prestaciones.

2.3. Fundamentación jurídica acerca de la aplicación de la LISOS a los incumplimientos de los beneficiarios de la RAI

En cuanto al fondo de la cuestión controvertida –aplicación al caso del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre o bien de la LISOS–, el Tribunal Supremo estima 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) En primer lugar, en atención a su naturaleza. En este sentido, el TS afirma que la RAI es una prestación 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 5ª del Texto Refundido de la LGSS⁵, aprobado mediante RD Legislativo 1/1995, de 20 de junio⁶ y lo señala expresamente

⁵ El apartado 4 de la citada DF 5ª- titulada “Habilitaciones al Gobierno en materia de protección por desempleo”- establece: “Se habilita al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo V del Título III de esta Ley el establecimiento de una ayuda específica denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral”.

el Real Decreto 1369/2006, de 24-11, por el que se regula el programa de RAI para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, que lo configura en su exposición de motivos:

“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 LGSS”⁷.

B) En segundo lugar, la sentencia se centra en el régimen de obligaciones establecido en la LGSS, con respecto a las prestaciones de Desempleo.

El régimen de obligaciones, infracciones y sanciones viene establecido en la LGSS [Capítulo IV de la LGSS/94 y Capítulo VII de la vigente LGSS], disponiendo en cuanto a obligaciones de los trabajadores [artículo 231 LGSS/94 y art. 299 de la vigente LGSS], 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, la LGSS [artículo 232 LGSS/94 y art. 302 LGSS vigente] establece que: *“En materia de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el presente Título y en el texto refundido de la LISOS”*.

C) En tercer lugar, la sentencia entra a determinar el régimen de infracciones y sanciones aplicable, en los términos siguientes:

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.”*, se 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:

⁶ La vigente LGSS (Texto refundido aprobado por RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre) no contiene ninguna Disposición Final análoga a la contenida en la LGSS de 1994. La única habilitación al Gobierno se contiene en el apdo. 4 del vigente art. 264 LGSS, que autoriza al Ejecutivo a “ampliar la cobertura de la contingencia de desempleo a otros colectivos”.

⁷ En la vigente LGSS la cotización durante la percepción del subsidio por desempleo se regula en su art. 280.

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) Todo lo anterior lleva al TS a concluir lo siguiente: la prestación de RAI está instituida como prestación de Desempleo por la 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 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 RAI, debe prevalecer sobre el Real Decreto 1369/2006, de 24-11, por el que se regula el programa de RAI 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.

En consecuencia, en el presente caso, la obligación incumplida por el beneficiario de la RAI, de no comparecer, previo requerimiento, ante la Oficina de Prestaciones del SEPE, para un control de presencia, no puede comportar la baja definitiva del programa (artículo 9.1 del Real Decreto 1369/2006), 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 LISOS, y artículo 47.1.a) del mismo texto legal, tal como ha entendido acertadamente la sentencia recurrida.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La STS de 23 de abril de 2015, establece doctrina en relación con el régimen aplicable a los incumplimientos de las obligaciones por parte de los beneficiarios de la Renta Activa de Inserción.

La construcción técnico-jurídica de la argumentación judicial en torno al principio de legalidad en cuanto a la potestad sancionadora de la Administración es impecable.

En ella el TS comienza por demostrar que la naturaleza de la RAI es la que corresponde a una prestación que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial. Ello lo deduce tanto del propio RD 1369/2006 (Preámbulo y artículo 1) como del apartado 4 de la Disposición final 5ª de la LGSS de 1994.

Sobre esta base, el TS declara inaplicable el régimen sancionador previsto en el art. 9 del RD 1369/2006, al contravenir una norma de rango superior, en desarrollo de la cual se ha dictado. En consecuencia, en materia de infracciones y sanciones, el bloque de legalidad –LGSS y LISOS– es el que resulta aplicable, debiendo prevalecer sobre el RD 1369/2006, sin que quepa atribuirle el carácter de norma especial como ha venido sosteniendo el SEPE. Por ello, la acción del beneficiario –incomparecencia, previo requerimiento, a un control de presencia– merece la sanción prevista en la LISOS y no la contemplada en el RD 1369/2006.

La doctrina establecida en la STS de 23 de abril de 2015, pone fin a una situación injusta que derivaba de aplicar indebidamente el régimen sancionador establecido por la normativa reguladora de la RAI para los beneficiarios de dicha ayuda, régimen que es mucho más duro que el previsto en la LISOS para los incumplimientos de los beneficiarios de las restantes prestaciones y subsidios de desempleo, a pesar de que las obligaciones exigidas a unos y otros son coincidentes (art. 3.3 RD 1369/2006 y 299 LGSS).

La excepcional reposición del derecho al desempleo: un supuesto “al límite”
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de diciembre de 2015, RJ 2015/6212

The exceptional unemployment right return: a course “in limit”.
the supreme court sentence 16th december 2015

INMACULADA BALLESTER PASTOR
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓ

Resumen

El Tribunal Supremo reconoce la reposición del derecho al desempleo a trabajador tras un ERE extintivo una vez ha sido consumida parte de esta prestación previamente en anteriores suspensiones del contrato. Normas extraordinarias promulgadas en los años de crisis han contemplado el derecho a la reposición del derecho a la prestación por desempleo como un beneficio excepcional que se puede reconocer, si concurren todas las condiciones para ello, a aquellos trabajadores desempleados que han quedado afectados por suspensiones de empleo seguidas de una extinción de su contrato por causas económicas. Particularmente resulta predicable este derecho en los que aparezca una cierta conexión temporal entre el momento en que se produce la suspensión del contrato, y la posterior extinción contractual en la mercantil y cuando, además, ocurra que ambos acontecimientos se produzcan en unos plazos temporales determinados. En el supuesto que resuelve el Alto Tribunal, muy especial, el posible beneficiario se encuentra al “límite” de poder ser receptor de tal reposición, reúne todas y cada una de las condiciones, y sólo unas horas le separan del reconocimiento del derecho, y por esa razón el SEPE lo deniega. Y también por eso y solo por eso el Alto Tribunal crea una “ficción jurídica”, que sin más virtualidad, permite entender que el Auto acordado por el Juzgado de lo Mercantil el 2 de enero –fecha clave– debería entenderse trasladado al día 31 de diciembre. Así aparecen cumplidos todos los requisitos exigidos sin el peligro de “flexibilizar” las normas existentes.

Palabras clave

desempleo, reposición, plazos, extinción de contrato, suspensión del contrato, situación legal de desempleo

Abstract

The Supreme Court recognizes the reinstatement of the right to unemployment worker after an ERE extintivo once has been consumed part of this provision previously in the previous suspension of the contract. Extraordinary standards enacted in the years of crisis have referred to the right to the reinstatement of the right to unemployment as an exceptional benefit that you can recognize, if you meet all the conditions to do, those unemployed workers who have been affected by suspensions from employment followed by a termination of his contract by economic causes. This right is particularly predicable in cases where appears some temporary connection between the time in which happens the suspension of the contract, and the subsequent contractual extinction in the mercantile and when, in addition, that both events happens in some certain time periods. In the event that meets the High Court, very special, the possible beneficiary is the “bound” to be beneficiary of such replacement, meet each and every one of the conditions, and only hours separate him from the recognition of the right, and for that reason the SEPE denies it.

And also by that and only that is the reason why the High Court creates a “legal fiction”, that without more virtuality, allows us to understand that the agreed by the Court commercial January 2 –date key– should understand moved to December 31. Thus all the requirements without the danger of “flexible” existing standards appear fulfilled.

Keywords

unemployment, returns, terms, legal situation of unemployment

1. EL SUPUESTO DE HECHO DEBATIDO

El Tribunal Supremo reconoce que sí cabe que el demandante, solicitante de desempleo quien había visto suspendido su contrato previo ERTE en su empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y había ya percibido desempleo en fechas previas, tenga derecho a la prestación por desempleo íntegra posteriormente cuando su contrato se extingue, sin descontar lo ya percibido en meses previos.

El relato de lo acontecido es el siguiente:

El trabajador solicitó las prestaciones por desempleo como consecuencia de un ERTE instado por su empresa. El Servicio Público de Empleo Estatal le reconoció, por **Resolución de 26 de octubre de 2010**, el derecho a tal prestación por desempleo, y percibió entonces 70 días de prestación durante los años 2010 y 2011. Meses más tarde **el contrato de trabajo del trabajador se extinguió por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7, el 2 de enero de 2013**. Es entonces cuando el SEPE, tras haber sido instada la reanudación de la prestación por el actor, resuelve que no concurren las condiciones para que se conceda el derecho a la reposición, de forma que reconoce el SEPE entonces el derecho al desempleo al trabajador, pero descontando los 70 días ya consumidos.

Disconforme con la Resolución del Ente Gestor el trabajador reclama entonces el derecho a los 70 días restados por la Entidad Gestora, un derecho que supone un beneficio excepcional y como tal, debe ser diferenciado de la mera petición de unos días de prestación más por desempleo. Presenta para ello demanda ante el Juzgado de lo Social, y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona de 9 de diciembre de 2013 desestima la demanda interpuesta por el trabajador y confirma la Resolución del SEPE. No entiende el Juzgador de instancia que el trabajador reúna los requisitos que la norma exige para generar tal derecho.

Frente a tal pronunciamiento el trabajador presenta recurso de suplicación solicitando la revocación de tal pronunciamiento judicial y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de noviembre de 2014, Sentencia nº 7291/2014, esta vez da la razón al recurrente y revoca la Sentencia de instancia, reconociendo el derecho del solicitante a que se le repongan las prestaciones por desempleo. Frente a tal Sentencia es entonces el Servicio público de Empleo estatal quien recurre en casación, alegando existencia de contradicción de doctrina, y el Alto Tribunal confirma la doctrina de la Sentencia del TSJ de Cataluña recurrida aunque sin acudir a los mismos argumentos que usa el TSJ, sino aludiendo a la especial naturaleza de este caso “al límite” y prestando especial atención al hecho de no “flexibilizar” el entendimiento de las condiciones normativas exigidas.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. La existencia de la contradicción en las sentencia recurrida y de contraste

Lo primero que resuelve el Alto Tribunal es que sí existe la contradicción entre Sentencias emanadas de diferentes TTSSJJ y, por tanto, cabe que se resuelva la cuestión a través de un RCU y debe darse solución al conflicto planteado. La Sentencia de contraste, invocada por el SEPE, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de julio de 2014 aborda el mismo problema planteado en la sentencia recurrida. Se trataba de otro trabajador de la misma empresa cuyo contrato se suspendió durante 74 días en diferentes

períodos de los años 2010 y 2011 y que fue despedido por el mismo Auto del Juzgado de lo Mercantil y, solicitada la prestación por desempleo, ésta le fue reconocida por período de 720 días, teniendo 74 días como consumidos. La contradicción es clara dado que mientras la Sentencia recurrida reconoce el derecho a la reposición la sentencia de contraste la deniega.

Reconoce la STSJ de Cataluña que, aunque el Auto judicial que reconoce la extinción colectiva de los contratos de trabajo (ERE extintivo), se pronuncia el día 2 de enero de 2013 –fuera del período permitido por el RDL 3/2012, que exigía como fecha tope la del 31 de diciembre de 2012– en fecha de 28 de noviembre de 2012 ya se había solicitado la extinción de los contratos por parte de la administración concursal con Acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores, lo que significaba que de haberse dictado el Auto judicial que fija el momento de la extinción del contrato del actor sólo dos días antes, el 31 de diciembre de 2012, ya se cumplirían las condiciones exigidas por la norma. A juicio del TSJ *la no correspondencia en 2 días no puede constituirse en un obstáculo insalvable al derecho pretendido por la demandante, máxime cuando el legislador, mediante las sucesivas reformas del derecho a la reposición de la prestación de desempleo, ha venido ampliando los límites temporales para permitir su aplicación.*

La Sentencia de contraste, en cambio, atiende a la literalidad de la norma para concluir que no cabe que se reconozca el derecho a la reposición de las prestaciones pues no se cumplen los momentos temporales que –respecto a la suspensión del contrato, y la extinción del contrato– exige la norma, concretamente, entiende la Sentencia de contraste que no puede concederse el derecho a la reposición pues la suspensión previa del contrato del solicitante se produjo en momentos no permitidos por la norma: en los años 2010 y 2011. La Sentencia de contraste estima, además, infringido el RD Ley 1/2013, de 25 de enero.

2.2. Normativa aplicable. Las normas sucesivas que posibilitan la reposición y las “fechas clave”

Antes de seguir avanzando en las razones que conducen al Alto Tribunal a concluir que sí cabe, excepcionalmente en el supuesto debatido, el acceso al derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo por los 70 días ya consumidos, corresponde realizar una breve exposición de las normas que se han ido aprobando desde el año 2009 y que son las que han posibilitado el que los trabajadores afectados por un ERTE seguido de un previo ERE pudieran acceder al desempleo tras la extinción de su contrato de trabajo “desde cero”, sin computarse los días previamente abonados.

Desde el año 2009, año en que apareció este derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo, concretamente en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y hasta el año 2013, año en que se proroga la regulación contenida en la Ley 3/2012, de 6 de julio, por el RD Ley 1/2013, de 25 de enero, vieron la luz un total de cuatro regulaciones distintas, que iban sucediéndose y derogándose unas a otras, con vigencia normalmente anual pero incorporando alteraciones de relieve respecto a los momentos temporales que debían tenerse en cuenta para el reconocimiento de este derecho.

Cada una de estas regulaciones permitían la reposición dependiendo –entre otras cuestiones, pero fundamentalmente por lo que aquí nos ocupa– del momento en el que, en

cada caso y en cada mercantil en particular, apareciera la Resolución que permitiera el primer ERTE y el momento en el que se da validez al posterior ERE extintivo, y también, de la distancia temporal entre ambos acontecimientos. Son fechas de gran trascendencia, por tanto, la fecha de la Resolución del ERTE suspensivo del contrato o de reducción de la jornada de trabajo en la mercantil y la fecha de la Resolución del ERE extintivo, y ello ha determinado que, en muchas ocasiones, los Tribunales hayan debido denegar el derecho a la reposición –aunque a menudo aparezcan circunstancias ajenas a la voluntad del posible beneficiario y que le perjudican–¹.

La evolución normativa que ha regulado el derecho a la reposición de las prestaciones de desempleo en supuestos similares al ahora debatido ha sido la siguiente: 1) La **Ley 29/2009 de 30 de diciembre**, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas trabajadoras contemplaba el derecho a la reposición de prestaciones por desempleo hasta un máximo de 120 días, siempre que: la **Resolución** que autorice la reducción de jornada o la suspensión de los contratos se produjera **entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010**, y siempre que, además; la **Resolución administrativa o judicial** que autorice la extinción se produzca entre el **8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2012**; 2) Posteriormente, la **Ley 35/2010, de 17 de septiembre**, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo amplía a 180 días los días que pueden ser objeto de reposición. Además de ello, la **Resolución administrativa del ERTE** debe haberse dictado **entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011**; y el **ERE** debe haberse producido **entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012**; 3) Más tarde, el **Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero** de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, (y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, en los mismos términos y añadiendo el que el ERE pudiera haber tenido lugar también desde el 1 de enero de 2012 al 12 de febrero de 2012) fija nuevamente el tope de días máximos de prestación repuesta en 180 días, y establece, como fechas posibles de la Resolución del ERTE, **entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012**, ambos inclusive, y el ERE **entre el 1 de enero (la norma señala 12 de febrero) de 2012 y el 31 de diciembre de 2013**; 4) Finalmente, el **Real Decreto Ley 1/2013, de 25 de enero, (con efectos desde el 1 de enero de 2013)** por el que se proroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adopten otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, también con el tope de los 180 días establece que las condiciones son: a) Fecha del ERTE: entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive; b) Fecha del ERE: entre el 1 de enero de 2012 (la norma señala 12 de febrero de 2012) y el 31 de diciembre de 2014.

2.3. El apartamiento del Alto Tribunal respecto de cada una de las dos doctrinas judiciales contradictorias

Destaca el Alto Tribunal que no va a escoger entre ninguna de las dos opciones que han sido las utilizadas por la sentencia recurrida o por la sentencia de contraste. No estima el Tribunal que deba elegir entre ninguna de las dos alternativas enfrentadas: más bien concluye

¹ Vid, por ejemplo, y entre otros muchos pronunciamientos: la STSJ de La Rioja de 17 de septiembre de 2015, (AS 2015, 2317); o la STSJ de Aragón de 15 de octubre de 2014 (AS 2014, 2836).

que, al respecto puede recrear una “doctrina propia totalmente diferente” que resuelva el debate planteado en suplicación.

2.4. El ajuste del supuesto a la norma aplicable al debate

El primer conflicto que debe resolver el Alto Tribunal, a la vista de la regulación sucesiva y cambiante precedente, es: ¿Qué condiciones/lapsos temporales exigimos en el supuesto debatido para el momento en que debe aparecer tanto el ERTE como el ERE?, ¿Cómo debemos identificar esta norma? Recordemos que la Resolución que aprueba la suspensión de los contratos está fechada el 26 de octubre de 2010, y las suspensiones de los contratos se realizaron entre los años 2010 y 2011, finalmente, la Resolución del ERE extintivo se emite por Auto judicial el 2 de enero de 2013.

Acoplando estas fechas/momentos temporales al dictado de las normas antedichas no cabe que se cumplan las condiciones relativas a los momentos de la Resolución del ERTE y al momento de la extinción del contrato por ERE. Si escogemos que la norma aplicable sería la Ley 3/12 o la Ley posterior, como hacen singularmente tanto la sentencia recurrida como la usada como contraste, ocurre que el momento del ERE sí se adecúa a lo previsto, pero no el momento del ERTE. En cambio, si entendemos que la norma aplicable es la norma previa ocurre lo contrario: el ERTE se produciría en el momento adecuado: 2010, 2011, pero quedaría fuera de regulación el que el ERE se aprobara el 2 de enero de 2013, pues el plazo máximo establecido es el 31 de diciembre de 2012.

Ante ello entiende el Tribunal que debe resolverse, lo primero, cuál es la norma que regula y debe ser la existente al momento de la situación legal de desempleo según la premisa: “*tempus regit actum*”. Y entiende a renglón seguido el Alto Tribunal que al momento de la extinción del contrato del actor es cuando surge la situación legal de desempleo (art. 208 LGSS), y ése sería el momento, pues, que debería tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación de la norma, a diferencia de lo que habían entendido tanto la sentencia recurrida como la de contraste. Resuelve, pues, el Alto Tribunal que la norma debería ser, pues, la Ley 35/2010, atendiendo al momento en que se producen las suspensiones previas del contrato (años 2010, y 2011). Y ello porque ninguna otra regulación posterior –ni el RDL 3/2012, ni la Ley 1/2013, como se ha visto–, permitirían que la suspensión del contrato quedara fijada en esos años, y eso lo que aquí ocurre.

El problema es que según la regulación precedente (Ley 35/2010 y Ley 27/2009) la reposición solamente sería posible si las extinciones contractuales llevadas a cabo por el que el ERE se aprobaran mediante Auto antes del 31 de diciembre de 2012: ¿cómo resolveremos que el ERE aparezca el 2 de enero de 2013 y no el 31 de diciembre de 2012?: acudiendo a una “ficción jurídica”.

2.5. La solución a un supuesto “al límite”: una “ficción jurídica” sin virtualidad en otros terrenos

El pronunciamiento del Tribunal es absolutamente claro respecto a que es necesario, para reconocer el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo, que se cumplan estrictamente las exigencias legales que prevén las sucesivas y distintas normas a lo largo de estos años. Se trata de un derecho excepcional, extraordinario y temporal y que se encuentra

absolutamente condicionado a que se acuda a los parámetros temporales que las normas prevén. Es necesario un respeto a lo prescrito por el legislador y al sentido inequívoco de sus palabras. La argumentación jurídica del Alto Tribunal no opta por exigir un cumplimiento literal de la norma (negando la prestación) ni por flexibilizar los requisitos establecidos en la misma (concediendo la prestación). Por contra, el Tribunal lo que efectúa es una excepcional flexibilización de las exigencias temporales de la reposición de prestaciones, sin conceder virtualidad más que a los efectos que nos ocupan y en este peculiar supuesto, rayando el cumplimiento de las exigencias temporales prescritas dado que la denegación de la prestación por el SEPE, tal cual aclara el Tribunal, obedece al retraso en la aparición del Auto del Juez de lo mercantil en sólo unas pocas horas al momento en que éste debió haber aparecido para entender que las exigencias temporales estaban cumplidas.

Sostiene el Alto Tribunal que son varias las razones que, de forma argumental y excepcional, conducen a brindar la misma solución en este caso –donde ocurre que el Auto del juez de lo mercantil aparece el día 2 de enero de 2013– que si hubiera ocurrido que el mentado Auto apareciera el día 31 de diciembre de 2012.

La primera de estas razones es por la proximidad temporal que el legislador busca entre la suspensión del contrato del actor y la extinción posterior del vínculo del trabajador con la empresa, y que aquí se cumple: la suspensión aparece en los años 2010 y 2011 y la extinción, a tan sólo unas horas del año 2012 –fecha tope prevista–. Existe un escaso margen temporal de tan sólo unas horas que no puede hacer que la proximidad temporal que el legislador busca se evanezca.

La segunda razón se encuentra también en la demostración de que, aduce el Tribunal, los mecanismos tendentes a terminar los contratos de trabajo se activan dentro del plazo exigido, y ello porque es dentro del año 2012 cuando se adopta al Acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores para la extinción de los contratos; también dentro del año 2012 el Juzgado de lo mercantil admite a trámite la solicitud y recaba el Informe de la Autoridad laboral el 4 de diciembre de 2012. Y es el primer día hábil del año siguiente cuando el Juzgado de lo Mercantil dicta su Auto, una vez vencido el plazo que la Ley 35/2010 establece para que proceda la reposición.

La tercera razón que alega usa el Tribunal se encuentra en que la extinción del contrato se realiza el primer día hábil del año. Por ello, al ser inhábil el 31 de diciembre –último día del plazo señalado– y atendiendo a lo señalado en el art. 182.1º LOPJ y a que el 1 de enero fue festivo en todo el Estado, dado que el 31 de diciembre no pudo llevarse a efecto la extinción de los contratos, debe concluirse que, sólo en esta particular situación, el día 31 de diciembre, a los efectos de entender que nos encontramos dentro del plazo previsto por la norma, debe ser trasladado al día 2 de enero de 2013.

La cuarta de las razones se encuentra en que la interpretación correctora realizada es más acorde con el texto constitucional, dado que el art. 41 CE pone énfasis en que la Seguridad Social dispense protección ante situaciones de desempleo y que las normas que regulan el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo pretenden garantizar un derecho a una protección, de manera que, concluye el Alto Tribunal:

En consecuencia, en casos-límite como el ahora resuelto debe entenderse que la extinción contractual acordada por el Juzgado de lo Mercantil el primer día hábil inmediatamente posterior (2 enero) al festivo temporáneo (31 diciembre) ha de tener los mismos efectos que si se hubiera dictado el día 31 de diciembre; por descontado, se trata de una ficción jurídica en orden a la determinación de si procede la reposición de las prestaciones por desempleo, sin virtualidad en otros terrenos. No se tratar de alterar la Ley, sino de concordar diversas prescripciones de nuestro ordenamiento. Estamos lejos de querer forzar la literalidad de la norma o de ignorar los mandatos del legislador (a quien compete delimitar las situaciones de necesidad protegidas y el alcance de la protección). Se trata de reparar en la causa de la terminación del contrato de trabajo (mediante Auto judicial), en la naturaleza de los plazos que gobiernan la actuación de quien lo extingue (procesal, no civil), en las consecuencias de que se mantuviera la fecha formal de terminación contractual a todos los efectos (desmesuradas, al no existir fórmulas parciales de reposición de las prestaciones), en la seriedad de los procedimientos (ausente cualquier indicio de fraude o maniobra dilatorias por parte de empleador y trabajadores) y en la tendencia de las sucesivas normas que han venido regulando el caso (ampliando alcance de la reposición y plazos temporales).

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

3.1. Una aclaración necesaria e imprescindible de la normativa aplicable a la vista de los anteriores pronunciamientos y de las posiciones de las partes

La Sentencia resulta ante todo llamativa. Pero también resulta llamativo lo cerca que se encuentra el trabajador de poder ser perceptor del derecho a la reposición reclamada: tan sólo unas horas antes que hubiera aparecido el Auto del juez y no habría debido plantearse esta controversia. Ello explica la necesidad de indagar si habría un mecanismo para entender que la norma se entiende cumplida, aún así. Insiste el Tribunal sobre todo en aportar una solución que externamente se aparte lo más posible de la decisión que acogen la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, y resulta muy interesante el que el Tribunal investigue, para ello, y lo primero, acerca de cuál es la norma realmente aplicable.

Se hubiera tratado de una tarea, de cualquier modo, imprescindible ya que tanto la sentencia recurrida como la sentencia de contraste apuntan soluciones que no parten de la norma que podría ser adecuada para dar una respuesta positiva a la cuestión planteada. Y ello porque: tanto la sentencia recurrida como la sentencia de contraste aportan soluciones distintas por establecer puntos de partida distintos.

- La sentencia recurrida: señala que la Ley aplicable es la Ley 3/2012, y para ello entiende que el momento de la situación legal de desempleo es el momento de la extinción del contrato que se entiende hay que marcar en el 31 de diciembre aunque la real extinción se produjera el 2 de enero de 2013. El problema es que la previa suspensión del contrato de trabajo en este caso se produce en los años 2010 y 2011 y esa diferencia entre ERE y ERTE no es permitida en la Ley 3/2012. Por tanto, esta solución no era válida.

- La sentencia de contraste entiende que la norma aplicable es la Ley 1/2013, atendiendo a que se produce la extinción literal y estrictamente durante el año 2013, pero, entonces, concluye el juzgador que el período de suspensión del contrato previo se aparta del período permitido por tal norma. Esta solución tampoco era válida.

Ninguna de las normas alegadas servían para dar solución al supuesto: sólo se puede dar solución al caso si efectivamente se identifica la norma aplicable como la Ley 35/2010 o la Ley 27/2009, pues solamente cualquiera de estas dos regulaciones permitirían que la extinción se produjera antes de 31 de diciembre de 2012 y que, al tiempo, las suspensiones de los contratos previos se produjeran en los años 2010 y 2011.

3.2. “Tempus regit actum”: el momento en el que fijar la SLD en el derecho a la reposición del desempleo

Fija el Alto Tribunal la SLD en el caso debatido ajustándolo exactamente al momento de la extinción del contrato de trabajo. Y lo hace recurriendo al art. 208 LGSS. El caso es que el reconocimiento de este derecho a la reposición quizá podría tener unas características diferentes al derecho al reconocimiento de la misma prestación por desempleo cuando se extingue el contrato. Realmente el trabajador que previamente ha visto suspendido su contrato y después se le extingue, en el momento de la posterior extinción lo que solicita es la reposición de un derecho que ya se había generado anteriormente, es decir, el derecho a la reposición es un “borrado” de una parte de la prestación de desempleo que ya se había generado años antes, es decir, en el supuesto planteado, en los años 2010 y 2011. ¿Hasta qué punto no podríamos llegar a plantearnos si la SLD no habría surgido no en el momento de la extinción, sino anteriormente, en el momento de la suspensión del contrato?, sobre todo porque desde la perspectiva de la gestión se nos dice en el art. 3.6º de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre que el derecho a la reposición se reconoce de oficio por la entidad gestora en los supuestos en los que se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo. Es decir, entonces, no se genera un nuevo derecho a la prestación por desempleo, únicamente se entiende que, aquél ya abonado anteriormente, se puede volver a abonar, antes de seguir percibiendo o “gastando” más prestación. Por tanto, ¿sería posible que pudiéramos entender que la SLD se podría situar al momento de la suspensión del contrato del trabajador, es decir, durante los años 2010 y 2011?, posiblemente sí, y entonces, la norma aplicable sería la Ley 27/2009, o la posterior Ley 35/2010, que también se ajustaría a las condiciones exigidas por la norma, aunque hay que decir que ello no haría variar tampoco la solución aportada al debate.

3.3. ¿Existe un apartamiento de la sentencia recurrida cuya doctrina judicial el Tribunal abraza?

Aunque el Alto Tribunal insiste en que no acoge la doctrina de la sentencia recurrida ni tampoco la doctrina judicial emanada de la sentencia de contraste el Tribunal Supremo lo que hace propiamente es que “mejora”, “aclara” y crea una “ficción jurídica” mucho más convincente y menos peligrosa que la sentada por la doctrina judicial de la sentencia confirmada. Y ello porque el Alto Tribunal “mejora”, sin “flexibilizar” y dice “acatar” estrictamente el tenor literal de la norma, aunque lo hace sin que ocurra que la extinción del contrato del trabajador finalmente se produzca antes del 31 de diciembre, que es lo que literalmente exige la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. Y lo hace sólo por encontrarnos ante un caso “al límite” en el que parece que sólo circunstancias casuales han hecho que

finalmente el cambio de sólo unas horas y el cambio de anualidad genere efectos demasiado perniciosos para quienes sólo serían perjudicados por una solución muy literal o estricta de la comprensión del precepto.

Lo cierto es que finalmente el Tribunal lo que hace es “no flexibilizar” la norma pero “estirar” los plazos temporales previstos por la norma porque lo que finalmente establece a través de la “ficción jurídica” es trasladar ficticiamente el día 2 de enero al 31 de diciembre, presumiendo que estamos en el día 31 de diciembre cuando realmente el Auto del juez se dicta el 31 de diciembre.

Claro es que la flexibilización no hubiera sido posible ni deseable dado que los Tribunales son claros y no admiten interpretaciones flexibles. Y han sido claros a la hora de denegar el derecho a la reposición cuando se producen retrasos o adelantos tales de los acontecimientos que no permitan el ajuste de lo ocurrido en los marcos temporales establecidos en la norma de referencia², plazos temporales previstos –y absolutamente fijos– de la Ley.

4. CONCLUSIONES

Resulta loable la búsqueda de la “ficción jurídica” que aquí se maneja, sin duda no extrapolable más que a supuestos como el presente en los que: a) exista la posibilidad de aplicar el no cómputo de plazos respecto de días no civiles, sino procesales, dado que el Auto de lo mercantil no puede aparecer en días no hábiles desde un punto de vista procesal, y particularmente no podría haber aparecido el 31 de diciembre; y b) dé la casualidad de que existen 2 días de diferencia y este primer día es inhábil a efectos procesales y el segundo es festivo, lo que significa que tampoco el Auto del juez de lo mercantil hubiera aparecido.

Pero también es cierto que los plazos temporales son los que son y la norma parece clara y terminante en ello. Y la literalidad de la norma permite tener seguridad jurídica y actuar conforme a lo dispuesto, en todo caso. Ello es además necesario en situaciones en las que, como ésta, la norma es absolutamente excepcional y solamente puede establecerse este beneficio en los casos en los que resulte que haya poca diferencia de tiempo entre suspensión y extinción y se tenga en cuenta que una circunstancia depende la una de la otra. Lo que no debería es generarse dudas acerca de si se podría o no acceder a este derecho extralimitándose más allá de lo querido por el legislador. Aunque se dice que esta solución no tendría virtualidad en otros terrenos, la realidad supera en ocasiones lo que podamos prever, ¿cabría que esta solución pueda posteriormente ser pretendidamente usada en otra solución o “ficción jurídica”, si extrapolable?

² El mismo TS no reconoce, así, el derecho a la reposición de la prestación por desempleo en el STS de 24 de febrero de 2016, RJ 2016, 810, dado que el contrato del trabajador se extingue el 31 de marzo de 2013, no estando los ERTES entonces comprendidos en los límites temporales del RDL 3/2012. El TS acoge claramente la literalidad de la norma para entender aplicable una norma u otra y para entender que no coresponde el derecho a la reposición. En este otro caso ocurre que el Auto de lo mercantil aparece 3 meses después, lo que supone un cambio muy relevante en la solución que se otorga. Tampoco se reconoce el derecho a la reposición, por los mismos motivos en la STSJ de La Rioja de 17 de septiembre de 2015, AS 2015, 2317; en la STSJ de Aragón de 15 de octubre de 2014, AS 2014, 2836; en la STSJ de Cataluña, de 10 de diciembre de 2014, AS 2015, 489; o en la STSJ de La Rioja de 23 de abril de 2015, AS 2015, 972.

En cualquier caso, es claro que el derecho a la reposición surge en una situación particular que es la de aquella empresa que, para no acogerse a las extinciones colectivas aboga por suspensiones previas y, si ello no puede evitarse conduce a los trabajadores implicados hacia una extinción de sus contratos que no se ve penalizada, así, por el intento de la mercantil por mantener los puestos de trabajo. Actuamente y, al respecto, hay temas que están resultando controvertidos: ¿cabe que el derecho a la reposición se pudiera reconocer aunque ocurra que la extinción del contrato posterior se produce en una empresa distinta en la que el trabajador se ha ocupado temporalmente, aunque ello sea para permitir la vuelta al mercado laboral del trabajador afectado por la medida?, ¿vulneraría lo que sería el sentido o la finalidad de la norma y, sobre todo, generaría inseguridad jurídica?, ¿deben los Tribunales corregir estos “defectos” no queridos de las normas o no pueden hacerlo? ¿valen interpretaciones flexibles del tenor literal de la norma?³

³ Sobre el particular hay doctrinas contradictorias en TTSSJJ actualmente. Vid. así, la STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2015, AS 2015, 947 y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de febrero de 2016, JUR 2016, 57114 –esta última concede el derecho a la reapertura del derecho a pesar de existir un trabajo temporal posterior del trabajador en otra empresa–.

Incidencia en la protección por desempleo de la ausencia del territorio nacional durante un período inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora: prevalencia de la perspectiva prestacional frente a la sancionadora en caso de desempleo

Comentario a las STS de 21 de abril de 2015 y de 26 de mayo de 2015

Impact on the protection by unemployment of the absence of the national territory for a period of less than 90 days without communication to the management entities: prevalence of entitlement to benefits against the sanctioning perspective
Commentary on the STS April 21, 2015 and May 26, 2015.

M^a NIEVES MORENO VIDA

*CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA. MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA*

Resumen

Se declara en estas Sentencias que la incoherencia existente en esta materia entre la normativa sancionadora, que contempla tal conducta como causa de extinción de la prestación, y la prestacional, que la contempla como causa de suspensión de la misma, debe interpretarse a favor de esta última. Y ello en virtud de la exigencia de coherencia del ordenamiento jurídico, el principio de seguridad jurídica, la proscripción de discriminaciones objetivas en la aplicación de las normas, el principio de especialidad y el principio de proporcionalidad.

Abstract

He is declared in these judgments that the inconsistency in this matter between the sanctioning legislation, which includes such conduct as causes of extinction of the provision, and the entitlement to benefits, which considers it as a cause of suspension of it, should be interpreted in favour of the latter. And objective this by virtue of the requirement for coherence of the legal system, the principle of legal certainty, the prohibition of discrimination in the application of the rules, the principle of speciality, and the principle of proportionality.

Palabras clave

protección por desempleo, derecho a prestaciones, comunicación a la entidad gestora, derecho sancionador, suspensión o extinción de la prestación

Keywords

protection by unemployment, entitlement to benefits, communication to the management entities, disciplinary law, suspension or extinction of the provision

1. LA RESIDENCIA COMO REQUISITO DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO. DIFERENCIA ENTRE TRASLADO DE RESIDENCIA Y ESTANCIA TEMPORAL

La protección por desempleo tiene como finalidad garantizar al trabajador una renta económica de sustitución del salario durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo empleo, así como garantizarle una ayuda activa para conseguirlo. El art. 262.1 LGSS (el anterior art. 203.1) define el desempleo protegido como la

situación en que se encuentran “quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo”, concepto restrictivo en el que existen tres elementos fundamentales: capacidad para trabajar (“quienes pudiendo”); voluntad de trabajar (“y queriendo”); pérdida del empleo anteriormente ocupado o reducción del mismo. El aseguramiento público sólo cubre el desempleo involuntario (“forzoso”), lo que se pone de manifiesto en distintas fases de la dinámica de la prestación: exigencia de acreditar la situación legal de desempleo, la renovación de la demanda de empleo, la prohibición de rechazar una “ocupación adecuada”, realización de cursos de formación, etc.

Tras las sucesivas reformas legislativas, en particular la realizada por Ley 45/2002, se ha llevado a cabo una vinculación más intensa entre la contingencia de desempleo y la carencia involuntaria de un empleo adecuado. Por ello, la acción protectora está constituida por la obtención de una prestación económica sustitutiva del salario pero también por acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que se asimilan a un requisito de mantenimiento de la prestación. Hoy, la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo se configura como un elemento delimitador de la contingencia, de ahí que se exija, junto con el requisito de inscribirse como demandante de empleo, la formalización de un “compromiso de actividad”.

El compromiso de actividad constituye la expresión (por escrito) de la involuntariedad del desempleo. Se trata de formalizar o contractualizar el deber de buscar activamente empleo, cumpliendo con las exigencias legales dirigidas a esta finalidad: participando en las políticas activas de empleo que se hayan fijado en el itinerario de inserción. El compromiso de actividad constituye un requisito de acceso a la protección y un requisito de mantenimiento de la prestación (junto con la prohibición de rechazar una oferta de empleo adecuada) y su incumplimiento lleva consigo consecuencias sancionadoras previstas en la LISOS. Supone que el sujeto protegido debe estar en actitud de plena disponibilidad para trabajar y, por tanto, para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, lo que se verifica a través del compromiso de actividad, que formaliza jurídicamente las obligaciones y derechos que asumen los sujetos implicados en el programa de inserción¹ Las Administraciones Públicas competentes deben verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad, debiendo comunicar los incumplimientos que se produzcan al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) en el momento en que se produzcan o se conozcan.

Pero además la situación de desempleo y la disponibilidad para el trabajo está referida, como ámbito geográfico, al mercado de trabajo español, que es al que corresponde garantizar la protección frente al desempleo, tanto pagando la prestación como controlando la subsistencia de los requisitos para mantener la misma². Son las entidades gestoras y los

¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en AESSS: *La protección por desempleo en España*, Edit. Laborum, Murcia, 2015, pág. 141.

² Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La condición de residencia como causa de suspensión o extinción de la protección por desempleo: La influencia de la doctrina judicial en el legislador”, *Temas Laborales* nº 124, 2014, págs. 245 y sigs.; Toscani Giménez, D.: “La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 2, 2015, págs. 177 y sigs.

servicios públicos de empleo los que deben controlar dichos requisitos (la falta de empleo, la voluntad de trabajo y la búsqueda activa de empleo) y facilitar la reincorporación del trabajador a la ocupación y ello exige la residencia en el territorio nacional (STS de 17 de enero de 2012 JUR 2446/2011). El propio Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, parte del reconocimiento de la “territorialización” de la prestación de desempleo y la admisión de las cláusulas de residencia (art. 63), de tal forma que los Estados pueden exigir la residencia en su territorio para el abono de la prestación y sólo excepcionalmente se permite la “disociación entre Estado Competente y Estado de Residencia”³, estableciendo en estos casos medidas específicas de coordinación.

No se puede desconocer, por otra parte, que el concepto de residencia, en el marco de las políticas restrictivas de derechos sociales, tanto a nivel nacional como europeo, ha alcanzado “un protagonismo inusual en la esfera de la protección social”, trazando la frontera entre el acceso a las prestaciones económicas y asistenciales y la exclusión de la protección social⁴.

Consecuencia de la exigencia del requisito de residencia es que la pérdida del mismo supondrá como regla general la extinción del derecho a la prestación, salvo los casos expresamente establecidos.

Partiendo de estas consideraciones, la cuestión fundamental ha sido la determinación de qué ausencias del territorio nacional pueden incidir en la prestación de desempleo sin causar la extinción de la misma, sino dando lugar a una suspensión temporal de la prestación. Concretamente, el ordenamiento jurídico debe establecer claramente el límite entre un mero desplazamiento temporal, que no extingue el derecho a la prestación, y el cambio de residencia que supondrá la extinción de dicho derecho, salvo la aplicación de los reglamentos comunitarios sobre coordinación (Reglamento 987/2009/CE, de 29 de abril, de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social).

Utilizando la regulación de extranjería y la normativa comunitaria, el Tribunal Supremo resolvió, a partir de la Sentencia de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10707), la delimitación entre estancia y residencia y esta jurisprudencia inspiró la reforma legislativa plasmada en la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. La Ley 1/2014 dio nueva redacción a las letras f) y g) del art. 212 LGSS para recoger expresamente los nuevos supuestos de suspensión de la prestación por desempleo derivados de la interpretación jurisprudencial: la estancia en el extranjero hasta un período de 90 días, o el traslado de residencia al extranjero por un período inferior a 12 meses para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, debiéndose comunicar

³ Vid. MIRANDA BOTTO, J.M.: “Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (II): Prestaciones”, en VVAA: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Edit. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 228; Arrieta Idiákez, F.J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en Arrieta Idiákez (Coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 218 y sigs.

⁴ Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 18

previamente la salida a la entidad gestora, que deberá autorizarla, extinguiéndose en caso contrario el derecho a la prestación.

Con el nuevo Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, es el art. 271, g) el que regula este supuesto de suspensión del derecho a prestación por desempleo: “En los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta noventa días naturales como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora”. Se aclara, además, siguiendo también la doctrina jurisprudencial, que no tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 299 LGSS, entre ellas la de proporcionar toda documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones (comunicando también a los servicios públicos de empleo autonómicos y al SPEE el domicilio y, en su caso, el cambio del domicilio) (apartado b); así como solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones (apartado h).

Con arreglo al art. 271.2 LGSS, la suspensión del derecho a la prestación supondrá la interrupción del abono de la misma y no afectará al período de su percepción, salvo en el supuesto previsto en el apartado 1.a) (durante el periodo que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves conforme a la LISOS), en el cual el período de percepción de la prestación se reducirá por tiempo igual al de la suspensión producida.

No obstante, el incumplimiento por parte de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo de la obligación de presentar, en los plazos establecidos, los documentos que les sean requeridos, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones, podrá dar lugar a que por la entidad gestora se adopten las medidas preventivas necesarias, mediante la suspensión del abono de las citadas prestaciones, hasta que dichos beneficiarios comparezcan ante aquella acreditando que cumplen los requisitos legales establecidos para el mantenimiento del derecho, que se reanudará a partir de la fecha de la comparecencia (art. 271.3 LGSS).

2. INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LA AUSENCIA DEL TERRITORIO NACIONAL DURANTE UN PERÍODO INFERIOR A 90 DÍAS SIN COMUNICACIÓN A LA ENTIDAD GESTORA: CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE COMUNICAR LAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES

2.1. El precedente de la STS 18-10-2012 (RJ 2012, 10707) (rec. 4325/2011)

Es a partir de la STS de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10707) cuando se produce un cambio de criterio del Tribunal Supremo frente a su restrictiva posición inicial. En efecto, en un primer momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la prestación por desempleo en supuestos de ausencia del territorio español mantenía que no es traslado de residencia la salida del territorio nacional por un tiempo inferior a 15 días,

conforme a la norma reglamentaria aplicable, por lo que el desplazamiento superior a ese período sí supone traslado de residencia y, en consecuencia, salvo los desplazamientos al extranjero por períodos superiores a 15 días expresamente permitidos (para búsqueda de trabajo, o para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional), extingue el derecho a la prestación por desempleo.

Con posterioridad, la Sala IV viene a rectificar este criterio, a partir de la STS de 18 de octubre de 2012 y posteriores, señalando que cuando la salida es por periodo no superior a 15 días naturales y se comunica a la Administración española en tiempo oportuno, la prestación se mantiene; por el contrario, se extingue cuando la salida se produce por periodo superior a los 90 días a que refiere la legislación de extranjería en relación con el paso de la estancia a la residencia temporal, suspendiéndose en los supuestos de búsqueda de empleo o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional en el extranjero por tiempo inferior a 12 meses o en todos los demás supuestos, y como cuando la salida se produce sin comunicación a la Administración por un periodo inferior a 90 días, debe suspenderse la prestación y no extinguirse.

Esta STS casa y anula la de suplicación para confirmar la sentencia de instancia que reconoció el derecho de la parte actora a la prestación por desempleo, en un supuesto en el que la trabajadora se ausentó de España entre el 4 y el 25 de agosto de 2008 debido a la enfermedad cardiológica que derivó en una angina de pecho de su suegro que residía en Ucrania, por lo que se le extinguió la prestación y se le reclamaron las cantidades percibidas por prestación por desempleo.

El Tribunal Supremo resuelve, en esta Sentencia, en términos del régimen jurídico de las prestaciones por desempleo en lo relativo a las causas de suspensión o extinción, sin tratarlo como causa de suspensión o extinción por sanción.

Se plantean en la Sentencia las siguientes cuestiones: a) la duración de la ausencia del territorio español; b) la comunicación o no de la misma a la entidad gestora de la protección por desempleo; y c) la posible concurrencia de factores de imposibilidad o grave dificultad (excesiva onerosidad), originarias o sobrevenidas, en el cumplimiento de los límites temporales y de los deberes de información previstos al efecto en la legislación de Seguridad Social.

La Sentencia, conforme al art. 203 LGSS, reconoce que la situación de paro o desempleo de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida al ámbito geográfico del mercado de trabajo español, en la medida en que coincide con el campo de actuación de las entidades gestoras y de los servicios públicos de empleo, que son los que pueden facilitar la reincorporación del beneficiario a la situación de ocupado, y los que controlan “la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo)”, lo que, como ha señalado el propio Tribunal Supremo (STS de 17 de enero de 2012), “sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación”.

La Sentencia lleva a cabo un análisis de los arts. 213.g) LGSS (que establece como causa de extinción de la protección por desempleo el “traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”); el art. 231.1 LGSS (que establece la

obligación de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo de proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones; así como la obligación de solicitar la baja en las situaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones); y el art. 6.3 (en la redacción dada por el RD 200/2006) del RD 625/1985, que regula el Reglamento de la Protección por Desempleo (que prevé, como excepción a la regla de extinción de la prestación de desempleo por traslado de residencia al extranjero, el supuesto de “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional” por tiempo inferior a “doce meses”; y establece que “la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año” no es causa de extinción de la prestación de desempleo, si bien esta ausencia del territorio nacional, en cuanto que pueda tener repercusión sobre la dinámica de la prestación de desempleo, desencadena las obligaciones de información o comunicación previstas en el art. 231.1 LGSS).

Aspecto destacado en esta Sentencia es que considera aplicable al caso el art. 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en la medida en que “proporciona determinadas reglas (para desplazamientos en el ámbito de la Unión Europea) o pautas normativas (para otros desplazamientos) con arreglo a las cuales se ha de medir (o se puede medir), en los casos de salida al extranjero, el cumplimiento de los deberes del beneficiario de permanecer a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente que abona la prestación”. Entre estos criterios figura “el sometimiento del beneficiario ‘al procedimiento de control organizado en éste’ [el Estado que paga la prestación] [art. 64.1. b)], el cumplimiento ‘de los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro’ [art. 64.1. b)], y la conservación en principio del ‘derecho a las prestaciones durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda’ [art. 64.1. c)]”.

La Sala es consciente de que, en principio, esta disposición comunitaria sólo es aplicable directamente a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros o asimilados (artículo 2.1). Pero considera que “incluso en aquellos supuestos en que no se trata de reglas de aplicación directa, la normativa del artículo 64 del Reglamento comunitario 883/2004 pone de manifiesto lo que la doctrina científica ha llamado la ‘territorialización de la prestación’ de desempleo, esto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga”.

A partir de este conjunto de disposiciones normativas, la Sentencia se pronuncia sobre las siguientes cuestiones:

1º) la precisión del concepto de “traslado de residencia” al extranjero del art. 213.1.g) LGSS, como causa de extinción de la prestación de desempleo;

2º) la determinación del alcance, del momento y del modo de cumplimiento de las obligaciones de información o comunicación a cargo del desempleado extranjero de las ausencias del territorio español;

3º) la determinación de si en el período de quince días de estancia en el extranjero previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo se puede mantener, y en qué condiciones; y

4º) la verificación del impacto posible de circunstancias sobrevenidas sobre el cumplimiento, por un lado, de las obligaciones de información o comunicación a la entidad gestora, y, por otro lado, de la obligación de presencia en el territorio y en el mercado de trabajo español.

En relación con la primera cuestión, la Sala analiza el concepto jurídico de “residencia”, destacando que el mismo, en sus diferentes modalidades, se puede graduar con cierta elasticidad mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento. Pero a su juicio se puede detectar una nota común: la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985. Considera que el legislador de Seguridad Social podría haber establecido la línea divisoria entre la estancia y la residencia, pero, no habiéndolo hecho, el vacío de regulación puede colmarse mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Así, para el art. 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia; y este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004, como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo.

Con esta precisión del concepto legal de residencia a efectos del “traslado de residencia” que extingue en principio la prestación de desempleo se rectifica la posición doctrinal adoptada en sentencias precedentes (STS de 22-11-2011 y 17-1-2012), de acuerdo con las cuales si la norma reglamentaria dice que no es traslado de residencia la salida por tiempo inferior a quince días, se puede entender que sí lo es, según la propia norma reglamentaria, el desplazamiento superior a ese período.

Respecto a la segunda cuestión, según el art. 231.1 LGSS, el desplazamiento o salida al extranjero del beneficiario de prestaciones de desempleo que pueda afectar a su disponibilidad efectiva para actividades formativas o para ocupaciones en el mercado de trabajo español, ha de ser comunicado a la entidad gestora o a los servicios de empleo (antes de realizar el viaje o, de no ser posible por causa de imposibilidad o excesiva onerosidad, desde el lugar de destino a la mayor brevedad posible). Dicha norma se refiere a esta obligación de comunicación previa o inmediata al decir que las solicitudes o informaciones relevantes sobre protección del desempleo han de tener lugar “en el momento de la producción de dichas situaciones”, momento que se actualiza cuando existe un concreto programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de los servicios públicos de empleo y de la Administración de la Seguridad Social española. Conforme con la finalidad de esta disposición, si no hay comunicación, no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación, entre ellos, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español. También deben ser comunicadas las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de

incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto. Esta obligación de información inmediata o por anticipado del desplazamiento o salida al extranjero se extiende tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles.

El incumplimiento de estas obligaciones de comunicación genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal (“baja”) de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía.

Como advierte la Sentencia, esta causa de suspensión de la prestación de desempleo –que no se mencionaba expresamente en el art. 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión– responde casi siempre a situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS.

En tercer lugar, la Sentencia establece que la estancia de quince días al año como máximo en el extranjero, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española, no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo. Si bien el art. 6.3 RD 625/1985 no lo dice expresamente, la Sala considera que de la redacción de este precepto “se desprende que se trata de una libranza temporal de la presencia del preceptor de la prestación de desempleo en el mercado de trabajo español, distinta pero semejante en algunos aspectos a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado”. El principio que inspira este período de libranza es el de conciliación de la vida personal y la vida profesional del beneficiario de la prestación de desempleo.

Respecto a la última cuestión, el Tribunal Supremo considera que ha de tenerse en cuenta que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, así como los casos de fuerza mayor o equivalentes, pueden tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios, que son obligaciones de hacer sometidas a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones. Dichas circunstancias deben influir también en el ámbito de las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen dichos deberes de información y documentación, conforme al principio de proporcionalidad de las sanciones a las faltas o infracciones cometidas (principio general del derecho punitivo o sancionador).

Como consecuencia de todo ello, el Tribunal Supremo distingue los tres grupos de situaciones de la protección del desempleo:

a) una prestación “mantenida” en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;

b) una prestación “extinguida”, con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte “traslado de residencia”, es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;

c) una prestación “suspendida” en los siguientes casos:

-el supuesto particular del art. 6.3 del RD 625/1985 (redacción del RD 200/2006) de “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional” en el extranjero por tiempo inferior a “doce meses”;

-en los supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo siempre que esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

Consecuencia de la aplicación de esta doctrina general al caso controvertido que resuelve esta Sentencia conduce a la conclusión de que se trata de un supuesto de prestación “suspendida” y no de prestación “extinguida”, puesto que, si bien es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se ausentó del mercado de trabajo español, por razones familiares en principio atendibles, este desplazamiento, respecto del cual no se cumplieron las previsiones de la libranza de 15 días como máximo establecida en el artículo 6.3 RD 625/1985, pese a que se llevó a cabo sin comunicación en tiempo oportuno a la entidad gestora, no constituye traslado de residencia, generadora de extinción de la prestación (conforme al art. 213.g) LGSS). Declara, por tanto, que la prestación por desempleo debe ser suspendida en período de ausencia del mercado de trabajo español, pero no en el período posterior de devengo de la misma en el que sí se encontraba en España a disposición de los servicios de empleo españoles, sin que para el mismo sea aplicable la extinción de la prestación de desempleo.

Esta relevante doctrina del Tribunal Supremo ha sido seguida por numerosos pronunciamientos posteriores, entre otras, las SSTS 18-octubre-2012 (rcud. 4325/2011) (RJ 2012, 10707), 23-octubre-2012 (rcud. 3229/2011), 24-octubre-2012 (rcud. 4478/2011), 30-octubre-2012 (rcud. 4373/2011), 17-junio-2013 (rcud. 1234/2012), 17-septiembre-2013 (rcud. 2646/2012), 22-octubre-2013 (rcud. 3200/2012), 23-octubre-2013 (rcud. 84/2013), 4-noviembre-2013 (rcud. 3258/2012) (RJ 2014, 379), 13-noviembre-2013 (rcud. 1691/2012), 10-marzo-2014 (rcud. 1432/2013), 27-marzo-2014 (rcud. 3079/2012), 8-abril-2014 (rcud. 2675/2012), 2 junio 2014 (rec. 2114/2013) (RJ 2014, 4622), 3-junio-2014 (rcud. 1518/2013), 22 septiembre 2014 (rcud. 2834/2013); 25 noviembre 2014 (rec. 1969/2013) (RJ 2014, 6756).

2.2. Los supuestos de hecho de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015 y de 26 de mayo de 2015

El supuesto de hecho que resuelve la STS de 21 de abril de 2015 [PROV\ 2015\ 139764 - RJ\2015\2178] se refiere a una trabajadora que, teniendo reconocida la prestación de desempleo y estando percibiendo la misma, viajó del 8 de junio al 26 de julio de 2009 a su país (República del Ecuador) para atender a su madre, hecho que no comunicó al Servicio

Público de Empleo Estatal (SPEE). La Dirección Provincial de Madrid del SPEE resolvió la extinción del derecho por no comunicar la pérdida de los requisitos para su percepción, la salida al extranjero incumpliendo los requisitos del art. Único, tres del RD 200/2006, por lo que se extingue el derecho de la prestación habiendo generado un cobro indebido.

El Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, dictó sentencia estimando la demanda formulada por dicha trabajadora frente al SPEE, revocando la resolución impugnada y declarando correcta la percepción de prestación del subsidio, dejando sin efecto la extinción del derecho a la prestación. Considera que la salida al extranjero sin comunicación al SPEE desde el 08.06 al 26.07.2009 para atender a su madre no es causa de extinción de la prestación por desempleo sino de suspensión de la prestación, fundamentando su pronunciamiento en la STS de 18 de octubre de 2012.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia estimando dicho recurso de suplicación interpuesto por el SPEE, revocando la sentencia de instancia y, en consecuencia, confirmando la resolución administrativa del SPEE. En la sentencia de suplicación, el TSJ Madrid reorienta el enfoque del asunto: El Tribunal advierte que la sentencia del Juzgado no ha tomado en cuenta los preceptos de la LISOS recogidos en la resolución administrativa sancionadora, subrayando que ha de distinguirse entre lo que es propio de la dinámica de las prestaciones, en concreto en relación con las causas de extinción y de suspensión, de otro aspecto referido al régimen de infracciones y sanciones que claramente la LGSS lo remite a la norma especial que es la LISOS, y que es en este aspecto en el que se centra tanto la resolución administrativa como el recurso que plantea la Entidad Gestora. Se trata, en el caso concreto, de un expediente sancionador tramitado conforme al procedimiento que regula el artículo 37 del Reglamento General aprobado por el RD. 928/1998. La STSJ Madrid declara que efectivamente, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo, el RD-L. 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, al reformar el artículo 212 y 213 de la LGSS, introdujo como causa de suspensión la “estancia” en el extranjero por un periodo de hasta 90 días como máximo en un año natural, siempre que la salida esté previamente autorizada, siendo causa de extinción la “estancia en el extranjero salvo que sea causa de suspensión”, de forma que debe entenderse que las estancias en el extranjero no autorizadas dejan de provocar la suspensión del derecho “para ser, definitivamente, causa de extinción del derecho, manteniéndose las causas de suspensión y extinción derivadas de sanción administrativa”.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por su parte, la STS de 26 de mayo de 2015 [PROV\2015\178894 - RJ\ 2015\ 3646] resuelve un supuesto similar, referido a un trabajador que agotó una prestación de desempleo de 120 días de duración, al término de la cual le fue reconocido el subsidio de desempleo por tener responsabilidades familiares, por 6 meses prorrogables hasta 18, que percibió en distintos periodos (de 14 de mayo de 2010 a 22 de agosto de 2010, de 19 de octubre de 2010 a 16 de agosto de 2011 y de 8 de octubre 2011 a 30 de febrero de 2012). Durante el período de percepción de subsidio de desempleo (como consta acreditado tras la información demandada por el SPEE a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de la Dirección

General de la Policía), el trabajador realizó diversas salidas y entradas en España por motivos familiares sin que lo hubiera comunicado al SPEE, salvo en la última ocasión, respecto a la que únicamente consta la previa solicitud y obtención de permiso del SPEE.

Por el SPEE se dicta propuesta de extinción de la prestación por desempleo por haber permanecido fuera de territorio nacional en los períodos recogidos en el informe elaborado por la Brigada Provincial de Extranjería, que supone una ausencia de por un período superior a 15 días mientras era preceptor del subsidio de desempleo y sin haber comunicado ni pedido autorización previa a ese organismo, habiendo percibido indebidamente la prestación asistencial. En su escrito de alegaciones, el trabajador reconoce que fue a Marruecos en diversas fechas, solicitando permiso sólo en algunas, por motivos familiares, como el fallecimiento de la abuela y por ingreso hospitalario de su madre, aunque no acreditó esos extremos.

Dichas alegaciones son desestimadas, considerando que ha estado ausente por espacio de más de 15 días permitido por cada año y sin estar en ninguno de los supuestos establecidos de suspensión del derecho, incurriendo además en un supuesto tipificado como infracción grave en la LISOS por no haber comunicado la baja en la prestación en el momento de producirse una situación de suspensión o extinción del derecho, lo que conlleva la sanción de extinción de la prestación y la percepción indebida de la misma.

Interpuesta por el trabajador demanda en la que solicitaba la nulidad de la resolución del SPEE, ésta fue desestimada por la sentencia de instancia (Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Navarra en el procedimiento nº 387/2013). Posteriormente la Sala del TSJ de Navarra dictó sentencia en fecha 22 de abril 2014 desestimando también el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador por entender que se trata de una extinción de la prestación “de naturaleza puramente sancionadora”, fruto del procedimiento instado por el SPEE en ejercicio de sus competencias y en razón de la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 25.3 de la LISOS, a la que se aplica la sanción extintiva determinada en los arts. 47.1.b) y 47.3 de la propia LISOS, de conformidad con los arts. 213.1.c) y 219 LGSS. La STSJ de Navarra concluye que se ha incurrido por el trabajador en una infracción tipificada por la LISOS como grave, por no haberse comunicado la causa de la suspensión o extinción del derecho (ni haberse justificado tampoco la imposibilidad de practicarla, en su caso), es decir, la preceptiva comunicación de salida del territorio nacional. Señala la Sentencia que “Es esta falta de comunicación la que determina la realidad del comportamiento imputado al actor a título de infracción administrativa y su constatación, la que provoca la lógica aplicación de la sanción legalmente prevista, que no es otra que la extinción de las prestaciones, tal y como ha sucedido en el caso presente”.

2.3. Análisis de la doctrina judicial: la incoherencia existente entre la normativa sancionadora y la prestacional debe interpretarse a favor de esta última

Las Sentencias comentadas avanzan un paso más, respecto de la ya consolidada doctrina del Tribunal Supremo y formalizada en la LGSS tras la Ley 1/2014, en la delimitación de la incidencia en la protección por desempleo de la ausencia del territorio nacional durante un período inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora. La jurisprudencia anterior se había centrado en las consecuencias de salir de España en las ya indicadas condiciones, sin pronunciarse acerca de la imposición de una sanción al amparo de

la LISOS ni, por tanto, sobre la virtualidad de sus arts. 25.3 y 47.1.b). No habían resuelto sobre si la falta de comunicación implica que entre en juego el régimen sancionador previsto en la LISOS, en la que se contempla como sanción la extinción de la prestación, sino en términos del régimen jurídico de la prestación por desempleo en lo relativo a las causas de suspensión o extinción, sin tratarlo como causa de suspensión o extinción por sanción.

En estas Sentencias, los términos del debate casacional se centra en la sanción de extinción de la prestación por desempleo impuesta a los trabajadores por el SPEE como consecuencia de haber infringido el deber de comunicar las causas de suspensión o extinción de las prestaciones, en concreto se considera infringido el art. 25.3 LISOS como consecuencia de que se ausentaron de España por un periodo superior a 15 días y sin comunicarlo en momento alguno y, por tanto, se considera procedente la consecuencia contemplada en el art. 47.1.b y 47.3 LISOS.

Las SSTs de 21 de abril de 2015 y de 26 de mayo de 2015 reiteran que el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y no conlleva la extinción de la prestación de desempleo sino la suspensión de la misma, pero añaden que el incumplimiento de la obligación de comunicar previamente la salida al SPEE no puede conllevar la extinción de la prestación por aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS. Se declara en estas Sentencias que la incoherencia existente en esta materia entre la normativa sancionadora, que contempla tal conducta como causa de extinción de la prestación, y la prestacional, que la contempla como causa de suspensión de la misma, debe interpretarse a favor de esta última.

Esta incoherencia debe resolverse en base a los siguientes principios fundamentales del ordenamiento jurídico:

A) La necesidad de eliminar incoherencias normativas.

Parten estas Sentencias de que, en el momento en que se producen los hechos litigiosos (mediados de 2009), la misma conducta es contemplada por el bloque normativo sancionador como causa de extinción de la prestación, mientras que para el bloque de las normas prestacionales se trata de una circunstancia que conduce, a partir de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la suspensión.

Esa situación de discordancia, cuando no abierta contradicción, pugna con las exigencias de coherencia que el propio concepto de ordenamiento jurídico (art. 9.1CE) comporta. Recogen las Sentencias la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (SSTC 233/1999, de 13 de diciembre; 150/1990, de 4 de octubre; 222/2006, de 6 de julio): “Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten”. Ello obliga al intérprete a obviar la incoherencia que pueda presentar el ordenamiento buscando la interpretación más acorde a la Constitución, sin desbordar, obviamente, sus propias atribuciones.

De la propia doctrina jurisprudencial ya señalada se deriva que la superposición normativa reseñada debe resolverse atendiendo a la perspectiva prestacional y no a la

sancionadora, salvando de este modo, además, la proporcionalidad de las consecuencias asignadas al incumplimiento del deber de comunicar la salida al extranjero pues, como indica el Tribunal Supremo, “cuadra mal con él que tuviese el mismo trato una ausencia de 16 que de 89 días”. Esta interpretación es coherente con el art. 41 CE que postula la protección de las situaciones de necesidad y que pide que ello se haga “especialmente en caso de desempleo”, marcando así un canon interpretativo que debe aplicarse.

La coherencia dentro del ordenamiento jurídico también conduce a pensar que si la ausencia de comunicación del viaje desemboca en la suspensión de la prestación (descartándose la extinción de la misma), no puede sostenerse que se llegase al resultado opuesto, la extinción de la prestación y devolución de todo lo percibido, por la vía de las sanciones.

B) La evitación de consecuencias alternativas.

Al mismo resultado se llega por aplicación del principio de seguridad jurídica, garantizado por el art. 9.3 CE. De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, recogida por el Tribunal Supremo, “dicho principio viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad” (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 4; 126/1987, de 16 de julio, FJ 7; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 10; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; y 225/1998, de 23 de noviembre, FJ 2). Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4).

De todo ello, el Tribunal Supremo considera que, en virtud de las exigencias del principio de seguridad jurídica, si aparecen como posibles dos consecuencias en el ordenamiento jurídico, ofrece mucha mayor seguridad estar a aquella que aparezca contemplada (tácitamente, según nuestra jurisprudencia) en el bloque regulador de las propias prestaciones que se disfrutan. Solución que, según el Tribunal Supremo, parece estar avalada por “razones de contigüidad topográfica, facilidad de conocimiento y dinámica prestacional”.

C) Proscripción indirecta de discriminaciones y especialidad.

En tercer lugar, aplica el Tribunal Supremo el principio de proscripción de discriminaciones y especialidad. Se refiere, en este caso, a la existencia de discriminaciones objetivas en la aplicación de las leyes, como consecuencia aquí de que la misma Entidad Gestora pudiera poner en marcha dos tipos de actuaciones bien heterogéneas frente a una misma conducta. Discriminación objetiva como consecuencia del deficiente diseño legal, que comportaría la posibilidad de sancionar en un caso y suspender la prestación en otro.

No se trata, así, de discriminaciones subjetivas que pudieran suponer el trato, por parte del SPEE, de modo diverso a unas y a otras personas en función de factores de discriminación (nacionalidad, raza, sexo, etc.), sino que objetivamente el mismo organismo tenía a su disposición posibilidades heterogéneas de actuar ante una misma situación. Discriminación objetiva que la propia Sala constata a través de las distintas Sentencias del Tribunal Supremo, comprobando que en unos casos la ausencia sin comunicar desembocó en la imposición de una sanción y en otros en la extinción de la prestación como medida de gestión; en ocasiones se actuaba sobre la base de la LISOS y en otras sobre la LGSS o su desarrollo reglamentario.

De acuerdo con ello, el Tribunal Supremo considera que se debe descartar la posibilidad de imponer una sanción a lo que el ordenamiento contempla como causa de suspensión de la prestación para conseguir, de manera indirecta, abortar la existencia de tratamiento distinto a casos iguales.

Adicionalmente, se aplica también el principio de especialidad dentro del ordenamiento jurídico, declarando la mayor especialidad que poseen las normas sobre prestaciones de desempleo que las sancionadoras sobre todo tipo de prestaciones de Seguridad Social.

D) Principio de proporcionalidad.

Finalmente, el Tribunal Supremo aplica el principio de proporcionalidad. En virtud de este principio, las circunstancias de cada caso deben influir en las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen los deberes de información y documentación.

Destacan las Sentencias comentadas que las previsiones de la LISOS no permiten matiz alguno, porque desembocan en la extinción del derecho, tanto si se omite comunicar una circunstancia que genera la extinción como si se trata de otro hecho que solo arrastre la suspensión. No obstante, reconociendo que escapa a su competencia la inaplicación de una norma con rango de Ley (salvo el traslado de la cuestión al Tribunal Constitucional), el Tribunal Supremo considera que deben resolver la concurrencia normativa de forma que la modulación de consecuencias desfavorables para quien se traslada al extranjero siendo beneficiario de prestaciones por desempleo sea coherente con el principio de proporcionalidad.

2.4. Prevalencia de la perspectiva prestacional frente a la sancionadora en caso de desempleo

La conclusión a que llegan ambas Sentencias es en primer lugar, que el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y no conlleva la extinción de la prestación de desempleo sino la suspensión de la misma (conforme a la doctrina jurisprudencial ya sentada desde la STS de 18 de octubre de 2012), pero añaden, en segundo lugar, que el incumplimiento de la obligación de comunicar previamente la salida al SPEE no puede conllevar la extinción de la prestación por aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS.

Se declara, en definitiva, en estas Sentencias que la incoherencia existente en esta materia entre la normativa sancionadora, que contempla tal conducta como causa de extinción de la prestación, y la prestacional, que la contempla como causa de suspensión de la misma, debe interpretarse a favor de esta última. Y ello en virtud de la exigencia de coherencia del ordenamiento jurídico, el principio de seguridad jurídica, la proscripción de discriminaciones objetivas en la aplicación de las normas, el principio de especialidad y el principio de proporcionalidad.

La doctrina sentada por estas dos Sentencias del Tribunal Supremo es importante a efectos de determinar la incidencia en la protección por desempleo de la ausencia del territorio nacional durante un período inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora, y, particularmente, a efectos de establecer las consecuencias de la infracción del deber de comunicar las causas de suspensión o extinción de las prestaciones.

Se consolida la perspectiva prestacional frente a la sancionadora en caso de desempleo también en la SSTS de 29 de junio de 2015 (rcud 2896/14); de 21 de diciembre de 2015 (rcud 817/15) y de 2 de marzo de 2016 (Rec. 1006/2015).

Pero, más allá de su aplicación concreta a la protección por desempleo, su trascendencia se proyecta, de acuerdo con la doctrina constitucional, respecto a la interpretación del ordenamiento jurídico como un todo coherente, basado en la seguridad jurídica y la proporcionalidad y a la aplicación a los conflictos normativos de estos principios básicos.

Por otro lado, se proyecta también sobre el conjunto de las normas de protección social al establecer la doctrina de la prevalencia de las normas prestaciones frente a la perspectiva sancionadora, como expresión del derecho constitucional a la protección social, que pese a ser configurada como una “norma-programa” no puede verse, según la interpretación del Tribunal Constitucional, con exclusiva atención al precepto en sí mismo considerado, sino en el conjunto de las normas constitucionales. Es claramente aceptado hoy que el reconocimiento normativo de un derecho no puede ser confundido, o negado, con la debilidad de sus garantías, pues eso es un problema de efectividad del derecho pero no de existencia del derecho mismo⁵. Como subrayó Ferrajoli, dentro de los ordenamientos jurídicos, junto a las garantías primarias o sustanciales que consisten en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, se establecen, de otro lado, unas “garantías secundarias” o jurisdiccionales a tales obligaciones que llevan a aplicar la sanción o a declarar la nulidad cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos, respectivamente, que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias⁶. Con estas garantías el ordenamiento jurídico viene a establecer una serie de técnicas para reducir la distancia entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos en coherencia con su estipulación constitucional y/o legal. En consecuencia, los incumplimientos de las normas jurídicas llevan a una específica reacción de los ordenamientos jurídicos, la sanción, con el objetivo de compeler a su cumplimiento por parte de los sujetos a los que están dirigidos las obligaciones

⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA: *Manual de Seguridad Social*, 11ª edic., Edit. Tecnos, Madrid 2015, pág. 57.

⁶ Vid. FERRAJOLI, L.: *El fundamento de los derechos fundamentales*, Edit. Trotta, Madrid 2001, pág. 58

y mandatos previstos en aquélla. Dentro de esas técnicas se incluye la potestad sancionadora de la Administración que se justifica en la necesidad de reforzar la protección del orden social general por vías que garanticen la eficacia del cumplimiento de las normas⁷.

La tutela sancionadora administrativa en el ámbito social representa un elemento corrector respecto de la debilidad en la posición de los trabajadores, pero también un mecanismo de tutela de los intereses de la comunidad. Siendo una “garantía secundaria” cuya finalidad es garantizar los derechos, es claro que la contradicción o incoherencia entre las normas sancionadoras y las normas prestacionales que corresponden a los derechos subjetivos garantizados debe resolverse sobre la preeminencia de estas últimas. Se trata de una tutela administrativa del derecho social, por lo tanto no puede impedir el reconocimiento de ese derecho sino garantizarlo. En cualquier caso, es claro que el ejercicio de esta potestad sancionadora debe estar presidido por el principio de proporcionalidad.

⁷ Vid. AAVV (MONEREO PÉREZ Coord.): *Manual de Derecho Administrativo Laboral*, Edit. Tecnos, Madrid, 2012, págs. 293 y sigs.

PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

1. Ingresos
Computables

Laborem

La necesidad económica como requisito imprescindible en las pensiones no contributivas: se computan los ingresos del cónyuge en caso de separación de hecho

Economic necessity as an essential requirement in the non-contributory pensions: spouse's income is computed in the event of de facto separation

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ALICANTE (ESCUELA UNIVERSITARIA RRL, CENTRO ADSCRITO ELDA)

Resumen

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo reitera su doctrina, declarando que en los supuestos de separación de hecho en los que no se acredite la efectiva disolución de la sociedad de gananciales, deben considerarse los ingresos del cónyuge (separado de hecho) dentro de los recursos económicos de la unidad económica de convivencia, a efectos de analizar la necesidad económica como requisito básico para conceder una pensión no contributiva.

Abstract

The Fourth Chamber of the Supreme Court reiterates its doctrine, stating that in the event of de facto separation in which no effective dissolution of the conjugal partnership is proved, be considered a spouse's income (separate in fact) within the economic resources of economic family unit, in order to analyze the economic need as a basic requirement for granting a non-contributory pension.

Palabras clave

Prestaciones no contributivas, jubilación, carencia de rentas, separación de hecho

Keywords

Non-contributory benefits, retirement pension, lack of income, de facto separation

1. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

1.1. Delimitación conceptual y requisitos

Las pensiones no contributivas se incorporan al sistema español de Seguridad Social mediante Ley 26/1990, de 20 de diciembre (BOE de 22 de diciembre), y se diferencian de las contributivas en su carácter no laboral (se conceden por ser ciudadano, no por tener la cualidad de trabajador, ya que no guardan relación alguna con la situación laboral del interesado), su carácter no contributivo (no se exige periodo mínimo de cotización, sino periodo mínimo de residencia) y su carácter subsidiario (atienden a situaciones de necesidad de personas que carecen de recursos económicos, por lo que no son rentas de sustitución, sino rentas compensatorias)¹.

¹ El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas se encuentra en el Título VI de la LGSS, y su regulación reglamentaria se recoge en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, de desarrollo de la Ley 26/1990, de 20 de Diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social (BOE de 21 de marzo).

La no contributividad de las prestaciones se manifiesta, pues, como una expresión del principio de universalidad de la tutela prestacional; pero la no contributividad no equivale a la asistencialidad (tiene puntos comunes con la asistencia social por su origen y naturaleza, pero son auténticas prestaciones de la Seguridad Social, formando parte de la acción protectora de su sistema)².

Las prestaciones no contributivas de Seguridad Social se engloban en dos grandes modalidades: las pensiones no contributivas, a las que nos vamos a referir en el presente estudio, dentro de las cuales se distingue entre la pensión de invalidez no contributiva (que se reconoce ante la acreditación por el solicitante de un determinado grado de minusvalía y el cumplimiento de determinados requisitos), y la pensión de jubilación no contributiva (que se concede por causa de la edad y por el cumplimiento de determinados requisitos); y las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva (que protegen al individuo responsable frente al incremento de gastos provocado por determinadas circunstancias familiares); aunque también las hay en forma de subsidio para algunas contingencias más específicas como la maternidad o el desempleo.

Las pensiones no contributivas son prestaciones del sistema de Seguridad Social, por tanto, están comprendidos en su campo de aplicación, todos los españoles residentes en territorio español. Este requisito general de la nacionalidad, para ser beneficiario de estas prestaciones, no excluye a los extranjeros, pues la propia norma (art. 7.2 LGSS) incluye en el citado campo de aplicación a los extranjeros que residan legalmente en territorio español.

Los requisitos específicos exigidos al beneficiario para causar derecho a la pensión de invalidez no contributiva son:

- Edad: ser mayor de 18 años y menor de 65 en la fecha de solicitud de la pensión³.
- Carencia residencial: exigencia de un periodo mínimo de residencia legal en España durante 5 años (genérica), de los cuales 2 años (específica) deben ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión⁴.
- Minusvalía: estar afectado por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65%.
- Carencia de rentas o ingresos suficientes.

Los requisitos específicos exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación no contributiva son:

- Edad: haber cumplido 65 años de edad al momento de la solicitud.

² Art. 2.1 LGSS: “El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”.

³ El art. 367.3 LGSS dispone: “Las pensiones de invalidez pasarán a denominarse pensiones de jubilación cuando sus beneficiarios cumplan la edad de 65 años”.

⁴ Conforme al art. 10.2 RD 357/1991, no se entenderá la residencia interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

- Carencia residencial: residir legalmente en territorio español durante 10 años entre los 16 años de edad y la edad de devengo de la pensión (genérica), de los cuales 2 años (específica) deben ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación (aplicándose mismas normas de interrupción previstas para la invalidez).
- Carencia de rentas o ingresos suficientes.

1.2. La carencia de rentas o ingresos suficientes en la unidad económica de convivencia como requisito básico

Los beneficiarios de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación deben cumplir el requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes. La escasez de los recursos económicos se establece teniendo en cuenta el importe de la prestación no contributiva y de si el interesado está o no dentro de la unidad económica de convivencia⁵.

El requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes se entiende cumplido si el solicitante acredita la citada carencia a nivel personal; si el solicitante convive con otras personas en una misma unidad económica familiar, se tienen en cuenta los ingresos de todos los miembros de la citada unidad para determinar el cumplimiento del requisito.

Así pues, el requisito de carencia de rentas queda determinado en un doble plano, para poder establecer el sistema de cómputo de ingresos (art. 11 RD 357/1991):

- a) Plano individual: Existen rentas o ingresos insuficientes, cuando los que disponga o se prevea va a disponer el interesado, en cómputo anual (de enero a diciembre), sean inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- b) Plano de la unidad económica familiar en la que se convive: Se entiende que hay carencia de rentas cuando la suma de las rentas o ingresos computables de todos los integrantes de esa unidad, sea inferior al límite de acumulación de recursos prefijado, equivalente a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión más el resultado de multiplicar el 70% de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno. Si se trata de convivientes que son sus descendientes o ascendientes consanguíneos o por adopción en primer grado, el límite de acumulación de recursos será equivalente a 2,5 veces la cuantía calculada de ese modo.

No se trata de dos reglas distintas, respecto del límite de ingresos, para lucrar la pensión, en base a que el beneficiario esté integrado o no en una unidad económica familiar, sino una sola regla que establece un límite de los ingresos propios al presunto beneficiario

⁵ Art. 13 RD 357/1991: “Existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarios, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado”. Por tanto, en la unidad económica familiar se incluye el parentesco por consanguinidad hasta el segundo grado (cónyuge, padres, abuelos, hijos, nietos y hermanos) y el parentesco por adopción también hasta el segundo grado, quedando excluidos el parentesco por afinidad y las uniones de hecho.

(que no puede exceder del tope individual), y subsidiaria o derivativamente, en su caso, un segundo límite para el caso que aquél estuviera integrado en una unidad económica familiar (que no puede superar el límite de acumulación de recursos o ingresos prefijado).

Entre los integrantes de la unidad económica de convivencia debe existir cierto grado de dependencia económica. Es cierto que del propio concepto de “unidad económica de convivencia” en relación con lo que implica el requisito de carencia de rentas o ingresos en el plano subsidiario de dicha unidad económica, es dable deducir que entre los integrantes de aquélla debe existir un cierto grado de dependencia económica, pero, sin embargo, a diferencia de lo que se establece en otras prestaciones de la Seguridad Social en las que también se tiene en cuenta el requisito de la convivencia y el de la dependencia económica, como en las denominadas prestaciones en favor de familiares, no se establecen expresamente requisitos como el de que “no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil” para poder computar, en su caso, como integrante de la unidad económica de convivencia a alguno de las parientes contemplados en la norma [STS 28 junio 2012 (RJ 2012, 8737)].

Se consideran rentas o ingresos computables, los bienes y derechos de que dispongan anualmente el beneficiario o la unidad económica de convivencia, derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquéllos, computándose en todo caso las rentas o ingresos de cualquier naturaleza, que se tengan derecho a percibir o disfrutar, salvo determinadas excepciones.

Conforme al Alto Tribunal, los rendimientos del capital mobiliario que puedan disfrutar los beneficiarios de pensión no contributiva, casados en régimen de sociedad legal de gananciales, han de ser considerados como ingresos propios de cada uno de los cónyuges, imputándose la mitad de las rentas directamente al beneficiario, y no atribuirse la totalidad de la renta al conjunto de la unidad familiar [SSTS de 6 abril 2004 (RJ 2004, 4706), de 11 junio 2003 (RJ 2004, 7464), y de 10 mayo 2000 (RJ 2000, 2773)], en cuyo caso la prestación debe ser minorada en la misma cuantía. Por tanto, no constanding hijos, los ingresos de los cónyuges se imputan por mitad a cada uno de ellos. Pero en caso contrario (cuando hay hijos comunes) no ha de regir esta regla de ganancialidad del 50% de los ingresos a cada cónyuge, con la que “la atribución de recursos sería artificial, pues dejaría fuera de cómputo recursos que han de asignarse a una persona [...] que permanece en la unidad de convivencia. Por ello, en estos casos hay que establecer una ponderación distinta que consiste en dividir los ingresos del grupo familiar concurrente en la unidad de convivencia por el número de sus miembros y detraer del cómputo los recursos asignados al miembro o miembros que no forman parte de la unidad legal de convivencia” [SSTS de 26 abril 2013 (RJ 2013, 4155), y de 19 mayo 2004 (RJ 2004, 5021)].

Por razones de seguridad jurídica, la doctrina expuesta ha de ser aplicada como regla general a los efectos de solicitar una pensión de carácter no contributivo, atendiendo a la finalidad asistencial de estas prestaciones, a los supuestos de meras separaciones de hecho, teniendo en cuenta la posibilidad del solicitante de vincular el patrimonio ganancial a la obligación de levantar las cargas del matrimonio o, en su caso, a la posibilidad de obtener alimentos. La STS de 29 abril 2015 (RJ 2015, 2210) aplica la doctrina establecida para la pensión de invalidez no contributiva en la STS de 15 junio 2011 (RJ 2011, 5340).

2. DOCTRINA JUDICIAL: LA STS, SALA 4ª, DE 29 DE ABRIL DE 2015

2.1. Síntesis del fallo

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, al resolver el recurso en unificación de doctrina planteado por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Málaga), de 14 de noviembre de 2013, y siguiendo la doctrina anterior mantenida por la misma Sala [STS de 15 de junio de 2011 (RJ 2011, 5340)], declara la improcedencia del reconocimiento de la prestación no contributiva de jubilación al no acreditarse el requisito de carencia de rentas, pues se superan los recursos económicos de la unidad económica de convivencia.

2.2. Hechos litigiosos

La interesada, solicitó ante la Delegación Provincial de Málaga de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía prestaciones por jubilación no contributiva en la que hacía constar que no convivía con persona alguna. Por resolución de fecha 24 de junio de 2011 se deniega el reconocimiento a la prestación que solicita por superar los recursos económicos de la unidad económica de convivencia. Disconforme con la resolución, la actora interpuso reclamación previa, adjuntando la documentación que estimó oportuna (escrito firmado por ella y su marido alegando que no existe sentencia de separación o divorcio, pero que se hallan separados de hecho desde el año 2002, tal como acreditan mediante el contrato de alquiler y pagos de recibos mensuales y certificado de empadronamiento), reclamación que fue desestimada por resolución de 4 de noviembre de 2011. La propuesta de resolución denegatoria de prestaciones, reconoce a la actora y su esposo como integrantes de la unidad económica, con unos ingresos o rentas propios de la actora de 0 euros y de 11.796,96 euros de prestación de jubilación ordinaria de su marido, computables a la unidad económica.

Ante la resolución denegatoria, la parte actora interpuso demanda, resolviendo el Juzgado de lo Social núm. 12 de Málaga, con fecha de 4 de abril de 2013, en cuya sentencia se estima la demanda interpuesta por la interesada contra la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, se revoca la Resolución impugnada, y se declara el derecho de la actora a percibir prestaciones de jubilación no contributiva en la cuantía reglamentariamente establecida, con efectos desde el 1 de abril de 2011.

Contra la anterior sentencia señalada, la parte demandada planteó recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Málaga), dictó sentencia en fecha 14 de noviembre de 2013, en la cual se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Málaga de fecha 4 de abril de 2013, confirmando la resolución recurrida.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la representación letrada de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 15 de junio de 2011 (RJ 2011, 5340).

2.3. Cuestión a resolver

El recurso de unificación de doctrina se plantea por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía ante el fallo de la STSJ de Andalucía que estima que queda acreditado que la actora no convive con su marido, por tanto: la unidad económica de convivencia está formada exclusivamente por la actora, no pueden computarse los ingresos de la pensión de jubilación de su marido, ella no supera el límite de acumulación de recursos, y por tanto, tiene derecho a la prestación pretendida.

Con todo ello, el recurso de casación para unificación de doctrina tiene por objeto determinar si los recursos del marido en caso de separación de hecho deben computarse a efectos de la prestación no contributiva ex artículos 144 y ss. LGSS 94⁶. El núcleo del debate es determinar si han de ser objeto de cómputo para alcanzar el límite de acumulación de recursos los ingresos del esposo de la titular de una prestación no contributiva cuando existe entre ellos una situación de separación de hecho.

La STS de 29 abril 2015 (Ponente, Sra. Virolés Piñol), remite a la STS de 15 junio 2011 (Ponente, Sr. Souto Prieto, con Voto Particular de los Magistrados Agustí Juliá, Alarcón Caracuel y Desdentado Bonete), que resuelve un supuesto sustancialmente igual. En la misma, y tras referirse a diversos pronunciamientos anteriores en los que se aborda la obligación de los esposos de contribuir a las cargas del matrimonio y la obligación de alimentos entre cónyuges, concluye que cuando se trate de prestaciones para cuyo nacimiento o permanencia se establezca como requisito carecer de rentas o medios propios de vida, no puede prescindirse de exigir al solicitante que sea un cónyuge separado de hecho, que haya agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución familiar.

Razona la Sala IV en la sentencia del 2011 que, perteneciendo con carácter general la titularidad de los bienes gananciales conjuntamente a los cónyuges, a cada cónyuge han de computársele idealmente la mitad de los ingresos del otro cuando se discuta el nivel de renta de una unidad familiar en la que esta integrado un cónyuge, pero no el otro, y que, si la actora no tiene regularizada su situación ha de entrar en juego la presunción legal de convivencia, así como atribuirle el derecho a la mitad de los gananciales.

La cuestión debatida no se centra en analizar si se dan las circunstancias legales que permitan apreciar la existencia de una unidad económica de convivencia, sino en si concurre o no en los beneficiarios de la prestación no contributiva el requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes, para cuya determinación se toma en cuenta la posible integración en una unidad económica de convivencia de los cónyuges separados de hecho, sin constancia de interdependencia económica. Ciertamente, el requisito exigido por la ley en este punto es el de “carecer de rentas o ingresos suficientes”. La unidad económica de convivencia no es requisito para acceder o mantener la prestación, sino un elemento que el legislador toma en cuenta para determinar si el solicitante cumple con el anterior requisito cuando, careciendo de rentas o ingresos propios, sin embargo convive con otras personas en una misma unidad económica, que el mismo legislador define como personas ligadas por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado.

⁶ Artículos 363 y ss. LGSS.

La interdependencia económica que el legislador supone cuando se convive en la misma unidad económica, también se presume por el ordenamiento jurídico cuando los cónyuges se encuentran separados de hecho y no han regularizado jurídicamente su situación, aunque no tengan una efectiva comunicación de ganancias.

La doctrina que permite entender disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho consentida, aparte de operar solamente en el sentido de dejar de existir para el futuro bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad, juega en el orden interno de la relación entre cónyuges pero no frente a terceros, que conservan la garantía de la afectación del patrimonio ganancial hasta el momento de la disolución legal de la sociedad (existe un tercero afectado, la entidad gestora, que no puede quedar inerte ante los posibles pactos secretos que al respecto puedan establecer los cónyuges en las separaciones amistosas).

Además, la presunción de vigencia de la sociedad legal de gananciales mientras subsista el vínculo matrimonial, aunque exista una separación de hecho, constituye una presunción legal que el Juez debe aplicar en los supuestos que corresponda sin necesidad de que haya sido alegada ni acreditada por las partes.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Estimo que la solución a la que se llega en el supuesto analizado es bastante razonable, pues hay que atender a la necesidad asistencial de las prestaciones no contributivas, y en los casos como el presente, de meras separaciones de hecho, hay que suponer que la interdependencia económica entre solicitante y cónyuge existe, aunque no convivan de forma real y efectiva, pues rige la sociedad de gananciales y se sigue conservando el derecho a alimentos.

En muchas ocasiones, lo que se gana en justicia y equidad se pierde en seguridad jurídica, pero este no es el caso, por las circunstancias que rodean al caso planteado y por los hechos probados.

PROCESO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Impugnación de
Actos
Administrativos

Labo^{rum}

Validez de una segunda reclamación previa a efectos de entender agotada la vía administrativa en un proceso de Seguridad Social
(STS/Soc., de 3 de marzo de 2015, rec. 1677/2014)

Validity of a second prior claim as procedural requirement in the Social Security process
(STS/Soc., 2 march 2015, rec. 1677/2014)

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

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

Resumen

La admisión de la demanda en el proceso de seguridad social exige haber agotado previamente la vía administrativa. A tal efecto, el interesado debe dirigir una reclamación contra la entidad gestora emisora de la resolución con la que está disconforme. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo otorga validez, a efectos de entender agotada la vía administrativa ante el INSS, a una segunda reclamación previa, presentada antes de que el derecho sustantivo hubiera prescrito, con contenido y pretensión igual a la demanda posterior.

Abstract

The admission of the claim in the process about social security requires having previously exhausted administrative remedies. To this end, the applicant must address a claim against the entity whose resolution is attacked. According to the Spanish Supreme Court, a second preliminary complaint is valid when this one is displayed before the substantive right had prescribed, with equal content than the subsequent demand.

Palabras clave

Reclamación administrativa, proceso de seguridad social, jurisdicción laboral

Keywords

Administrative claim, social security process, labour jurisdiction

1. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

Se discute si debe conferirse validez, a efectos de entender cumplimentado el trámite previsto en el art. 71 LRJS, a una segunda reclamación administrativa formulada contra el INSS, con contenido y pretensión igual a la demanda posterior.

El trabajador ya había presentado una primera reclamación impugnando la resolución de la entidad gestora por la que se le había reconocido una incapacidad permanente total para su profesión habitual (maquinista de locomotoras) derivada de enfermedad común, argumentando entonces que en el convenio colectivo de ADIF “se regula el derecho al reintegro en la empresa a todo el personal al que se declare una incapacidad permanente total por lo que dicho reintegro se efectúa en una categoría profesional acorde con el grado de incapacidad reconocida”. Bajo tan extravagante argumentación, que ninguna relación guardaba con el objeto de la resolución atacada ni con la real intención del reclamante (solicitar un grado de incapacidad superior), dicha reclamación fue justamente desestimada por el INSS, alegando éste que no se habían modificado las circunstancias que dieron lugar a su resolución.

Al obtener esta respuesta, el trabajador, mejor asesorado que en la primera ocasión, decide presentar un segundo escrito, cuando aún no había transcurrido un mes desde la emisión de aquella resolución, al que denomina “reclamación previa” y en el que, sin hacer referencia a la presentación de la reclamación previa anterior, solicita que le sea reconocida una incapacidad permanente absoluta (IPA). La entidad gestora responde a esta segunda petición negándole naturaleza de verdadera reclamación previa, por haberse formulado anteriormente otra que había sido expresamente rechazada, y que la única opción que le quedaba al reclamante era haber interpuesto demanda ante los Juzgados de lo Social contra la desestimación de esa primera (y única válida al parecer de la entidad gestora) reclamación previa. En definitiva, lo que la entidad gestora postula es que no cabe presentar una segunda reclamación administrativa contra la resolución denegatoria expresa de una primera reclamación, que agota por sí misma la vía administrativa y deja expedito el camino hacia una eventual impugnación ante los órganos de la jurisdicción social.

Formulada demanda, cuyo contenido es coincidente con el de la segunda reclamación previa (respetándose con ello la exigencia de congruencia o vinculación entre el expediente administrativo previo y el posterior proceso de seguridad social), el Juzgado de lo Social estima la excepción de falta de reclamación previa, respecto de los términos en que se planteó la pretensión del demandante (reconocimiento de una IPA) que eran muy diferentes a los de su primera reclamación (reingreso en categoría profesional inidónea), al considerar que la vía previa ya se había agotado con la primera reclamación y no era posible un segundo intento, con absolución de las entidades gestoras demandadas (INSS y TGSS).

Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco lo desestimará, argumentando, en esencia, que era indiferente la fecha en que se le hubieran notificado las resoluciones desestimatorias de las respectivas reclamaciones, ya que, una vez interpuesta la primera reclamación, quedaba bloqueada la posibilidad de plantear válidamente una segunda, la cual no podía dejar sin efecto la primera, por lo que la demanda fue formulada infringiendo el art. 72 LRJS al no haberse agotado, respecto de la pretensión en ella interesada, la vía administrativa previa al no ser coincidentes los planteamientos de la primera reclamación y la demanda.

El trabajador formula RCUD contra dicha sentencia, denunciando que la misma ha infringido los arts. 71, 72 y 74 de la LRJS, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución; es decir, basa su denuncia en la comisión de una infracción procesal anudada a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A tal efecto, invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Región de Murcia de fecha 30 de junio de 1997 (recurso 646/1996) que, resolviendo un supuesto similar (presentación de dos reclamaciones previas sucesivas, ambas desestimadas, antes de interponer demanda en un procedimiento de incapacidad permanente) revocó la sentencia de instancia que había apreciado indebidamente caducidad de la vía administrativa, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto, por haber vulnerado el art. 71 LPL 1995 y causado indefensión al actor.

El INSS, en su escrito de impugnación del recurso, lo considera improcedente, aduciendo falta de contenido casacional. El Ministerio Fiscal, por su parte, si bien hace referencia a la doctrina de la Sala que viene considerando como carente de contenido

casacional las cuestiones relativas a la falta de agotamiento o no de las vías previas, apoya la pretensión y considera que el recurso debe ser estimado.

2. VIABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR VIOLACIÓN DE NORMAS PROCESALES, Y EN ESPECIAL POR VULNERACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL AGOTAMIENTO DE VÍAS PREVIAS AL PROCESO

La función homogeneizadora que cumple el recurso de casación unificadora en el orden jurisdiccional social no se circunscribe a la supresión de contradicciones doctrinales en la aplicación de normas sustantivas sino que comprende también, dándose determinados condicionantes y requisitos, la unificación de doctrina en cuestiones procesales o adjetivas.

Sobre la viabilidad del RCU en materias procesales, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo nos recuerda que el artículo 5.4 de la LOPJ hace referencia a que “en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación será suficiente para fundarlo la infracción de derecho constitucional”, y de otra parte, y en relación con esta previsión, el artículo 224.2 de la propia LRJS, cuando establece los requisitos del contenido del escrito de interposición del recurso de casación unificadora, establece que debe razonarse “la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o *procesales* infringidas”.

Frente al redactado del art. 222 LPL 1995, que únicamente hacía referencia a la “fundamentación de la infracción legal”, el art. 224.2 LRJS adiciona a las normas sustantivas las procesales como susceptibles de fundamentar un recurso de casación unificadora, especificación ésta que expresa el deseo del legislador de ampliar la unificación en supuestos de doctrinas discrepantes sobre temas procesales.

La vigente regulación procesal laboral se hace eco de una consolidada línea jurisprudencial, construida a golpe de sentencias y autos de la Sala Cuarta, que había irradiado el ámbito de actuación de este excepcional recurso a las cuestiones adjetivas pero sólo bajo la concurrencia de determinadas premisas, que recientemente se han flexibilizado. En un primer momento (SSTS de 4 diciembre 1991, 8 mayo 1992, 1 junio de 1992, 16 noviembre 1992), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendió que no bastaba con que las irregularidades procesales invocadas fueran homogéneas, sino que también debía concurrir la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones, porque de otro modo «se acabaría dando a las infracciones procesales el tratamiento de la simple casación» y porque «el alcance de la infracción procesal no puede aislarse de la propia configuración sustantiva de la controversia», por lo que era preciso que a la infracción procesal se uniese la identidad sustantiva (SSTS-IV Pleno de 21 de noviembre de 2000, rcud. 2856/1999 y rcud. 234/2000).

Sin embargo, la Sala ha ido abandonando progresivamente este criterio inicial tan restrictivo, para exigir en cambio la plena homogeneidad de la infracción procesal y la identidad entre la situación y normativa procesales aplicadas en la sentencia recurrida y en la sentencia invocada como contraste. No obstante, en el caso de la incongruencia omisiva, como por definición no existe en la sentencia impugnada pronunciamiento alguno, la Sala ya

había venido suavizando (SSTS de 26 mayo 1999 –rec. 3641/1998– y 14 diciembre 1993 –rec. 2940/1992–) la exigencia general del recurso de casación para unificación de doctrina de que ambas sentencias, la recurrida y la invocada como referente, contengan doctrina sobre la cuestión planteada (SSTS de 7 mayo 2001, rcud 3692/1999, 20 de marzo de 2002, 16 de julio de 2004, rcud 4126/2003, 6 de junio de 2006, rcud 1234/2005), del mismo modo que se puede apreciar cuestión nueva no suscitada previamente en el juicio y en suplicación si la supuesta infracción se comete por primera vez en la sentencia de suplicación.

Pero el avance más significativo se produjo el pasado 11 de febrero de 2015, cuando el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo adoptó por unanimidad un importante acuerdo no jurisdiccional en el que se homogeneizan los criterios de admisión de los recursos de casación para unificación de doctrina, que suponen una importante apertura y mayores posibilidades de acceso a la casación para unificación de doctrina en dos trascendentales materias: la tutela judicial de derechos y libertades fundamentales y las cuestiones procesales. En relación con las últimas, cuando en el recurso se invoque un motivo de infracción procesal, el acuerdo dispone que las identidades del art. 219.1 LRJS deberán estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea ya necesaria la identidad (contradicción) en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas. Es decir, que no es necesario que el asunto esté referido en ambos casos a dos trabajadores en la misma situación, a reclamaciones o procedimientos iguales (despido, conflicto colectivo...), identidad de hechos y circunstancias que de por sí dificulta la contradicción sustantiva, cuanto más la de carácter procesal si se requiere que ambas concurren simultáneamente. De modo complementario, la Sala ha precisado que al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales, se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, pues debe permitir que se aprecie una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva. A este efecto, en el acuerdo se mencionan, sin pretensión de exhaustividad, dos ejemplos, como son los del litisconsorcio necesario o el desistimiento por incomparecencia. En consecuencia, no existirá contradicción, por ejemplo, si en un caso existió incongruencia por exceso –*ultra petita*– y en el otro por defecto –*infra petita*–, o si en un caso se tuvo por desistido al actor por incomparecencia y en el otro se le denegó la suspensión del juicio, o si en el supuesto de la sentencia recurrida se denegó una prueba por impertinente y en la sentencia de contraste no se llegó a practicar la prueba previamente admitida por no haber llegado al juzgado el resultado, y así sucesivamente¹. Termina señalando el acuerdo que en los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social, será necesario que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina, o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión.

Tratándose de un requisito del proceso, conforme a la doctrina expuesta sería posible formular un recurso de casación unificadora donde el centro de discusión fuera la contradicción doctrinal en la interpretación y aplicación de la reclamación administrativa previa, ya sea en general o para demandar a las entidades gestoras de la Seguridad Social, en particular. Ciertamente, y así lo reconoce la propia Sala, ello supone desmarcarse de su

¹ FOLGUERA CRESPO, J., “Importante apertura y mayores posibilidades de acceso a la casación: nuevos criterios del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, núm. 8538, 13 mayo 2015, pp. 1-2 (consultado en <http://diariolaley.laley.es/>).

doctrina tradicional, contenida en sentencias dictadas al calor de la derogada LPL, que había venido entendiendo, de modo acorde con una aceptación restringida en casación unificadora de las discrepancias procesales, que si lo que se impugnaba era una decisión judicial que se había pronunciado sobre el trámite de reclamación previa, este tipo de denuncias sobre el agotamiento de las vías previas (conciliación, mediación, reclamación...) no tenía acceso a la casación. Y ello porque, no siendo una infracción de norma sustantiva aplicable para resolver la cuestión objeto de debate, directamente encuadrable en el apartado d) del artículo 205 LPL –actual art. 207.e) LRJS–, tampoco es una infracción procesal que tenga encaje en los demás apartados de este precepto, al no tratarse de una cuestión que afecte a la jurisdicción, competencia o inadecuación de procedimiento –apartados a) y b) de los arts. 205 LPL y 207 LRJS–, ni ser una denuncia que afecte a la infracción de una norma reguladora de la sentencia, ni de los actos y garantías procesales esenciales –apartado c)–, “pues la reclamación previa no es una forma esencial del juicio, sino procedimiento administrativo anterior a éste, y su omisión o cumplimiento defectuoso no puede ser determinante de una indefensión, ni por supuesto afecta a las normas reguladoras de la sentencia que recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil”².

Para sostener ahora que sí cabe formular recurso de casación unificadora a efectos de dirimir una cuestión que se refiere al agotamiento de una vía previa la Sala repara en la diversa redacción que presentan los motivos de casación estampados en el art. 207 LRJS frente a los contenidos en el art. 205 LPL, y se va directamente a lo que establece el art. 5.4 de la LOPJ que, como se vio, considera suficiente para fundar un recurso de casación la infracción de derecho constitucional [cabe recordar que el recurrente basó su denuncia en la vulneración de los arts. 71, 72 y 74 LRJS poniéndola en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva], amén de que el art. 207 LRJS se refiere globalmente a “infracción de normas del ordenamiento jurídico” y el 224.2 LRJS menciona junto a las normas sustantivas las procesales como susceptibles de fundamentar el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. EXIGENCIA Y JUSTIFICACIÓN DE LA RECLAMACIÓN PREVIA EN LOS PROCESOS SOBRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Los arts. 71 y 140.1 LRJS disponen que en las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social el interesado acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente, incluidas aquellas –precisa el art. 140.1 LRJS como ya antes hiciera el art. 139 LPL– “en las que se haya acumulado la alegación de la lesión de un derecho fundamental o libertad pública”, y a salvo que opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela regulada en los arts. 177-184. LRJS que, como se sabe, está exceptuada de la exigencia de haber intentado la evitación del correspondiente proceso, sea la reclamación administrativa previa (art. 70 LRJS) o la conciliación/mediación previas (art. 64 LRJS).

Una segunda excepción más directa, a la que se refieren ambos preceptos de la LRJS (71 y 140), declara inexigible el previo agotamiento de la vía administrativa (pudiéndose interponer demanda directamente) en los procesos de impugnación de altas médicas emitidas

² STS de 24 noviembre 2010 (recud. 323/2010).

por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social trascurridos los primeros 365 días de la prestación de incapacidad temporal; *ergo*, sí será preceptiva la formulación de reclamación previa para la impugnación de altas médicas acordadas dentro ese período de 365 días, es decir, antes de ingresar en la situación de prórroga ordinaria prevista en el art. 170.2 LGSS.

Además de estas excepciones, el art. 71 LRJS contempla dos supuestos especiales. Uno, cuando la resolución se ha dictado por una entidad colaboradora [caso de las mutuas o de las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social], en cuyo caso la reclamación previa se debe interponer ante la propia entidad colaboradora si tiene competencia para resolver; en caso contrario, se presentará la reclamación ante la Entidad gestora u organismo público gestor de la prestación (art. 71.3 LRJS). El segundo, cuando en el reconocimiento inicial o la modificación de un acto o derecho en materia de Seguridad Social, la entidad correspondiente esté obligada a actuar de oficio, en cuyo caso, de no producirse acuerdo o resolución, el interesado podrá interesar que se dicte, “teniendo esta solicitud valor de reclamación previa”. Por tanto, la reclamación administrativa previa procede no solo cuando ya existe una resolución de la entidad gestora perjudicial para el interesado que impugnar, sino que también procede ante la ausencia de una resolución administrativa que debió de oficio dictarse.

Como es sabido, el enjuiciamiento de la actuación de las Administraciones Públicas en el ordenamiento español debe ir precedido de una fase administrativa que permita a la propia Administración pronunciarse sobre el asunto con carácter previo, estableciéndose una diferenciación según que el enjuiciamiento posterior corresponda a la jurisdicción contenciosa o a los órdenes civil o laboral. En el primero de los casos, la fase previa se traduce en la necesidad de agotar la vía administrativa mediante la formulación del oportuno recurso. En el segundo caso, es requisito imprescindible efectuar ante la Administración la reclamación previa a la vía jurisdiccional.

Aunque materialmente se someten a la rama social del derecho, los actos de las entidades gestoras de la Seguridad Social no dejan de ser actos administrativos y, como tales, susceptibles de revisión en vía administrativa antes de acudir a la vía jurisdiccional, pues son muy pocos los supuestos en los que el acto original agota por sí mismo la vía administrativa. Esto es lo normal en el ámbito de las actuaciones administrativas. Entre los actos de las entidades gestoras, unos son susceptibles de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo (encuadramiento y recaudación), mientras que otros lo son ante los órganos de la jurisdicción social (reconocimiento o denegación de prestaciones). Para los primeros, el agotamiento de la vía administrativa se produce con la interposición del correspondiente recurso administrativo; para los segundos, mediante la preceptiva reclamación administrativa previa.

Ahora bien, frente al principio general estampado en la legislación procedimental administrativa según el cual dicha revisión correrá a cargo de un órgano jerárquicamente superior al que emitió el acto o decisión que se impugna, a través del correspondiente recurso de alzada (configurándose el recurso de reposición como potestativo), las resoluciones sobre reconocimiento o denegación de prestaciones de la Seguridad Social son recurribles ante el mismo ente gestor que las hubiera dictado (art. 71.2 LGSS), con lo que la caracterización de la reclamación previa en estos casos se aproxima más a la de un recurso de reposición que a

la de un genuino recurso administrativo de alzada. A este respecto, es la Disposición Adicional Sexta de la todavía vigente LRJAPyPAC la que consiente que la impugnación de los actos de las entidades gestoras de la Seguridad Social y el desempleo se sustancien a través de una vía administrativa distinta, esto es, la reclamación administrativa previa regulada en la LRJS.

En cuanto al requisito de reclamación previa para poder demandar a las Administraciones Públicas ante las jurisdicciones civil o laboral, cuando sus actos o decisiones se producen en el marco de relaciones jurídicas privadas (contrato de trabajo, contratos civiles o mercantiles...), esto es, cuando no dimanen de un ejercicio de potestad administrativa, el mismo se recoge en el art. 69.1 LRJS y en el art. 120 LRJAP, pero está prevista su desaparición a partir del 2 de octubre de 2016 [una vez constatada su general ineficacia], de modo que a partir de esa fecha será posible demandar directamente a una Administración en dichos órdenes jurisdiccionales cuando no se trate de impugnar actos administrativos sino sujetos al Derecho privado o laboral, sin tener que agotar vía previa de clase alguna. A tal efecto, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, ha dado nueva redacción a los preceptos de la LRJS que regulan el agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial, de modo que el término “reclamación administrativa” queda ahora reservado a las reclamaciones sobre prestaciones de Seguridad Social, sin perjuicio de seguir manteniéndose la preceptividad del agotamiento de la vía administrativa, cuando así proceda frente a actos administrativos en materia laboral, de acuerdo con la normativa de procedimiento administrativo aplicable.

Tradicionalmente se ha conceptualizado a este requisito o presupuesto del proceso, cuya exigencia es consustancial a la admisión de la demanda y cuya omisión es controlable de oficio por el órgano judicial (art. 140.2 LRJS), como un “privilegio” solo tolerable en la medida en que cumple una doble finalidad: permitir al órgano administrativo el conocimiento anticipado del posterior litigio y facilitar, merced a ese conocimiento, la resolución extraprocesal, evitando al beneficiario tener que acudir directamente a la jurisdicción para dirimir la controversia en caso de estimación de su reclamación³. Por ello, la exigencia se debe interpretar en términos flexibles, que permitan el cumplimiento de dicha finalidad “sin instaurar un valladar formalista en el ejercicio de los derechos de los beneficiarios”⁴, que es precisamente lo que hicieron la entidad gestora y las sentencias de instancia y suplicación en el asunto conocido por la STS de 3 de marzo de 2015, cuya doctrina da pie a estas consideraciones.

En realidad, la caracterización de la reclamación administrativa previa como un privilegio incompatible con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y del que

³ El TC ha avalado expresamente la constitucionalidad de la reclamación previa, descartando que sea contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en varios pronunciamientos, que tienen su arranque en la STC 21/1986, de 14 febrero. Vid también, entre otras, las SSTC 60/1989, de 16 de marzo y 122/1993, de 19 de abril. Esta doctrina ha sido refrendada en multitud de ocasiones por la jurisprudencia ordinaria: por todas, SSTS de 5 diciembre 1988 (Ar. 9549) y 9 julio 1988 (Ar. 5259).

⁴ BELLIDO ASPAS, M., “La evitación del proceso”, en LOUSADA AROCHEA, J.F., RON LATAS, M. (dirs.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2015, pág. 121.

habría que prescindir absolutamente en opinión de un autorizado sector doctrinal⁵, no está justificada, al menos con respecto a los procesos de Seguridad Social, pues, como de forma contundente ha expresado el Tribunal Constitucional, los objetivos que persigue este trámite preprocesal son razonables y en modo alguno supone excluir el acceso a la vía jurisdiccional ni que la Administración de la Seguridad Social tenga la última palabra en la resolución del litigio, que en todo caso corresponde a los tribunales, que serán los que en caso de desconformidad del beneficiario con la respuesta dada a su reclamación se pronunciarán sobre el fondo del asunto. Y es que, bien mirado, la reclamación administrativa previa no se concibe sino como una mera formalidad preprocesal equiparable a la conciliación o mediación previas, además de que ser una exigencia que encaja plenamente en la lógica de sumisión de las Entidades Gestoras, en tanto que organismos autónomos de naturaleza administrativa, a la legislación de procedimiento administrativo y al sistema de recursos que ésta prevé, con la particularidad de que quien conoce del recurso es el mismo ente emisor del acto impugnado. En este sentido, no es ocioso recordar que los órganos de la jurisdicción social son competentes para conocer de la impugnación de diversos actos administrativos en materia laboral (sanciones administrativas, autorizaciones, etc.) y que también en estos casos se exige el agotamiento de la previa vía administrativa para poder demandar a la Administración (art. 69.1 LRJS), sin que la pervivencia de este requisito se haya cuestionado abiertamente. Por lo demás, la existencia de una fase prejudicial obligatoria no responde a una característica exclusiva de nuestro sistema jurídico, sino que se trata de una realidad presente en otros ordenamientos europeos.

4. VALIDEZ DE UNA SEGUNDA RECLAMACIÓN PREVIA A EFECTOS DE ENTENDER AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA ANTE EL INSS: CORRECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE UNA INTERPRETACIÓN INJUSTIFICADAMENTE RIGORISTA E INCOMPATIBLE CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Entrando ya en la concreta cuestión de si es válida una segunda reclamación previa efectuada ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación de incapacidad permanente absoluta, coincidente con la petición de la posterior demanda ante el Juzgado, o si por el contrario, al haberse efectuado ya una primera reclamación previa, la segunda reclamación carece de validez y eficacia, la Sala Cuarta estima que, aun cuando en el presente caso se hubiese efectuado una primera reclamación previa, la segunda reclamación, a la que siguió demanda con igual contenido y pretensión, también es válida, y produce los efectos de tenerse por agotada la preceptiva vía previa administrativa que establece el artículo 71 de la LRJS.

Entiende la sentencia aquí comentada que la segunda reclamación administrativa ha cumplido su finalidad típica, que, como se sabe, es doble: 1) una primera finalidad, esencial y prioritaria, la de poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 694; Blasco Pellicer, A., “La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 95, 1999, págs. 349 y 351; LÓPEZ PARADA, R., “Expediente administrativo y proceso en materia de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 67, 2002, pág. 86; MÁRQUEZ PRIETO, A., *El proceso de Seguridad Social y la reducción de los privilegios administrativos*, Granada, Comares., 1998, pp. 48-49.

fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción. 2) Una segunda, accesoria, subordinada y de más escaso relieve, la de dar a la Administración demandada la posibilidad de preparar adecuadamente su oposición (por todas, STS de 18 marzo 1997, rcud. 2885/1996).

Si el demandante, después de formular una primera reclamación previa –previsiblemente sin asesoramiento legal–, actuó diligentemente al formular una segunda reclamación, dentro del plazo legal, y a través de esta segunda reclamación la Administración de la Seguridad Social adquirió cumplido conocimiento de las pretensiones del demandante, deducidas posteriormente con idéntico contenido y pretensión en el proceso, para la Sala es claro que dicha reclamación previa cumplió con las dos señaladas finalidades de esta institución jurídica, no causando perjuicio de clase alguna al derecho de defensa de la Administración, cumpliéndose el requisito establecido en el art. 71.1 de la LRJS, y respetando la vinculación (congruencia) entre procedimiento administrativo y proceso, a la que hace referencia el art. 72 de la misma ley procesal. Y añade la Sala: “La respuesta dada por el Juzgado de instancia y confirmada posteriormente por la Sala de suplicación –demanda contra la resolución desestimatoria sin plantear la segunda reclamación previa– se revela vasalla del positivismo jurídico y del formalismo burocrático, materialmente estéril, y desde luego contraria al ya citado –y hoy constitucionalizado (artículo 24.2 de nuestra Constitución)– principio de economía procesal, y por ende, de aplicación preferente, máxime, en casos como el presente, de reconocimiento de una prestación paliativa de una situación de necesidad”.

El razonamiento de esta sentencia del Supremo entronca con la doctrina del Tribunal Constitucional que ha venido declarando contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva decisiones judiciales que apreciaron la falta de agotamiento de la vía previa, en supuestos en los que la finalidad de la reclamación administrativa había sido materialmente satisfecha: así, cuando, aun formulada la demanda antes de vencer el plazo para entender desestimada la reclamación previa, este plazo ya había transcurrido el día del juicio y la Administración adoptó en este acto una postura procesal de oposición a la pretensión de la parte actora (SSTC 120, 122, 144 y 191/1993); o cuando el órgano judicial exige al demandante un doble trámite antes de formular la demanda, que, además de no desprenderse la normativa aplicable (art. 71 LPL), era innecesario, pues la Administración ya había conocido y desestimado expresamente la pretensión del interesado (STC 355/1991).

En consecuencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el solicitante contra la sentencia del TSJ País Vasco, en reclamación por incapacidad permanente absoluta, y casando y anulando la sentencia impugnada, resuelve el debate anulando igualmente la sentencia de instancia y ordena reponer los autos al momento inmediatamente posterior a la celebración del acto del juicio para que por el Juzgado de lo Social se dicte nueva sentencia resolviendo sobre el fondo del asunto.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como se acaba de ver, en el marco de un proceso de Seguridad Social es válida y produce el efecto de tener por agotada la vía administrativa la presentación de una segunda reclamación, pues en el caso el demandante formuló la primera, previsiblemente sin asesoramiento legal, y actuó diligentemente al formular una nueva dentro del plazo legal sin

causar indefensión alguna al derecho de defensa de la Administración. La negativa dada por el Juzgado de instancia y luego confirmada en suplicación es contraria a la tutela judicial y al principio de economía procesal, de aplicación preferente en casos de reconocimiento de una prestación paliativa de una situación de necesidad.

La postura de la entidad gestora contraria a la admisión de la demanda porque, a su parecer, no se ha agotado la vía administrativa en relación con la pretensión sustantiva (reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta) contenida en aquélla resulta en verdad de todo punto indefendible. Si la finalidad de la reclamación previa es permitir a la Administración, en este caso al ente gestor, conocer anticipadamente la pretensión para, de un lado, darle la oportunidad de estimarla y evitar así el pleito, y de otro lado, posibilitarle la preparación adecuada de su defensa, es obvio que ambos objetivos se han cumplido al haber presentado el actor una segunda reclamación previa rectificando o subsanando la primera que interpuso con una fundamentación a todas luces impertinente y, por tanto, condenada de antemano al fracaso. Ante la rectificación operada por el solicitante del primer intento de agotamiento de la vía administrativa previa, y no habiéndose causado indefensión alguna al ente gestor dado que la posterior demanda coincide en su contenido y fundamentación con los de la segunda reclamación, debe prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, que tanto la entidad gestora como *a posteriori* los tribunales respondan a su pretensión en sentido estimatorio o denegatorio, pero después de entrar a conocer del fondo del asunto. Nada obsta a ello toda vez que el derecho a la pretensión solicitada aún no había prescrito cuando se presentó la segunda reclamación.

La estrategia de la entidad gestora, a la postre validada por los órganos judiciales que conocieron en instancia y suplicación, consistente en oponer la falta de agotamiento de la vía administrativa previa pese a la interposición de una segunda reclamación previa, constituye un formalismo enervante y además rayano con la mala fe procesal, pues a sabiendas de que la exigencia de congruencia entre el procedimiento administrativo y el proceso de seguridad social impediría al interesado aducir en su demanda algo distinto de lo planteado en su primera reclamación –la única a la que habría que otorgar validez según la tesis de la entidad gestora–, era más que previsible la desestimación de la pretensión actora por inadecuada fundamentación jurídica si se insistía en el argumento de disconformidad con el grado de incapacidad reconocido al amparo de un argumento tan peregrino como que no se había producido la reincorporación del trabajador incapacitado en los términos convencionalmente previstos. Afortunadamente, la Sala Cuarta ha terciado en el asunto corrigiendo una interpretación injustificadamente estricta y formalista del requisito de agotamiento de la vía administrativa previa, que no había respetado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

DERECHO
PROCESAL
LABORAL

Laborem

Controversia sobre deducciones en la cotización del importe de las cantidades satisfechas por la empresa en pago delegado de incapacidad temporal: competencia de la Jurisdicción Social
STS 20 mayo 2015 –Rec. 2675/2014–

Controversy on deductions in the contribution of the amount satisfied by the undertaking in the delegated payment of temporary disability: competence of the social courts
STS 20 may 2015 –Rec. 2675/2014–

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

El presente comentario reflexiona sobre la responsabilidad de la TGSS y del empresario en el pago delegado de la IT, así como las consecuencias derivadas de cuanto pudiera ser considerado como un abono indebido de la prestación. La cuestión de fondo fue resuelta hace años por la doctrina jurisdiccional social en sentido desfavorable a la Entidad Gestora; de ahí su empeño en acudir a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Asunto, pues, procesal pero con importante repercusión material cuya historia y presente se analiza.

Abstract

This comment reflects the responsibility of the Social Security Fund and the undertaking in the delegated payment of the temporary disability, as well as the consequences of what could be regarded as an undue payment. The heart of the matter was resolved years ago by the Social Courts in unfavorable sense to the Social Security Organization; therefore its effort to go to the contentious-administrative jurisdiction. Procedural matter, but with important material impact whose history and present is reviewed.

Palabras clave

Pago delegado, incapacidad temporal, competencia jurisdiccional, TGSS, empresario

Keywords

delegate payment, temporary disability, jurisdiction, Social Security Fund, undertaking

1. ANTECEDENTES DE HECHO DEL SUPUESTO EN PRESENCIA

La sencillez y concisión de la sentencia comentada deriva, en gran medida, de un supuesto de hecho elemental, sin apenas datos contingentes que hubieran podido desviar la reflexión de su núcleo central. El asunto de fondo viene dado por una trabajadora que, tras finalizar in primer proceso de IT, insta acto seguido el alta (con solo un día de demora), por incorporarse a prestar servicios; dicho alta tiene primera fecha de efectos 25 días después, aun cuando, y a solicitud de la interesada, la TGSS rectifica reconociéndola en aquella data en la cual fue cursada. En ese lapso de tiempo causa nueva baja por IT derivada de contingencia común, situación en la cual permanece durante el plazo –máximo– de un año y seis meses, cobrando pacíficamente la prestación de la empresa mediante pago delegado, con las consiguientes deducciones en los boletines de cotización de una cantidad sustancial que rondaba los 40.000 €. Finalizada la baja, la TGSS reclama a la empresa el importe de dichas deducciones al juzgarlas indebidas, sin que ni la sentencia de suplicación, ni la de casación, proporcionen datos sobre las razones para merecer aquella consideración.

El íter procesal de tal reclamación pasa por la impugnación empresarial del acto administrativo ante el Juzgado de lo Social (correspondiendo su conocimiento al núm. 27 de Madrid), el cual aceptó la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por el INSS y TGSS, siguiendo el criterio previo de un auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo¹; sentencia frente a la cual se anunció y formuló recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid, el cual anuló dicho pronunciamiento, reenviando el asunto al Juzgado de lo Social para que se pronunciara sobre el fondo, al apreciar la competencia del orden jurisdiccional social. Esta decisión es la que está llamado a resolver el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, pues el INSS formula recurso de casación para unificación de la doctrina (aportando como contradictoria otra sentencia del propio de Tribunal de Madrid²), que fue admitido a trámite a través de la oportuna providencia.

La clave queda situada, de este modo, en elucidar si las controversias en torno a las deducciones realizadas por una empresa a resultas de cuanto abonó como pago delegado de IT, y que no son aceptadas por el INSS al considerarlas indebidas, deben ser sustanciadas ante los órganos de la jurisdicción social o ante los de lo contencioso-administrativo. Un nuevo episodio en el siempre conflictivo escenario dado por la necesidad de diferenciar los actos de recaudación de los prestacionales; ahora en el ámbito del pago delegado de la IT.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDIAL EN LA MATERIA

Con antecedente remoto en la regulación de los subsidios familiares contenida en la O. de 20 de enero de 1939³, más tarde extendida a las prestaciones económicas del Seguro Obligatorio de Enfermedad (O. de 7 de junio de 1949), en la actualidad el pago delegado por la empresa de prestaciones de la Seguridad Social aparece limitado a la económica de incapacidad temporal y al subsidio de desempleo parcial (art. 102 TRLGSS y art. 26. RD 625/1985, de 2 de abril, con desarrollo reglamentario en arts 16 a 29 O. de 25 de noviembre de 1966). Su denominación como pago “delegado” o “colaboración” pudiera llamar a engaño, pues falta el presupuesto naturalmente exigido para que alguien “colabore” o asuma una “delegación”, esto es, su voluntad o aceptación⁴; en realidad, se trata de una verdadera obligación legal (“mandato por ministerio de la Ley, cuyo cumplimiento confiere al mandatario el derecho al resarcimiento de los gastos originados en beneficio del mandante, como se previene en el art. 1728 CC”⁵), no en vano, y salvo por las causas previstas en la ley, el empresario no podrá eludir el abono si no quiere incurrir en infracción, tributaria de la correspondiente sanción (art. 20.4 RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto).

Cabe asistir, de este modo, a una relación triangular cuya justificación última radica en agilizar el efectivo pago o dispensación inmediata del subsidio, al tiempo que hacer partícipes a

¹ ATS, Sala de Conflictos de Competencia, 24 septiembre 2012 (Conflicto núm. 18/2012).

² STSJ Madrid 5 febrero 2007 (Rec. 4322/2006).

³ Sistema de pago que justifica, por su aplicación satisfactoria, la Exposición de Motivos del O. de 12 de marzo de 1942, en tanto “permite al trabajador la percepción del subsidio familiar simultáneo al salario, sin dilaciones ni esperas, estrechando la compenetración entre empresario y el productor”.

⁴ RODRÍGUEZ INIESTA, C.: “El mal llamado ‘pago delegado’ o ‘colaboración obligatoria’ de las empresas en el abono del subsidio de incapacidad temporal. Los riesgos de las empresas ante errores en el abono del mismo”, *Aranzadi Social*, paraf. núm. 4010/2000, parte Presentación, BIB\2000\1219.

⁵ STS 3 julio 2002 (Rec. 2659/2001).

las empresas del control en los procesos de incapacidad temporal⁶. A este fin, la Entidad Gestora o colaboradora sigue ocupando el vértice de verdadero obligado y responsable frente al trabajador-beneficiario, surgiendo en el tercer ápice la empresa con el importante papel de “intermediario”⁷, sobre el cual ha lugar esta imperativa descentralización respecto al abono de prestación, para con posterioridad serle reintegrada en la misma cuantía económica⁸.

De entre las relaciones surgidas en esta relación compleja⁹, dos interesan sobremanera a este comentario: de un lado, la plasticidad con la cual los Tribunales llegan a diferenciar los papeles, alcanzando a afirmar que “la empresa hace un favor a la Entidad Gestora al pagar por ella”; de otro, la fórmula para llevar a cabo el reintegro de lo anticipado, dado por el descuento de lo satisfecho en las cuotas a ingresar a la Seguridad Social por las cotizaciones de sus trabajadores correspondientes al mismo período que las prestaciones satisfechas.

Precisamente una lectura conjunta de ambas hizo primar en algún momento la exactitud y corrección en el cumplimiento de la obligación de colaboración al verdadero papel del empresario, de forma tal que separarse o ignorar las medidas que la normativa de desarrollo le impone de comprobación, consignación, remisión de partes o –en particular– evaluación de si el trabajador reúne o no el período mínimo de cotización requerido, traía aparejado que a la compensación realizada pudiera seguir una reclamación por el INSS de cuanto hubiera indebidamente pagado y, por consiguiente, se hubiera también indebidamente resarcido. Sobre el parecer previo de algunos Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Supremo llegó a avalar tal tesis, afirmando que en tales supuestos en los cuales el empresario no utilizó la diligencia debida, sobre él debía pesar la responsabilidad frente a la Entidad Gestora; todo ello sin perjuicio –obviamente– del derecho a resarcirse, en su caso, de quien hubiera sido beneficiario de aquellas partidas¹⁰.

Tal interpretación, que por otra parte rompía una línea hermenéutica precedente para casos ciertamente análogos¹¹, ponía el acento en la necesidad de que el empresario “actuara”

⁶ Sobre la base de cuanto sienta la STS, Contencioso-Administrativo, 30 enero 1995 (Rec. 2141/1992), LÓPEZ INSÚA, B. M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014, p. 323.

⁷ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2005, p. 253.

⁸ La presentación acabada de esta estructura triangular, propia de todos los fenómenos de descentralización, en GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Artículo 77. Colaboración de las empresas”, en VV.AA.: *Ley General de Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.) y CASTRO ARGÜELLES, M. A. (Coord.), Madrid, La Ley, 2009, p.559.

⁹ STSJ Comunidad Valenciana 17 marzo 2000 (Rec. 3472/1996). La afirmación obedece a la tesis mantenida años ha por quien fue su ponente, a cuyo tenor “no se debe olvidar que el responsable no es la empresa, y por ello todo error cometido debe caer de cuenta de la Entidad Gestora (salvo infracción legal por la empresa), que ha de reintegrar a la empresa, con la compensación con las cotizaciones o de otro modo, como la empresa no es responsable puede negarse a satisfacer las prestaciones de pago delegado (sin perjuicio de incurrir en sanción): el verdadero obligado es el que ha de efectuar el pago y responde frente al beneficiario, que ha de dirigir su acción en todo caso contra la Entidad Gestora (no contra la empresa)”, ORDEIG FOS, J. M.: *El sistema español de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid, Edersa, 1993, p. 120. Bajo planteamiento similar, BALLESTER PASTOR, I.: “La colaboración obligatoria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, núm. 114, 2000, pp. 15-27.

¹⁰ SSTS 25 septiembre 2001 (Rec. 2103/2000) y 4 diciembre 2002 (Rec. 1111); véase, igualmente, el coetáneo parecer contenido en la STSJ Cataluña 8 abril 2002 (Rec. 5232/2001).

¹¹ Pudiendo citar, por ejemplo, la SSTS Contencioso-Administrativo, 18 abril 1979 (RJ 2107) y 8 junio 1981 (RJ 2553) y SSTS 28 abril 1983 (RJ 1889), 21 septiembre 1984 (RJ 4453), 14 octubre 1989 (RJ 7181) o 26 (...)

conforme a derecho¹² para que el mecanismo funcionara, otorgándole una posición de garante sobre su exacta regularidad que, de fallar, podía convertirlo en obligado final por incumplimiento o “infracción” de cuanto le impone y en la forma en que se lo impone la norma¹³. Formalmente impecable a la luz de la norma de desarrollo, pero claramente excesivo, pues llegaba a transformar a “un simple agente delegado”¹⁴ en verdadero responsable principal del débito que corresponde a la Entidad Gestora. Así lo pasa a entender la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, creando una doctrina mantenida hasta la actualidad sin apenas fisuras, la cual parte, como premisa mayor, de afirmar con contundencia que “el deudor es el INSS y al empresario se le asigna un papel secundario de simple pagador delegado”. Como premisa menor sienta que “no hay base legal [se trataría de un exceso reglamentario] que permita gravar al pagador delegado con la obligación de constatar el cumplimiento de las condiciones legales en cada caso (...); este cometido incumbe a la Entidad Gestora como condición previa para el cumplimiento de su obligación, aparte de que es ella la que se encuentra en mejor disposición que el empresario y que cuenta con mejores medios para comprobar estos datos”¹⁵. La conclusión a este silogismo elemental es de pura lógica: “que abono de las prestaciones económicas por incapacidad temporal representa una obligación que vincula a la Entidad Gestora, de una parte, y al beneficiario, de otra; que al empresario no le impone la Ley otra obligación que la de anticipar el pago por cuenta de la Entidad Gestora, una vez que ha recibido el reglamentario parte médico de baja y los de confirmación; que tampoco la ley ha previsto que sea el empresario el que, en caso de que el trabajador no reúna los requisitos necesarios y a pesar de ello perciba prestaciones, deba reclamar el reintegro de las prestaciones así percibidas, pues es esta una competencia que corresponde en exclusiva a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, por lo que tampoco deberá ‘reintegrar’ lo percibido por otro, aunque se le reserven las acciones para repetir contra el verdadero obligado”¹⁶.

abril 1991 (RJ 3389). También algunas construcciones de igual época sostenidas por diversas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, como las SSTSJ Comunidad Valenciana 8 noviembre 2001 (Rec. 457/2000) o Cantabria 4 junio 2002 (Rec. 547/2001).

¹² Defendiendo tal tesis incluso después de que el Tribunal Supremo revisara su propio parecer, MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida de la Seguridad Social*, cit., pp. 259 y 260.

¹³ Añadiéndose por algún autor que ello no supone un enriquecimiento injusto para la Entidad Gestora, pues “en realidad quien sale perjudicado es el sistema que ha dejado de ingresar unas determinadas cantidades”; por otra parte, la sanción tampoco lleva a perjuicios, pues solo veda la posibilidad de reintegrarse de lo abonado con cargo a cuotas debidas a la Seguridad Social, debiendo reclamárselo a quien ha percibido tales cantidades indebidamente; al respecto, RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El mal llamado ‘pago delegado’ o ‘colaboración obligatoria’ de las empresas en el abono del subsidio de incapacidad temporal. Los riesgos de las empresas ante errores en el abono del mismo”, loc. cit.

¹⁴ VENTURA PRAT, J. M.: *Jurisprudencia de Seguridad Social*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 2007.

¹⁵ Procede recordar cómo, siempre de manera incidental, late en algunos pronunciamientos un velado reproche a la pasividad del INSS, quien recibe durante tiempo la noticia documentada del pago por delegación y las compensaciones sin objetar nada, y únicamente en un momento muy avanzado o al final del procedimiento alega la presencia de irregularidades para solicitar el reintegro de lo indebidamente abonado; al respecto, el razonamiento de RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El mal llamado ‘pago delegado’ o ‘colaboración obligatoria’ de las empresas en el abono del subsidio de incapacidad temporal. Los riesgos de las empresas ante errores en el abono del mismo”, loc. cit., último párrafo.

¹⁶ Sobre el literal de la STS 2 abril 2003 (Rec. 2723/2002), la línea de continuidad presente en SSTS 11 diciembre y 3 julio 2003 (Rec. 582 y 2863/2002) o 23 enero 2009 (Rec. 3758/2007). Sobre lo “satisfactorio” de tal aclaración, BLASCO LAHOZ, J. F.: *Prestaciones por incapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165 y 166; FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 362 y 363 o BARBA MORA, A.: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2012, pp. 169 y 170.

Tan amplio excurso sobre el asunto de fondo planteado –y no resuelto– en la sentencia encuentra justificación, dentro del comentario, de interrogarse sobre el por qué la insistencia del INSS en desviar su conocimiento hacia los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo. Desde luego, cabe pensar en un camino procesal sencillo para la defensa con éxito de su criterio a través de la excepción de falta de jurisdicción; se trataría no obstante, de una victoria temporal, pues el proceso con mucha probabilidad se repetiría en la sede apropiada. Por tanto, más allá de ese primer objetivo –y aun cuando, en orden a su confirmación, hubiera sido de interés conocer cual es el concreto motivo invocado para solicitar el reintegro por la Entidad Gestora–, bien podría pesar en su ánimo la plena consciencia del prestigiosísimo cuerpo de Letrados de la Seguridad Social acerca de esta firme tesis desfavorable a sus intereses, situando como primer y fundamental objetivo el apartar a los órganos de lo social de su enjuiciamiento.

Así, aunque la sentencia carece de pronunciamiento sobre la cuestión suscitada, este se puede aventurar en función de quién conozca, convirtiendo la cuestión jurisdiccional en elemento clave que llega al Tribunal Supremo por su indudable trascendencia final en el resultado del pleito. Es, además, un tema lo bastante polémico para que sea relativamente sencillo encontrar pronunciamientos contrapuestos (aun cuando la contradicción no sea necesaria en este punto para permitir al Tribunal Supremo entrar a conocer de oficio¹⁷), lo cual aconseja trazar una breve perspectiva histórica a partir de la cual cabrá justificar tantas oscilaciones y la posición que en la actualidad constituye doctrina judicial.

A este respecto procederá recordar como la distribución de litigios en materia de Seguridad Social entre las órdenes social y contencioso administrativo lleva suscitando controversias desde hace más de treinta y cinco años, cuando la Ley 40/80, de 5 de julio, transfirió a la TGSS la potestad de ejecutar sus créditos en vía de apremio (art. 8.3) y declaró la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para su control (art. 16). A partir de tal atribución, y dada la falta de paralelismo evidente en el criterio para definir la competencia de uno y otro orden en la LOPJ (en el art. 9.5 emplea uno sustantivo o material –“reclamaciones en materia de Seguridad Social”– y en el art. 9.4 acude a dos requisitos acumulativos: uno de tipo subjetivo –un actor cuyo autor sea la administración– y otro objetivo –que dicha actuación quede sometida a Derecho Administrativo–), fueron diversos pronunciamientos judiciales los encargados de sentar que la competencia del orden contencioso-administrativo había de extenderse no sólo a las reclamaciones sobre la vía de apremio, sino a todo lo relativo a la función recaudatoria de la Seguridad Social, pues en ella se actuaba “en posición preponderante y en uso de potestades directamente derivadas de la soberanía estatal y aplicando normas pertenecientes al llamado Derecho Público Laboral”¹⁸.

¹⁷ “Decisión que puede y debe tomarse antes y siquiera analizar si concurre o no la contradicción requerida con carácter general por el art. 219 de la propia LRJS, y ello por tratarse de una cuestión de orden público susceptible de ser apreciada de oficio, aunque no hubiera sido planteada por las partes, y sin aquella previa comparación”, SSTS 12 febrero 2012 (Rec.1551/2011) o 4 octubre 2013 (Rec. 2423/2012). La misma idea, bajo semejante literal, en SSTSJ 21 noviembre 2000 (Rec. 234), 1 abril y 26 octubre 2004 (Rec. 397 y 3278/2003), 12 enero y 25 febrero 2005 (Rec. 6239 y 5755/2003), 29 junio 2006 (Rec. 1147/2005), 28 enero y 10 febrero 2009 (Rec. 2747 y 2382/2007), 30 diciembre 2013 (Rec. 930) o 25 abril 2015 (Rec. 100/2014).

¹⁸ Entre las encargadas de marcar tendencia, SSTS 21 septiembre y octubre 1987 (RJ 6220 y 6800) o STS, Sala de Conflictos de Competencia, 23 noviembre 1987 (RJ 8721), de la que se toma el literal, luego reproducido en SSTS, Sala de Conflictos de Competencia, 8 y 11 noviembre 1988 (RJ 10311 y 10313) o 28 abril y 4 mayo 1989 (RJ 95589 y 9561).

La pauta fue recibida por la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral¹⁹, confirmando la LPL 1990 la distribución en función de que se tratara de una actividad prestacional o recaudatoria. Tal dicotomía, sin embargo, dejaba sin resolver numerosos supuestos que participan de una y otra naturaleza; por consiguiente, mediaba una amplia “tierra de nadie” que llevaba de continuo a la controversia.

Siguiendo a quien desde dentro fue privilegiado espectador en su documentadísima reflexión²⁰, bien cabría afirmar que, en un primer momento y al calor de la nueva norma de ritos social, se desarrolló por los Tribunales un concepto de “gestión recaudatoria” muy amplio, comprensivo de gran parte de las materias de la Seguridad Social (cuyo concepto se estrecha en paralelo) y capaz de provocar la atribución a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de cualquier materia relacionada con las cotizaciones; por tanto, “no solo las controversias relativas a actos estrictamente recaudatorios, sino también las que surgieran con respecto a las anteriores de declaración y de determinación de la deuda contributiva”²¹. Sin embargo, y con el tiempo, se fue abriendo camino otra de signo opuesto tanto en la Sala Especial de Conflictos como –siguiéndola– en la jurisprudencia social²², distinguiendo con nitidez entre la fase declarativa (delimitación y alcance de la relación jurídica de Seguridad Social), cuyo conocimiento correspondería al orden social, y la de recaudación (conflictos surgidos en torno al ejercicio de la actividad administrativa conducentes en sentido estricto a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social), atribuida a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Modélico en este sentido es aquel pronunciamiento a cuyo tenor, y “en materia de Seguridad Social, la regla general es la competencia del orden jurisdiccional social, mientras la del orden contencioso-administrativo es una excepción a dicha regla²³ (...), exclusivamente limitada a las resoluciones dictadas en materia de gestión recaudatoria, [expresión que]

¹⁹ Aun cuando ya apareciera antes, de manera irregular (pues a los reglamentos queda vedado incidir en el reparto competencial), en el art. 188 del RD 716/1986, de 7 de marzo, por el cual se aprobaba el Reglamento General de Recaudación. Sobre la importancia del trasvase de competencias a que ha lugar en la LBPL, muy interesantes las reflexiones de YAGÜE MADRID, P.: *La ejecución forzosa en la recaudación de la Seguridad Social: los títulos ejecutivos*, Madrid, Universidad Complutense, 2007, pp. 35 y ss. o DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: “La nueva dimensión de la materia contencioso social: un recorrido a través de las sucesivas Leyes de Procedimiento Laboral”, en VV.AA.: *La nueva dimensión de la materia contencioso laboral*, DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 57 y 58.

²⁰ SALINAS MOLINA, F.: “Las funciones administrativa y judicial en la Seguridad Social: problemas de competencia y propuestas de solución”, en VV.AA.: *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, GOMEZ FERREIRO, F. y MOLINER TAMBORERO, G. (Dirs.), Madrid, CGPJ, 2001, pp. 484-486.

²¹ SSTS 20 julio 1990 (RJ 6444), para un supuesto de capital coste e intereses ingresados a efectos de recurso; 3 diciembre 1992 (Rec. 148), respecto a la asimilación de categoría profesional a grupo de cotización, igual *thema decidendi* que recoge la STS 30 julio 1994 (Rec. 1561/1993); la línea se extiende a las altas y bajas de oficio por su incidencia en el pago de cuotas [conforme contemplan las SSTS 30 marzo y 21 abril 1998 (Rec. 2879 y 4194/1997) o 12 julio 1999 (Rec. 4177/1998) y SSTS, Contencioso-Administrativo, 12 abril y 3 mayo 1999 (Rec. 6632 y 9049/1992), 12 junio –dos– (Rec. 5867/1993 y 7736/1994) o 27 junio y 16 julio 2001 (Rec. 7704 y 9479/1995)], incluso si ello supusiera conocer con carácter prejudicial de muchas cuestiones sociales; por no seguir, y entre muchas más en igual sentido, respecto a la obligación de cotizar hasta el día en que se curse la baja de los autónomos, STS 27 marzo 2001 (Rec. 2154/2000).

²² Sin dejar de mentar pronunciamientos dictadas al amparo de la LPL 1980 que sentaron las bases del nuevo criterio [entre otras, SSTS 21 septiembre, 1 octubre, 2 y 10 diciembre 1987 (RJ 6220, 6800, 8810 y 8877), 27 diciembre 1984 (RJ 9086), 31 julio y 8 noviembre 1990 (RJ 6495 y 8559) o 20 febrero 1991 (RJ 852)], el criterio firme de las SSTS 2 febrero y 12 julio –dos– 1999 (Rec. 1097, 3768 y 4177/1998).

²³ ATS, Sala de Conflictos de Competencia, 22 marzo 2000 (Conflicto núm. 48/1999), seguido por otros pronunciamientos de tal Sala contenidos en AATS 20 diciembre 2000 –dos– (Conflictos núms.13 y 23/2000) y 4 abril 2001 (Conflicto núm. 28/2000).

siguiendo las pautas de una buena hermenéutica, que obligan a atribuir un alcance restrictivo a las normas excepcionales, hace que como gestión recaudatoria solo pueda ser considerada aquella actividad que mire a la reanudación propiamente dicha (...) [, ciñéndola] a sus estrictos términos de control de la regularidad de la actuación administrativa recaudatoria tendente a hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de cotizar previamente declarada”.

A pesar de la tensión apuntada, en los relativamente escasos litigios sobre reintegro o restitución de las cantidades compensadas por haber hecho frente al pago delegado de la incapacidad temporal, los Tribunales de lo Social han afirmado –con puntuales excepciones²⁴– su competencia²⁵ (siendo más controvertida la cuestión cuando –más ocasionalmente aún– se suscitaron ante los de lo contencioso-administrativo²⁶), bajo el argumento fundamental de “su conexión principal con la finalidad protectora del sistema de Seguridad Social (...) [, en tanto] es el momento final del procedimiento de abono de prestaciones. No son las obligaciones contributivas de la empresa lo que está en juego, sino el interés del beneficiario en una percepción cómoda y fácil de las prestaciones a corto plazo. La colocación del precepto en el capítulo de gestión de las prestaciones, y no en el de cotización, es un dato adicional de interpretación sistemática que confirma la doctrina establecida”²⁷.

En el panorama descrito irrumpe la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, cuyo art. 23 procede a reformar el art. 3.1 b) LPL 1995 para ampliar la competencia contencioso-administrativa a los conocidos como “actos de encuadramiento”, fundando su decisión en la estrecha conexión que presentan estas actividades con la recaudación. Decisión polémica (su acomodo a lo previsto en la LOPJ –entre otras razones²⁸– llevó a cuestionar incluso su constitucionalidad²⁹), y justo

²⁴ SSTSJ Navarra 18 noviembre 1994 (AS 4203) o Comunidad Valenciana 3 junio 1997 (AS 2069).

²⁵ SSTS 22 febrero, 28 abril y 10 mayo 1983 (RJ 795, 1889 y 2360), 21 septiembre y 26 diciembre 1984 (RJ 4453 y 6498), 14 octubre 1989 (RJ 7181), 20 julio 1990 (RJ 6444) –sentando doctrina de Sala General al respecto–, 26 abril y 27 mayo 1991 (RJ 3389 y 3924) o SSTSJ Cataluña 231 marzo 1994 (AS 1288), Aragón 23 octubre 1996 (Sent. 862/1996) y Canarias/Las Palmas 10 febrero 1998 (Rec. 1248/1996) País Vasco 23 noviembre 1999 (Rec. 1878/1999), Navarra 18 abril 2001 (Rec. 136/2001).

²⁶ Así, se afirma la competencia del orden social en la STS, Contencioso-Administrativo, 20 diciembre 1996 (Rec. 6000/1992), y la del orden contencioso-administrativo en la STS, Contencioso-Administrativo, 26 abril 1999 (Rec. 6648/1992).

²⁷ Sintetizando el ejemplar razonamiento a lo largo de todo el pronunciamiento de MARTÍN VALVERDE contenido en la STS 27 mayo 1991 (RJ 3924). De igual modo se argumentaba que “no puede desconectarse el acto causante del nacimiento del derecho al reintegro reclamado, y de su conexión principal con la finalidad protectora del sistema de Seguridad Social: el acto de colaboración obligatoria incide sobre los derechos de los beneficiarios en orden a las prestaciones, sin que el derecho de la empresa al reintegro de su importe se pueda desconectar de aquel; la conexión entre ambas fases es principal, no accesoria, el bien jurídico protegido en ambas es el mismo, la finalidad protectora del sistema de Seguridad Social”, STS 26 abril 1991 (RJ 3389).

²⁸ Algunas más, sintetizando una posición crítica digna de reflexión, entre otros, en DESDENTADO BONETE, A.: “La Jurisdicción de la Seguridad Social entre el orden contencioso-administrativo y el orden social. Estado de la cuestión, reflexión crítica y propuesta de reforma”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 15-16, 2006, pp. 207-209 o LASAOSA IRIGOYEN, E.: “La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social en el presente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 159, 2013, pp. 155 y ss.

²⁹ Inconstitucionalidad rechazada de plano por las SSTC 121/2011, de 7 de julio, y 146 y 147/2011, de 26 de septiembre. Para un estudio acabado de su implicación, sirva la remisión al magnífico análisis de estos pronunciamientos en MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “La Ley de Procedimiento Laboral y la determinación de competencias entre órdenes jurisdiccionales: Sentencia TC 121/2011, de 7 de julio”, en VV. AA.: *El control de constitucional de las normas laborales y de Seguridad Social (20 casos de jurisprudencia constitucional)*, GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2015, pp. 543 y ss.

en dirección contraria a la que cinco años antes no había prosperado durante la tramitación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, supone que algunos de esos “espacios de intersección” o “zonas grises” surgidos de la delimitación de competencias entre las dos órdenes jurisdiccionales mediante criterios concurrentes y no excluyente fueran atribuidos por el legislador ordinario al orden contencioso, apartándolos del social.

Ello no elimina, con todo, ni otros asuntos situados en la zona intersección no expresamente atribuidos, ni el complejo problema de su delimitación. Tal el que ahora concita la atención, pues si bien el parecer mayoritario ha seguido siendo ubicar estos litigios en el orden social³⁰, probablemente por influencia de esa ampliación del concepto de gestión recaudatoria algún pronunciamiento (aquí utilizado como sentencia de contaste³¹) rompió esa línea y, más importante aún³², la Sala de Conflictos de Competencia sentó de manera tajante que, tratándose lo impugnado de un acto administrativo, aun cuando “indirectamente afecte a las prestaciones, cual acontece con otros muchos tipos de actos de la relación jurídica de Seguridad Social (como el encuadramiento o las altas o las bajas, entre otras), cabe calificarlo como liquidatorio –o conforme a la jurisprudencia cita, ‘actos de declaración de la deuda y de fijación de su importe (liquidación)’– de las cotizaciones a ingresar por la empresa en supuestos en que está facultada por su obligación de pago delegado de las prestaciones de incapacidad temporal a efectuar, en su caso, las correspondientes deducciones. Por ello, debe declararse la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para su conocimiento”³³.

La promulgación de la LRJS abre el último episodio, hasta el momento, de una historia que dista de haber acabado, pues el legislador decide seguir con el juego de pesos y contrapesos entre el criterio subjetivo y el material para distribuir competencias³⁴, haciendo que continúen siendo los Tribunales de ambas jurisdicciones –y la eventual intervención de la Sala de Conflictos de Competencia– los encargados de la operación de deslinde en la pléyade de supuestos situados entre límites más nítidos³⁵.

Así ocurre en esta ocasión, donde el nuevo cambio normativo lleva a que un Tribunal Superior de Justicia modifique su criterio anterior y la Sala de lo Social del Tribunal

³⁰ SSTSJ Comunidad Valenciana 2 marzo 2004 (Rec. 497), Canarias/Las Palmas 7 junio 2007 (Rec. 85) o Castilla y León/Valladolid 9 diciembre 2009 (Rec. 1733).

³¹ Alegando de manera expresa el cambio operado por la Ley 52/2003 y cuanto interpreta como una nueva orientación, la ya mencionada STSJ Madrid 5 febrero 2007 (Rec. 4322/2006).

³² Pues, a pesar de su aparente debilidad (el pronunciamiento se ciñe a lo planteado en el caso concreto, sin proyección futura, la composición de sus miembros carece de continuidad, y, sobre todo, las distintas Salas del Tribunal mantienen su supremacía e independencia, lo cual le priva de carácter vinculante), fijan un criterio “imparcial” de notable influencia, según ilustra perfectamente el caso analizado.

³³ Acudiendo al contundente tenor del pronunciamiento del que fue ponente SALINAS MOLINA contenido en el inicialmente citado ATS, Sala de Conflictos de Competencia, 24 septiembre 2012 (Conflicto núm. 18/2012).

³⁴ El pronóstico y una crítica a su solución en, por todos, los acerados términos de MOLINA NAVARRETE, C.: *Análisis de la nueva Ley de Jurisdicción Social*, Madrid, La Ley, 2012, p. 78.

³⁵ Sobre el trascendente papel judicial, así como la inseguridad jurídica a que puede dar lugar, exponiendo la afirmación acerca de cómo “no es exagerado afirmar que la asignación de competencias a la jurisdicción social en el ámbito de la Seguridad Social repartidas con la jurisdicción contencioso-administrativo sigue tan compleja como antes y que, por su causa, seguirá sujeta a los mismos vaivenes jurisdiccionales de la que resultará una seguridad jurídica vulnerable”, CASAS BAAMONDE, M. E.: “La nueva jurisdicción social: ¿Una jurisdicción auténticamente ‘social’?”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2012, p. 26.

Supremo encuentre argumentos de reciente cuño para seguir afirmando su competencia en cuanto hace a los litigios suscitados por la compensación, vía cotizaciones, de lo anticipado por la empresa en concepto de pago delegado de incapacidad temporal.

La fundamentación jurídica del pronunciamiento dictado en suplicación se asienta en un simple cotejo de literal contenido en el art. 3. 1 b) LPL (tras la redacción dada por Ley 52/2003) y en el art. 3 f) LRJS, para dejar ver como la “cobertura de la prestación de incapacidad temporal” desaparece en el cambio; a la par, la nueva redacción a la exclusión del orden social de los actos administrativos sobre asistencia y protección social expresamente excepciona de la regla las materias enunciadas en las letras o) y s) del art. 2 LRJS, versando la primera de ellas sobre todas las cuestiones litigiosas “en materia de prestaciones de Seguridad Social (...), así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos”. Fijando su atención en el último inciso, lleva a cabo la operación de subsunción y considera el supuesto como imputación de responsabilidad a un empresario en sentido propio, habida cuenta de que, “con independencia de la denominación que se le pueda dar, responde exclusivamente a determinar quién –empresa o INSS– debe cargar con el pago del subsidio de incapacidad temporal, materia propia de esta jurisdicción”.

No mucho más extensa es la fundamentación del Tribunal Supremo, pues aceptando plenamente la delimitación del objeto del pleito en los términos *supra* entrecomillados, entiende que “luce con suficiente claridad que no nos hallamos ante cualquier de los supuestos que, conforme el art. 3 f) LRJS, tiene vedado el orden social, sino que, precisamente por tratarse de un acto administrativo en materia de Seguridad Social que afecta de lleno [a] la materia prestacional –la IT– es competencia exclusiva y excluyente de nuestra jurisdicción, por más que la compensación que ha efectuado la empresa por su abono a la trabajadora se haya instrumentado a través de los boletines de cotización que, en el caso, en absoluto comporta acto conexo alguno a la actividad recaudatoria”.

Conforme cabe comprobar, una perspicaz utilización de los criterios literal y sistemático ante la dualidad prestaciones-recaudación como criterio de atribución competencial, para en esta ocasión oponer, frente al criterio subjetivo de tratarse de un acto de la Administración, el material de venir referido a su esencia, no situada en la obligación contributiva de la empresa, solo indirectamente afectada, sino en el hecho de conformar la fase última para la percepción de una prestación de la forma que más puede interesar al beneficiario.

3. VALORACIÓN FINAL

En pocas ocasiones cabrá apreciar con mayor nitidez que en la presente sentencia la incidencia del orden jurisdiccional competente en el resultado final de un pleito. Siendo plenamente consciente el INSS de la doctrina desfavorable a sus intereses en el orden social, insiste en su traslado –vía excepción procesal– a los órganos de lo contencioso-administrativo, esperando de estos una mayor comprensión a su argumento, fundado en una lógica más propia de aquella Jurisdicción.

Desde hace bastantes años la jurisprudencia social considera –sin apenas desvíos en los Tribunales inferiores– que el abono de las prestaciones de incapacidad temporal mediante pago delegado por el empresario constituye una obligación que vincula a la Entidad Gestora

y al beneficiario, asumiendo el empleador un papel de mero intermediario a quien no cabe solicitar el reintegro de lo percibido por otro, y ello incluso si hubiera desconocido alguno de los deberes previstos en la normativa encargada de desarrollar el precepto que impone tal descentralización fundamental.

Por consiguiente, parece comprensible que el INSS, al que siempre resultará más factible y sencillo exigir el reintegro de cuanto considere indebidamente percibido del empresario, y no del beneficiario, intente eludir la impugnación de sus resoluciones ante la jurisdicción social y, aprovechando el hecho de que media un acto administrativo de compensación de cuotas como forma de reintegrar a quien anticipó el pago, trate de reconducir el asunto al orden encargado por antonomasia de velar por la regularidad en actuaciones que conciernen a la Administración.

Aprovecha, a tal efecto, los vaivenes que desde hace décadas afectan a las “zonas grises” situadas entre lo prestacional y lo recaudatorio como criterios principales para distribuir la competencia entre las dos órdenes, y que en la Ley 52/2003, con la reforma del art. 3.1 b) LPL, sirvió para cortar las alas a una tesis floreciente en los órganos de lo social y en la Sala de Conflictos de Competencia proclive a restringir la “gestión recaudatoria” a simple excepción –por más que trascendente–, frente a la regla general dada por la referencia a “materia de Seguridad Social” como norte para la atribución de competencia.

Aun cuando tal movimiento no se dejó sentir de manera apreciable en punto al reintegro de lo satisfecho en concepto de pago delegado –de hecho nunca cambió la doctrina jurisdiccional–, sí permitió ahondar en sus elementos de fuga, dando pie a la aparición de sentencias puntuales –como la ofrecida aquí de contraste– y a pronunciamientos de la Sala de Conflictos de Competencia –así el que en este caso sirve de aval al pronunciamiento en instancia– en los cuales el factor de “liquidación” que supone la compensación llevaron a integrar el supuesto dentro de la visión agrandada y expansiva del concepto de recaudación.

El sutil cambio del anterior 3.1 b) LPL al vigente 3.1 f), en relación con cuanto dispone la letra 2 o) LRJS, sirve como nuevo patrón para volver a unificar la doctrina social en aquella línea clásica que reivindica el carácter prestacional, y solo instrumentalmente de recaudación, ínsito a la compensación de lo abonado a través del pago delegado de la incapacidad temporal. Ello, sin duda, frenará las pretensiones del INSS de solicitar al empresario el reintegro de cuanto considere abono indebido –a la par que moverá a cambiar su pasividad habitual mientras se produce el devengo–, pues le constará la jurisdicción a la cual acudirá el interesado para impugnar su reclamación y el criterio de competencia y material que esta sostiene al respecto.

Con todo, el examinado no deja de ser una botón de muestra significativo de un problema de más hondo calado, sobre el cual existe una extensísima bibliografía que hace innecesaria mayor reflexión añadida: la necesidad, si no de modificar –pues es difícil– los apartados 4º y 5º del art. 9 LOPJ para proporcionar una pauta de distribución de competencias homogénea entre lo social y lo contencioso, sí de que el legislador ordinario sea capaz de encontrar una guía firme que evite convertir a los Tribunales de ambas jurisdicciones en árbitros con distintas varas de medir cuanto queda en esa zona, siempre polémica, entre lo estrictamente prestacional y lo puramente recaudatorio. La seguridad jurídica está en juego y según sentara el clásico, “la incertidumbre muchas veces lleva a la injusticia”.

Competencia funcional y cuantía de las prestaciones de Seguridad Social (STS 12 mayo 2015)

Functional jurisdiction and amount of Social Security benefits

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

JOSÉ M. RÍOS MESTRE
DOCTOR EN DERECHO.
PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CARTAGENA

Resumen

El objeto del presente comentario es la STS 12 mayo 2015 (núm. de recurso 2664/2014) (RJ 2015, 2015) que resuelve un problema de competencia funcional consistente en el acceso al recurso de suplicación de una pretensión sobre diferencias en el cálculo de la prestación de jubilación. En relación con la suplicación se plantean dos cuestiones, a) la primera, la cuantía del procedimiento en Seguridad Social, y b) la segunda, la eventual existencia de afectación general.

Abstract

The object of this study is the case STS 12-5-2015 R 2664/2014. The case solves an issue about jurisdiction which is the access to suplication remedy when the object of suit is the arithmetic difference in a pension. In relationship with the remedy come out two questions, the first one is the amount of the Social Security process and the second one is the eventual existence of general affection.

Palabras clave

Competencia, recurso, Seguridad Social, cuantía del proceso, Tribunal

Keywords

Jurisdiction, remedy, Social Security, process amount, Court

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La STS 12 mayo 2015 resuelve la reclamación iniciada en su día por cierta asegurada a la que el INSS reconoció pensión de jubilación en cuantía inferior a la que aquella creía tener derecho. Los elementos fácticos de la sentencia que ahora interesan muestran que la Dirección Provincial de la entidad gestora reconoció la pensión en cuestión sobre una base reguladora de 785,38 euros mensuales y un porcentaje del 70%. Sin embargo, la beneficiaria entendió que debía aplicarse un tipo del 86% y, por tanto, frente a la pensión inicial reconocida de 549,77 € mensuales, tenía derecho a lucrar otra por importe de 675,43 € mensuales. La discrepancia se concreta, pues, en una diferencia entre la pensión reconocida y la pensión postulada que asciende a 125,66 € al mes y, en cómputo anual, a 1.759,24 €. Y por eso la trabajadora formalizó su oposición a la decisión administrativa planteando demanda frente al INSS y la TGSS.

La demanda fue desestimada, sin embargo, por SJS núm. 2 de los de Santander de 28 octubre 2012. Y contra la misma se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, órgano que dictó sentencia en fecha 13 de junio de 2014 por la que,

dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, declaró «no admisible a trámite, por razón de la cuantía litigiosa, el recurso de suplicación interpuesto por la demandante», y, en consecuencia, también declaró «la nulidad de todas las actuaciones de dicho Juzgado de lo Social desde la admisión a trámite del recurso de suplicación, declarando firme la sentencia de instancia».

Frente a esta sentencia de suplicación se alza en casación unificadora la beneficiaria de la pensión para rebatir el criterio de la sala de suplicación relativo a la inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía. Aunque con nulo éxito, porque la sentencia del Sala de lo Social del Tribunal Supremo que ahora se comenta desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al considerar que el rechazo del recurso de suplicación acordado por el TSJ Cantabria se ajusta a la doctrina unificada y no infringe ninguno de los preceptos denunciados.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Competencia funcional: objeto y cuantía del recurso de suplicación

Más allá de la controversia sobre el Derecho sustantivo aplicable al caso litigioso (cómo se calcula en un caso concreto el porcentaje que debe aplicarse a la base reguladora para determinar la cuantía inicial de la pensión de jubilación), el problema sobre el que versa la sentencia comentada se refiere a la *competencia funcional*; es decir, la que decide qué órgano dentro de la jurisdicción social es competente para conocer de las distintas fases en que se estructura el proceso y, específicamente, la que resulta del «escalonamiento jerárquico de los tribunales» (FONT SERRA). Siendo así, conviene comenzar el análisis de la STS 12 mayo 2015 recordando con STS 31 enero 2002 (rec. 31/2001) que las cuestiones de competencia pueden ser directamente planteadas por las partes o ser abordadas de oficio, aunque, en este segundo caso, de manera excepcional. Dicha «excepcionalidad se reduciría a dos supuestos principales: 1º) el de falta de competencia funcional, como aquí ocurre, y 2º) el de falta de competencia por razón de la materia, o falta de jurisdicción según otra concepción [“incompetencia de jurisdicción”, como decía la vieja LEC, en su art. 533], siempre por referencia a casos de manifiesta inviabilidad, como una acción de divorcio o una reclamación testamentaria. Quiere decirse entonces que por cualquiera de esos dos caminos puede la Sala abordar ahora el tema de la competencia funcional, es decir, si el recurso de suplicación donde se dictó la sentencia aquí recurrida en casación unificadora, era procesalmente admisible».

Así planteado, y como en el precedente de 2002, el problema que ahora abordada el Tribunal Supremo obliga a realizar sucesivamente dos órdenes de reflexiones: «una, de carácter general, relativa a todo el precepto que en la presente cuestión procesal es capital, (el art. 191 LRJS); otra, de tipo más específico, el tratamiento que en la economía de ese precepto merece, desde el punto de vista de la recurribilidad en segundo grado, el caso material o sustantivo aquí contemplado».

Dando contenido a lo previsto en el precedente art. 190.2 LRJS [«procederá (recurso de suplicación) contra las resoluciones que se determinan en la presente ley...»] e introduciendo uno de los elementos que caracterizan a aquel medio impugnativo como recurso extraordinario, el art. 191 LRJS identifica las resoluciones judiciales (sentencias y autos de los Jueces de lo Social y, en su caso, de los Jueces de lo Mercantil) «recurribles en suplicación».

Los problemas de índole práctica que dicho art. 191 LRJS plantea tienen que ver, sin embargo, con su propia estructura y con los listados que incorpora a fin de precisar los concretos supuestos en que es posible, o no, interponer el recurso en cuestión. Explicado nuevamente con palabras de STS 31 enero 2002: «en su estructura interna, cabe, en efecto, distinguir: Primero: una afirmación de principio, ofrecida *ab initio* en cuanto ubicada en el núm. 1, primera proposición, que aparenta una intención de considerable amplitud: “1. Son recurribles en suplicación: 1º. Las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto...”. Segundo: un listado de sentencias en las que no cabe recurso, donde se combina la materia y la cuantía (... y que recaen) “en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares, en los de materia electoral, en los de clasificación profesional, movilidad geográfica y modificación sustancial individuales, en los de impugnación de sanción por falta que no sea muy grave así como por falta muy grave no confirmada judicialmente (...), y las dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros”. Tercero: otro listado destinado cabalmente a lo contrario, es decir, a prevenirnos de que “procederá en todo caso suplicación: a) en los procesos por despido. b) en los seguidos por reclamaciones acumuladas o no, en los que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o 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 puesta en duda por ninguna de las partes. c) En los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las de desempleo, así como el grado de invalidez aplicable. d) Contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento o la omisión del intento de conciliación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión. e) Contra las sentencias que decidan sobre la competencia por razón de la materia. Si el fondo del asunto no estuviera dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá sobre la competencia. Las sentencias que decidan sobre la competencia por razón del lugar, sólo sean recurribles en suplicación si la reclamación debatida estuviera comprendida dentro de los límites de este artículo. f) Contra las sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”. Cuarto: el precepto todavía contiene los apartados 2, 3 y 4, caracterizados porque la resolución recurrible ya no es una sentencia, sino un auto, el cual ha recaído en ejecución de sentencia firme (núm. 2), o bien se incardina en un conflicto competencial “*lato sensu*” (núms. 3 y 4)».

En lo que ahora más interesa, hay que insistir en que el art. 191 LRJS mezcla, como si de una misma cosa se tratara, la materia que se discute y la cuantía o el valor que posee el asunto. Tras la cláusula general que advierte de la recurribilidad de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social, la ley identifica unos concretos procesos en los que, por razón de la materia, el recurso está excluido. Pero por la cuantía también se deja sin recurso las sentencias «dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros», precisándose por el art. 191.2 g) *in fine* LRJS en una vuelta a la excepción general que tampoco cabe recursos en «los procesos de impugnación de alta médica, cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador». Ya se ha dicho, sin embargo, que a reglón seguido el mismo precepto matiza su anterior rigor para establecer que, en determinadas materias, y cualquiera que sea la cuantía litigiosa, «procederá en todo caso la suplicación».

Como fácilmente se comprende, este planteamiento en que materia y cuantía se combinan requiere el añadido de ciertas precisiones en lo relativo a la cuantía de la reclamación y a la manera de determinarla. Y tal es lo que hace el art. 192 LRJS bajo la inequívoca rúbrica «determinación de la cuantía del proceso». En esencia, son cuatro las hipótesis que allí se contemplan: a) varios demandantes o demandado reconviniendo, en cuyo caso la cuantía litigiosa viene dada por la «reclamación cuantitativa mayor sin intereses ni recargos por mora», b) actor que formula varias pretensiones y reclama cantidad por cada una de ellas, lo que obliga a estar a la suma de las mismas; c) procesos reclamación sobre prestaciones económicas periódicas reclamaciones o sobre reconocimiento de derechos con traducción económica, en los que la cuantía litigiosa será el «importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora»; y d) impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, en los que para determinar la cuantía habrá que atender «al contenido económico de la pretensión o del acto objeto del proceso cuando sea susceptible de tal valoración y, en su caso, en cómputo anual». Ahora bien, cuando, como sucede en el caso analizado por STS 12 mayo 2015, se pretende «el reconocimiento de un derecho o situación jurídica individualizada, la cuantía vendrá determinada por el valor económico de lo reclamado o, en su caso, por la diferencia respecto de lo previamente reconocido en vía administrativa»; precisando el mismo precepto que «en materia de prestaciones de Seguridad Social igualmente valorables económicamente, se estará a la regla del apartado 3 de este mismo artículo, computándose exclusivamente a estos fines las diferencias reclamadas sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa».

Ejemplo de la aplicación judicial de estas últimas reglas es STS 11 noviembre 2014 (RJ 384, 2014) en la que la cuestión controvertida consiste en determinar la procedencia o no del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que se pronuncia sobre el reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente. Denegada ésta en vía administrativa, el Juzgado de lo Social reconoció la prestación, aunque considerando una base reguladora con la que la beneficiaria se mostró disconforme. Sin embargo, como la cantidad reclamada (las diferencias en cómputo anual entre la pensión reconocida por la sentencia del Juzgado y la pretendida por la recurrente) no alcanzaba el umbral cuantitativo legalmente fijado, el TSJ desestimó el recurso y el TS confirmó la solución (la misma solución, entre otras, en STS 6 marzo 2013 R. 1066, 2012).

2.2. Supuestos concretos de competencia funcional en materia de Seguridad Social

El criterio delimitador de la competencia funcional por razón de la cuantía en el recurso de suplicación se muestra *prima facie* muy restrictivo precisamente con las reclamaciones económicas en materia de prestaciones de Seguridad Social. En cambio, es sabido que «los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable» [art. 191.3c) LRJS]. Por ello conviene reparar, siquiera sea someramente, en algunos supuestos concretos en que aquella clase de pleitos sí tienen acceso al recurso citado.

a) Recargo de prestaciones

En función de la distinción entre reclamación de cuantía y reclamación sobre reconocimiento de prestaciones, la STS 20 marzo 2007 (rec. 609/2006), dictada en un caso en que se reclama sobre recargo de prestaciones siendo la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior a la baja de 968,83 euros y el importe de lo devengado durante los tres días de incapacidad temporal de 70,32 euros, considera que «la reclamación se contrae al reconocimiento o denegación del recargo sobre prestaciones de Seguridad Social, por falta de medidas de seguridad (art. 123 LGSS), que es autónomo e independiente de la prestación de Seguridad Social, que expande o proyecta unos efectos indeterminados, más allá de la pretensión de reclamación de cantidad ejercitada en el procedimiento del que dimana el presente recurso, cuya sentencia firme, producirá el efecto positivo de la cosa juzgada, actuando en posibles futuros procesos como elemento condicionante o prejudicial. (...) En consecuencia, ello determina que nos encontremos ante una pretensión de cuantía indeterminada, a la que, conforme al (art. 191.1 LRJS) ha de concederse recurso de suplicación».

b) Extinción de la prestación por desempleo

La STS 23 junio 2015 (rec. 1940/2014) resolvió un supuesto donde se discutía la sanción de extinción de la prestación de desempleo y la devolución del cobro de lo indebido en una cuantía de 1.659,68 euros. La Sala considera que, *in casu*, la demanda no se limitaba a combatir la reclamación de cantidad de la entidad gestora en concepto de cobro indebido durante determinado periodo, sino que pretendía la declaración de no ser ajustada a derecho la resolución extintiva del subsidio de desempleo por sanción grave, lo que afecta más allá de la posible cuantía a reintegrar como prestación indebida y, por tanto, abre el acceso al recurso de suplicación.

Para ello, la Sala, que expresamente se apoya en STS 17 julio 2014 (rcud. 2298/2013), recuerda cómo la jurisprudencia ha matizado mucho la interpretación de los preceptos en juego. Por ello advierte de que las dudas sobre la procedencia o no del recurso cuando se impone una sanción de pérdida de la prestación por desempleo han sido ya resueltas en el sentido de entender que la cuantía es la determinante del recurso. Es decir, que el recurso no es admisible cuando el mes de prestación en que consiste la sanción no alcanza el límite de acceso al recurso de suplicación [SSTS 21 febrero 2000 (rec. 3958/98), 22 junio 2000 (rec. 559/1999), 10 octubre 2000 (rec. 2320/1999)]. Se trata, además, de un criterio ratificado en Sala General por STS de 3 de febrero de 2003. Ahora bien, esta misma sentencia también advierte de que, al menos en una ocasión, la solución había sido otra: «deviene procedente señalar que esta Sala, aunque ha mantenido en forma reiterada el indicado criterio, en una ocasión, en concreto en la STS 26-9-2000 (Recurso 4725/98), entendió, al resolver una reclamación como la presente, que sí que debía de aceptarse la posibilidad de la suplicación, tomando en consideración la circunstancia de que la suspensión y consiguiente pérdida de la prestación por el periodo de un mes no sólo causaba al interesado el perjuicio concretado consistente en la pérdida de una mensualidad del subsidio, sino otros perjuicios superiores añadidos a aquél, cual la pérdida de la inscripción como desempleados, con la consiguiente pérdida de derechos que como demandantes de empleo tuvieran reconocidos, especialmente prevista como sanción accesoria para estos casos». Otra cosa es que para la Sala General tal conclusión es solo «una apreciación de aquella sentencia

que en aquel caso particular consideró de valor incalculable el cúmulo de tales perjuicios derivando de ello la procedencia de la suplicación; pero en el caso que aquí contemplamos, como en la mayoría de los vistos por la Sala, aunque aquellos perjuicios colaterales se aceptan como posibles, no se ha probado en modo alguno que se hayan concretado en perjuicio efectivo para la demandante, y por lo tanto no existe motivo alguno para valorarlos a efectos de conceder el recurso. De aquí que deba prevalecer el criterio de la Sala expresado en aquellas sentencias citadas en el apartado anterior de este fundamento jurídico sobre la que en el concreto caso particular indicado dijo lo contrario, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la pretensión de la demandante iba exclusivamente encaminada de forma exclusiva a la anulación de la sanción y a la obtención del montante económico correspondiente a ese mes».

Esta manera en que el TS justifica el caso aislado ofrece, sin embargo, una vía de escape al criterio general por la que se cuela la citada STS 17 julio 2014 y, tras ella, STS 23 junio 2015. Esto es, que la cuestión trasciende al límite económico y de ella debe conocer la Sala de suplicación cuando no se trata de una sanción de suspensión de las prestaciones del subsidio de desempleo por un mes, sino la extinción de la percepción de la prestación o subsidio reconocidos, «no pudiendo acceder (el actor) a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponderle por el agotamiento del derecho extinguido, dejando sin efecto la inscripción como demandante de empleo, perdiendo todos los derechos inherentes a tal condición».

c) Lesiones permanentes no invalidantes

En relación con las lesiones permanentes no invalidantes, STS 10 octubre 2007 (rec. 2280/2006) declara que las reclamadas y denegadas en vía administrativa por considerar que el trabajador no estaba afecto de tales secuelas, son una prestación de Seguridad Social y, por ello, la sentencia que sobre tal pretensión se dicta en la instancia es susceptible de recurso. Es decir, si lo que se reclama es la declaración de tales lesiones, no puede considerarse que se esté en el supuesto de mera cuantificación del importe baremado [cfr. STS 19 julio 1994 (rec. 2508/1993), en un caso en que, partiendo de la prestación ya reconocida, se cuestiona únicamente el importe].

d) Gastos sanitarios

La STS 27 enero 2015 (rec. 138/2014) resolvió un supuesto en el que el actor padece de madrugada un fuerte dolor torácico y se dirige al hospital que le corresponde, aunque antes de llegar, y sintiéndose especialmente grave, se persona en otro que encuentra de camino, en el que es atendido y donde abona la cantidad de 1.352,28 €. Reclamada la cantidad a la Mutua, la sentencia de instancia estimó la demanda del trabajador y el recurso de suplicación interpuesto por la entidad colaboradora fue inadmitido. La sentencia citada del TS, con apoyo en STS 30 junio 2004 (rec. 3407/2003), considera que la asistencia sanitaria es la primera prestación enumerada dentro de la acción protectora de la Seguridad Social. Y precisamente la colocación en las normas de la Seguridad Social de la acción de reintegro de gastos médicos abona su consideración como prestación, lo que se confirma atendiendo a su intrínseca naturaleza. Siendo ciertamente una reclamación de cantidad, esa cantidad no es sino el valor de la prestación de la asistencia sanitaria que el beneficiario o sus familiares han decidido recibir por servicios ajenos a la Seguridad Social, bien porque ésta se la denegó

indebidamente, bien porque razones de urgencia vital obligaron a prescindir de los servicios asignados por la Entidad Gestora. En definitiva, «el derecho a este reintegro presupone el derecho a la prestación, y por consiguiente si es declarado el derecho al mismo, implica el reconocimiento a la prestación de asistencia sanitaria, y a su vez si no existe este derecho a la prestación el reintegro debe ser denegado. Es pues, clara la vinculación intrínseca de reintegro y prestación, en su consecuencia debe concluirse que el proceso de reintegro de gastos por asistencia sanitaria es un proceso que versa necesariamente de modo indirecto, pero necesario, sobre el reconocimiento o denegación del derecho a una prestación de la Seguridad Social. Quiere ello decir que toda sentencia que resuelva una reclamación de reintegro de gastos médicos es recurrible en suplicación, cualquiera que sea su cuantía, por implicar el reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social».

e) Determinación de la contingencia

Varias resoluciones del TS [entre otras SSTS 22 octubre 2007 (rec. 2061/2006), STS 25 junio 2008 (rec. 1545/2007), 15 septiembre 2009 (rec. 3489/2008)] se pronuncian en el sentido de que cabe recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que declara que una determinada contingencia es profesional con independencia del importe de las diferencias a percibir por el beneficiario como consecuencia de tal declaración. Y es que, aunque para el beneficiario la resolución a dictar no opera en estricto sentido como un reconocimiento o denegación de prestación puesto que ésta le ha sido reconocida con independencia de su origen, no ocurre lo mismo en relación con la Mutua ni con los efectos futuros de la decisión a adoptar en relación con el mismo beneficiario puesto que el origen de la contingencia es determinante para la concreción del derecho a la obtención de otro tipo de prestaciones de la seguridad Social. Es decir, en estos casos, la cuestión a resolver no es en realidad, o solo es, la mera cuantía de lo que puede obtenerse del pleito, sino en el reconocimiento de un derecho de mayor trascendencia para todas las partes. O dicho con la citada STS 15 septiembre 2009: el proceso no versa «sobre la cuantía de una prestación sino sobre el origen laboral o común de la contingencia y ello hace que el problema trascienda y elimine el de la cuantía que es sobre el que el legislador quiso establecer límites al recurso de suplicación».

f) Complemento a mínimos

La recurribilidad de la sentencias dictadas en materia de complemento a mínimos ha sido planteada en STS 13 diciembre 2011 (rec. 702/2011) y STS 2 abril 2007 (rec. 355/2005), para las que la solución viene determinada por la naturaleza y finalidad esencial de esta institución. Es decir, como tales complementos, expresamente previstos por la legislación de Seguridad Social, deben garantizar al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, ha de concluirse que se trata de prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia que han de ser reconocidas en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia. Y siendo así, parece correcto afirmar la procedencia del recurso de suplicación incluso cuando su cuantía en cómputo anual no alcanza la establecida para el acceso al mismo.

2.3. La afectación general

Posiblemente, el supuesto más complejo y problemático de expresa admisión del recurso de suplicación a pesar de que la materia esté inicialmente excluida o de que la cuantía sea inferior a los 3.000 euros que marca el art. 191.2 g) LRJS es el denominado de «afectación general». Conforme al art. 191.3 b) LRJS, procede siempre recurso de suplicación «en reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o 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».

La «afectación general» es, como ya señalara STC 79/1985, de 3 de julio, un concepto jurídico indeterminado que requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto. Supone la existencia de una situación de conflicto en la que se cuestionan los derechos de una colectividad de trabajadores o, en su caso, de beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, para apreciarla no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales, sino que es suficiente con la existencia de una situación de conflicto generalizado. Por ejemplo, en los casos en que las Entidades Gestoras utilizan criterios uniformes para resolver los actos-masa objeto de su competencia. Además, la existencia del conflicto no se mide por el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino por la existencia y realidad de un conflicto derivado de la negativa o desconocimiento de unos derechos determinados y específicos que alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

La «afectación general» no precisa alegación y prueba cuando se trate de «hechos notorios». Y tampoco cuando el asunto «posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes». Fuera de esos casos, es necesario que alguna de las partes la alegue y que sobre tal alegación se practique la correspondiente actividad probatoria. De este modo, corresponde, en primer lugar, al Juez de lo Social analizar y resolver si en el proceso concurre o no afectación general; y siempre deberá hacerlo cuando la cuestión le sea alegada. Pero similares facultades tienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo para apreciarla en el momento de la admisión del recurso, tanto en los casos afectación notoria o de afectación no puesta en duda por ninguna de las partes, como en los que la misma ha sido alegada y probada en la instancia. Se trata de una cuestión de competencia funcional que puede ser examinada por estos Tribunales incluso de oficio.

En materia de Seguridad Social se ha considerado que tiene afectación general, por ejemplo, la discusión sobre si un trabajador prejubilado puede acogerse a la excepción del requisito de que el cese no sea imputable al trabajador para poder acceder a la jubilación anticipada voluntaria [STS 21 enero 2015 (rec. 203/2014)]. También en relación con la reclamación de diferencias en el porcentaje de la base reguladora de la pensión de jubilación con fundamento en el periodo que excedió de la duración normal del servicio militar obligatorio [STS 24 mayo 2010 (rec. 1696/2009), STS 23 noviembre 2009 (rec. 1152/2009)]. Y a propósito de la manera de llevar a cabo el cálculo de la pensión de jubilación de quien estuvo afiliada en su día a la Mutualidad Textil, y más específicamente si el tiempo en que ha permanecido percibiendo el subsidio por desempleo para mayores de 52 años ha de computarse para alcanzar el porcentaje del 80% de la base reguladora por acreditar de esa

forma 40 años de situación semejante a la cotización [STS 4 noviembre 2010 (rec. 140/2010), STS 11 febrero 2002 (rec. 2009/2001)].

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

En lo esencial, la STS 12 mayo 2015 mantiene el criterio de la Sala, expresado entre otras en STS 17 julio 2014 (rcud. 2298/2013), y reiterado luego en STS 23 junio 2015 (rec. 1940, 2014) conforme al cual las reclamaciones sobre el importe asignado a la base reguladora de una prestación, sobre el incremento en el porcentaje aplicable a la base reguladora, o sobre cualquier otro aspecto atinente a una diferencia cuantitativa, solo pueden acceder al recurso de suplicación si lo reclamado es por diferencia superior a 3.000 euros anuales. Y eso no sucede con la reclamación basada en la discrepancia en el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación que es objeto de la citada sentencia. Como tampoco cabe apreciar en el caso estudiado que la cuestión afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social.

Más allá de esta valoración general, sin embargo, un examen más detenido de la sentencia comentada advierte cierta parquedad argumental, muy posiblemente debida a que, en último término, a la reiteración y consolidación del criterio jurisprudencial que acoge. Otra cosa es que, si bien es cierto que la distinción entre reclamaciones exclusivamente económicas que no cabe confundir con el reconocimiento mismo de la prestación y esta última clase de pleitos parece bastante bien trazada, no ocurre lo mismo con la cuestión de la afectación general. Sobre todo, porque, más allá de su posible alegación y prueba, la apreciación como hecho notorio no deja de plantearse frecuentemente en términos excesivamente vagos y escasamente justificados. Y eso es lo que ocurre con la sentencia comentada. Se da cuenta en ella de que la existencia afectación se «niega (por) el INSS en su escrito de impugnación al recurso». Y expresamente se declara que la Sala, como ya hiciera «la del TSJ de Cantabria, tampoco (la) aprecia». Pero ninguna explicación hay sobre las razones por las que se alcanza esta conclusión.

Sentencias sobre prestaciones de Seguridad Social con acceso al sistema de recursos

Judgments on Social Security benefits with access to system resources

ÁNGEL BLASCO PELLICER
MAGISTRADO TRIBUNAL SUPREMO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

Recursos sobre sentencias relativas a prestaciones de Seguridad Social, en concreto a la prestación de desempleo: no procede el acceso al recurso cuando la cuantía litigiosa no exceda en cómputo anual de 3000 euros y no exista afectación general del asunto debatido

Abstract

Appeals on sentencing for social security benefits, specifically unemployment benefit: no access to the appeals when the disputed amount does not exceed annual total of 3000 euros and there is no general involvement of the matter debated

Palabras clave

Prestaciones de Seguridad Social, Prestación por desempleo, Recurso de Suplicación, Recurso de Casación, Base Reguladora

Keywords

Social Security benefits, Unemployment benefit, Supplication appeal, cassation appeal, Regulatory Base

1. SUPUESTOS DE HECHO ANALIZADOS

Sin perjuicio de las particularidades de cada supuesto de hecho en las dos sentencias que se comentarán, con carácter previo hay que destacar que las dos se refieren al acceso al recurso de suplicación y, en consecuencia al de casación para al unificación de la doctrina, de sendas sentencias dictadas por Juzgados de lo Social en materia de prestaciones de Seguridad Social; en concreto, en materia de prestaciones por desempleo. En ambas, sin discusión, se concedió recurso de suplicación y que finalizó con la correspondiente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que confirmó o modificó la de instancia pero que resolvió sobre el fondo del asunto. Es en la casación unificadora donde, por primera vez, se plantea la posibilidad de que contra la sentencia de instancia no cupiera recurso y el Tribunal Supremo tiene que resolver tal cuestión, incluso de oficio, llegando a la conclusión de que, efectivamente, no cabía recurso y las sentencias de instancia son firmes.

1.1. La STS de 14 de mayo de 2015, Rcu. 82/2014

Los hechos contemplados por esta sentencia fueron los siguientes: 1) Un trabajador presentó solicitud para percibir la prestación contributiva por desempleo, dictándose resolución por la que se le reconocía el derecho a la prestación con una base reguladora diaria de 105'88 euros. 2) Frente a dicha resolución se presentó reclamación previa que fue desestimada, por lo que el trabajador presentó la oportuna demanda 3) La empresa cotizó al trabajador hasta su baja en la Seguridad Social el 30-09-2011, por contingencias comunes y desempleo la cantidad de 3230'10 euros todos los meses. Por parte del SPEE se toma como referencia para el cálculo los 180 días previos, por lo que de septiembre de 2011 se computan

27 días, y la cantidad cotizada de 2907'09 euros. 4) La sentencia del Juzgado de lo Social de Granada desestimó la demanda interpuesta por el trabajador contra el SPEE. 5) Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dictó sentencia desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, confirmando la sentencia recurrida. 6) Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del trabajador recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de fecha 15 de diciembre de 2009. 7) Ya en sede casacional, el Abogado del Estado en representación del Servicio Público de Empleo Estatal demandado, y en su escrito de impugnación al recurso, aduce como causa de inadmisión del mismo la falta de cuantía litigiosa mínima para recurrir en casación, sin que conste acreditada la afectación general de la cuestión, y sin que la potencial afectación múltiple sea aquí una realidad actual, criterio que es compartido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

Como se observa, no importa, a los efectos del presente comentario, la cuestión de fondo discutida que era la interpretación del entonces vigente artículo 211.1 LGSS en relación al cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo cuando la cotización se efectúa por meses. Lo importante, como se verá por ser lo único que resuelve el Tribunal Supremo, es si la sentencia de instancia era susceptible de recurso a la vista de los artículos 191. 2 g) y 3. c) y 192.3 LRJS.

1.2. La STS de 23 de junio de 2015, Rcu. 1911/2014

El resumen del supuesto de hecho analizado en esta sentencia puede resumirse de la siguiente forma: 1) La demandante había prestado servicios para la empresa durante el periodo comprendido entre el 18-5-89 y el 30-11-11, fecha en la que se extinguió la relación laboral al verse afectada por el ERE 2) Solicitó al SPEE las prestaciones por desempleo del nivel contributivo, tramitándose al efecto el preceptivo expediente en el que recayó resolución que acordó reconocer las mismas durante el periodo de 720 días, con fecha de inicio 1 12-11 y base reguladora de 105'88 € diarios. 3) Contra esta resolución formuló reclamación previa, que fue desestimada por nueva resolución, frente a la que se interpuso la correspondiente demanda. 4) La base de cotización por desempleo de la actora durante cada uno de los meses de junio a noviembre de 2011 fue de 3.230'10 €, al tener un salario cuya cuantía venía determinada por periodos mensuales computados todos ellos de 30 días. La suma de dichas bases correspondientes a los referidos 6 meses fue de 19.380'60 €. 5) La suma de las bases de cotización imputables a los 180 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha de extinción del contrato, 30-11-11, fue de 19.058'40 €. 6) El fallo de la sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda y reconoció a la demandante el derecho a percibir las prestaciones por desempleo del nivel contributivo, que le fueron reconocidas por resolución de 14-12-11, sobre la base reguladora diaria de 107'67 €. 7) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia estimando el recurso de suplicación interpuesto por el SPEE, revocando la sentencia recurrida y desestimando la demanda inicial. 8) La demandante presentó Recurso de Casación para la unificación de la doctrina, alegando como contradictoria la STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2013.

Al igual que en el supuesto anterior lo que se discute, en el fondo, es la adecuada interpretación del artículo 211.1 LGSS entonces vigente. Pero aquí tampoco importa tal cuestión, porque aun no habiendo dicho nada la entidad recurrida, el TS se planteará de oficio el acceso a la suplicación de la sentencia de instancia. Es destacable que en el presente supuesto, a diferencia del anterior, la decisión de instancia y la recurrida justificaron la recurribilidad de la decisión, argumentando –tras referir doctrina opuesta del TS– que en contra de lo razonado por el Tribunal Supremo, en este caso concreto, la cuestión debatida “posee claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”, al que se refiere el artículo 191.3.b) LRJS para que proceda en todo caso el recurso de suplicación dado que la afectación hipotética abarca a un porcentaje altísimo de todos los trabajadores españoles, varios millones de personas, ya que devengan su salario y cotizan a la Seguridad Social siempre por meses de 30 días y no por los días que tiene efectivamente cada mes, así como a cientos de miles de perceptores de la prestación contributiva de desempleo, y en cuanto a la litigiosidad real es frecuente que en esta Sala se resuelvan cada mes litigios idénticos al presente.

Consecuentemente, esta vez, no será la cuantía la determinante o no del acceso al recurso pues parece evidente que tanto la sentencia de instancia como la de suplicación eran conscientes de que no se alcanzaba la cuantía mínima para el recurso. En esta ocasión será la vía de la afectación general el hipotético contenido de generalidad lo que deberá analizar el Tribunal Supremo para resolver si confirma la sentencia de instancia sin entrar en el fondo del asunto, o, por el contrario debe entrar en éste analizando la existencia de contradicción y, caso de su existencia, resolviendo y unificando doctrina.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. El proceso de única instancia y la recurribilidad de las sentencias en el orden social, especialmente en materia de Seguridad Social

El hecho de que el proceso laboral esté configurado legalmente (artículo 6.1) como de única instancia no significa que contra la sentencia dictada en tal proceso no quepa recurso alguno. Hemos de tener en cuenta dos cuestiones: la primera que el derecho al recurso no aparece con figurado como tal en la CE y que, según reiterada doctrina del TC (por todas 51/1982 o 3/1983) es al Legislador a quien compete el establecimiento del recurso y la delimitación de sus requisitos; y es la Jurisdicción ordinaria la que debe decidir sobre su procedencia o improcedencia; y, la segunda, que los recursos procedentes contra ella tendrán carácter extraordinario. La diferenciación entre recursos ordinarios y extraordinarios se basa en que en los primeros, el recurso que puede interponerse contra la sentencia dictada en la instancia permite un reexamen completo de las cuestiones discutidas en aquella, del tipo que posibilita el recurso de apelación –el recurso ordinario por excelencia–. Por el contrario, en los recursos extraordinarios el examen de la sentencia impugnada aparece sustancialmente limitada. Además de quedar restringida la posibilidad de introducir en el debate hechos o cuestiones nuevas, el recurso sólo admite una limitada revisión de la sentencia impugnada,

en términos similares a los previstos para el recurso de casación civil. Pues bien, todos los recursos laborales contra sentencias se ajustan a este último esquema¹.

Siendo el proceso de Seguridad Social una submodalidad del proceso laboral, participa de sus mismas características y, de manera especial, por lo que al sistema de recursos se refiere. Ciñéndonos a la cuestión prestacional, aunque es cierto que el artículo 191.2 c) se admite el recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable, con tal expresión se está refiriendo el legislador a los supuestos en que lo debatido es el acceso a la prestación misma; esto es, el derecho a ser beneficiario de una determinada prestación previamente denegada. Supuestos que se deben diferenciar de aquellos otros en que el objeto del proceso versa sobre la determinación del importe de la cuantía de una prestación ya reconocida, pues para éste último caso se habrá de estar a la regla de la cuantía litigiosa (artículos 191.2 g) y 192 de la LRJS).

2.2. La configuración del acceso al recurso en prestaciones de Seguridad Social en la LRJS

Como se acaba de señalar, cuando –como ocurre en los dos supuestos comentados– lo que se discute no es el reconocimiento o la denegación de una prestación de Seguridad Social, sino concretamente, la cuantía de dicha prestación, no juega la regla general del artículo 191.2 g) según la que la recurribilidad es la norma en las sentencias sobre prestaciones de Seguridad Social. Pues tal regla sólo es aplicable a los supuestos en los que la litigiosidad versa sobre la existencia o no de la prestación misma, sobre su reconocimiento o su rechazo. En nuestro caso rigen las reglas especiales relativas a la posibilidad del recurso en razón de la cuantía o en razón de la afectación subjetiva.

2.2.1. Por razón de la cuantía

Cuando la reclamación versa sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, teniendo en cuenta que en materia de Seguridad Social, rige la misma regla pero computándose exclusivamente las diferencias reclamadas sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa.

La LRJS, por tanto, fija expresamente una regla de determinación de cuantía acorde con la fijada por la jurisprudencia social, con lo que pretende corregir una omisión de la LPL en lo relativo a la determinación de la cuantía litigiosa a efectos del recurso de suplicación cuando se trata de prestaciones periódicas, para evitar la aplicación de la derogada LPL DE 1980, pues la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo había entendido no aplicable la regla del 251.7ª LEC por incompatible con los principios que rigen los recursos laborales y había venido interpretando que “cuando la reclamación versa sobre prestación de

¹ GOERLICH, J.M. “Los medios de impugnación” en AA.VV. (Dir. A. Blasco) *El proceso Laboral*, T-II, Tirant lo Blanch, Valencia, 213, pp. 1678-1679.

carácter periódico, ha de acudirse al mandato del art. 178.3 de la LPL de 1980, que lo fija en el importe de la prestación en un año (SSTS de 24 de noviembre de 2008, rcud. 2797/2007 y de 6 de abril de 2009, rcud. 154/2008) en las que ha venido declarado que en reclamación a la Seguridad Social, cuando la prestación está reconocida y la controversia se limita exclusivamente a la cuantía económica, no es aplicable el mandato del art. 189.1.c) precepto que declara recurribles las sentencias en procesos sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la seguridad Social, incluidas las desempleo, así como el grado de invalidez aplicable; así como que ante la falta de un precepto en la LPL, para determinar la cuantía, cuando la reclamación versa sobre prestación de carácter periódico, ha de acudirse al mandato del art. 178.3 de la LPL de 1980, que lo fija en el importe de la prestación en un año.

Consecuentemente, la doctrina consolidada que ha de mantenerse en aplicación del vigente artículo 191. 2g) LRJS, consiste en que cuando se reclama frente al importe asignado a la base reguladora de una prestación, o un incremento en el porcentaje aplicable a la base reguladora, o respecto de cualquier otro aspecto atinente a una diferencia cuantitativa, que no al reconocimiento de la prestación, el acceso al recurso pende de que lo reclamado sea por diferencia superior a 3.000 euros anuales, salvo el supuesto de que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social.

2.2.2. Por afectación general

El artículo 191.3. b) LRJS determina que procederá en todo caso la suplicación en reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o 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”. Se trata, sin duda, del supuesto que más polémica ha generado y que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos judiciales. En la actualidad los criterios interpretativos del precepto, según la jurisprudencia del TS, pueden resumirse del siguiente modo²:

El concepto de afectación general supone la existencia de una situación de conflicto generalizada, si bien para apreciarla no es necesario que se haya producido la incoación de muchos procesos judiciales, ni tampoco cabe equiparar la afectación general con todo supuesto de interpretación de una norma de carácter general, sino que lo relevante es averiguar si el conflicto planteado como consecuencia de la negativa o desconocimiento de derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

Por lo que respecta a los modos o sistemas que tienen que seguir los tribunales para apreciar la concurrencia de la afectación general en cada proceso concreto, la sentencia se refiere a tres modalidades diferentes: a) Que la afectación general sea notoria. Respecto de esta cuestión se dice en la sentencia, que el concepto de notoriedad no es el mismo que el contemplado en el artículo 281.4 de la LEC, en el que se señala que “no será necesario probar

² LLUCH CORELL, F.J. “El recurso de suplicación” en AA.VV. (Dir. A. Blasco) *El proceso Laboral*, T-II, Tirant lo Blanch, Valencia, 213, pp. 1719-1720.

los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”, sino que la idea de notoriedad de la LRJS es más flexible y matizada, bastando que por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, tal cuestión sea calificable como notoria para el tribunal. En definitiva, “basta la apreciación de la misma por el Juzgado o Tribunal encargado del enjuiciamiento; y dicha apreciación corresponde, en principio al Juez de lo Social, y también, al tratarse de materia de competencia funcional, a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en vía de suplicación, y a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina” (STS de 10 de febrero de 2004, rcud. 1107/2003).

c) Que la cuestión debatida “posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”. Aquí el vigor de la evidencia de la afectación múltiple es de menor intensidad. Por eso se exige que las partes no hayan puesto en duda la concurrencia de tal afectación múltiple. De modo que si en la *litis* consta la oposición de alguno de los intervinientes, no es posible acogerse a este sistema de la afectación múltiple.

d) Que la afectación general haya sido alegada y probada en juicio por alguna de las partes intervinientes.

2.3. La recurribilidad de la sentencia: cuestión de orden público

Una concreta cuestión parece necesario poner de relieve: la configuración legal del derecho al recurso es una cuestión de orden público. Ello implica que la cuestión del acceso a suplicación por razón de la cuantía, puede ser examinada de oficio por la Sala, aunque no concorra la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que el Tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación (SSTS de 9 de junio de 2014, rcud. 2866/2012 y de 17 de julio de 2014, rcud. 2298/2013, entre otras). Ello es así porque tal cuestión no afecta sólo a ese recurso, el de suplicación, sino que se proyecta sobre la competencia del propio Tribunal Supremo, siendo así que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera –a su vez– recurrible en suplicación, y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el previo control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación (entre otras, además las SSTS de 20 de enero de 1999, rcud. 4308/1998; de 26 de octubre de 2004, rcud 2513/2003; de 29 de junio de 2011, rcud. 3712/2010; de 20 de julio 2011, rcud. 4709/2010 y de 3 de octubre de 2011, rcud. 4223/2010).

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS

3.1. Los razonamientos de las sentencias

Los fundamentos de derecho de las sentencias analizadas aplican correctamente la normativa vigente en materia de acceso al recurso y la, a estas alturas, consolidada interpretación jurisprudencial sobre la materia. En este sentido no pueden calificarse de novedosas ni pueden ser señaladas como introductoras de giro jurisprudencial alguno. Su virtualidad consiste exclusivamente en reiterar lo evidente.

Sin embargo, llama la atención que tenga que ser el Tribunal Supremo el que tenga que reiterar la doctrina consolidada que no ha sido aplicada en instancias anteriores.

En la primera de las sentencias analizadas, el enfoque se centra en la cuantía necesaria para recurrir. Tanto el Juzgado como la Sala de Suplicación admiten los recursos sin cuestionamiento alguno cuando resulta obvio que la cuestión litigiosa, en términos cuantitativos no alcanza la cuantía de los tres mil euros y, por tanto, conlleva la irrecurribilidad de la sentencia. También resulta llamativo que la entidad pública, beneficiada por la sentencia de instancia, no alegase la impropiedad del recurso en suplicación. Tal alegación se produce, por vez primera en la impugnación de la casación. En condiciones normales, el Tribunal Supremo la hubiera tildado de cuestión nueva y, consecuentemente con el carácter casacional del recurso en cuestión, no la habría examinado. Sin embargo, como se avanzó, se trata de una cuestión de orden público que afecta a la propia competencia de la Sala por lo que su examen resultaba inevitable, como advierte la propia sentencia comentada en su primer fundamento de derecho.

La cuestión nuclear de la segunda de las sentencias que se examinan queda referida a la existencia o no de afectación general. Aquí nadie discute ni pone en cuestión que, en aplicación del requisito de la cuantía, no hubiera habido recurso alguno y la sentencia de instancia hubiese devenido firme desde el momento de su publicación. Sin embargo, tanto el Juzgado de instancia como la Sala de Suplicación conceden el correspondiente recurso –de suplicación y de casación para la unificación de la doctrina– sobre la base de la afectación general. ES por ello que el TS se ve en la obligación de traer a colación dos aspectos decisivos y relevantes de su trabajada doctrina sobre el requisito de la afectación general. Así, en primer lugar, con cita de precedentes anteriores (SSTS de 6 de octubre de 2003, rcud 4254/2002 y de 3 de febrero de 2010, rcud. 136/2009), recuerda que este supuesto excepcional de interposición del recurso de suplicación responde a un interés abstracto: la defensa del “*ius constitutionis*” y la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley (SSTC 79/1985, de 3 de julio y 108/1992, de 14 de septiembre). En segundo lugar, el TS recuerda que que la afectación general no puede confundirse con la posible proyección general de un litigio sobre la interpretación de una norma, sino que requiere que esa proyección se traduzca en un nivel de litigiosidad relevante y actual sobre el problema que se debate (SSTS de 7 de octubre de 2011, rcud. 3338/2009; de 2 de abril de 2012 rcud. 1750/2011 y de 9 de junio de 2014, rcud. 2866/2012), de forma que no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de la afectación general (así, SSTS de 1 de febrero de 2010, rcud. 587/2009 y de 11 de marzo de 2013, rcud 3771/2011).

3.2. La confirmación de lo resuelto en la instancia como solución final

En ambos supuestos, la solución que adopta el Tribunal Supremo es la misma: excluir la admisibilidad del recurso. Por ello, resulta del todo innecesario examinar si entre la sentencia recurrida y la propuesta de contraste concurre la sustancial identidad en hechos, fundamentos y pretensiones que requiere el art. 219.1 LRJS para que el recurso de casación unificadora sea viable. Desde otra perspectiva, tampoco la Sala ha de ajustarse a los concretos motivos articulados por la parte recurrente en cada caso, que no van a ser examinados y por tanto van a permanecer incontestados si que la doctrina puede ser unificada, caso de que hubiera existido la aludida contradicción, pues lo impide la propia esencia de la circunstancias concurrentes.

Nos encontramos ante unos supuestos en los que no se debió admitir el recurso de suplicación y tampoco el de casación para la unificación de la doctrina. Por ello, el Tribunal Supremo se limita a declarar de oficio la nulidad de la sentencia de suplicación recurrida en cada caso, lo que, en buena lógica conlleva declarar la derivada firmeza de cada una de las sentencias de instancia que devienen firmes por no ser susceptibles de recurso de suplicación.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Resistencia y determinación de la legislación aplicable

LaboForum

La Sentencia Demirci. Discriminación, Igualdad de trato, Discriminación Positiva. ¿Un camino de ida y vuelta?

The participation in the management of the spanish scheme of social security

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ
SUBDIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES, EDUCATIVOS,
CULTURALES Y DE SANIDAD Y CONSUMO
MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

Resumen

La lucha contra la discriminación ha sido y es una constante en el derecho en la Unión Europea. Ahora bien, el principio de igualdad, propulsado fundamentalmente por la Comisión Europea y por el Tribunal de Justicia no se centra solamente en los ciudadanos de la Unión sino que se extiende a los nacionales de terceros Estados residentes en el territorio de la Unión Europea. De hecho el dinamismo y vitalidad de este principio no parece que tenga horizontes totalmente definidos. Así, está emergiendo con fuerza el principio de discriminación positiva que posibilita, como por ejemplo en el asunto Demirci, que algunos nacionales de terceros Estados pueda ser Tratados de manera más favorables que los propios ciudadanos de la Unión. Y es que la idea de una Europa fortaleza comienza a se, y no precisamente por los refugiados.

Abstract

The fight against discrimination has been and is a constant in the European Union. The principle of equal treatment, specially promoted by the European Commission and the Court of Justice does not only focus on citizens of the Union but extends also its action field to third countries nationals legally residents on the territory of the European Union. In fact the dynamism and vitality of this principle does not seem to have fully defined limits. In fact it is emerging strongly the principle of positive discrimination, such as in the case Demirci. Based on this positive discrimination, some third-country nationals can be more favored treated than the citizens of the Union. For some people, the idea of a fortress Europe begins to crumble, and not only because the refugees.

Palabras clave

Mujer trabajadora, maternidad, lactancia materna, riesgos laborales

Keywords

Worker woman, maternity, breastfeedind, labour risks

Pedimos mano de obra, y vinieron seres humanos.

MAX FRISCH

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Año 2016, Alemania, lanza sus trinos amorosos hacia Turquía con el propósito decidido y manifiesto de conquistar el corazón de la antigua potencia otomana y convertirla en un aliado fiel que le ayude de salir de un colosal atolladero interno, autoprovocado en parte, por las declaraciones grandilocuentes de la canciller germana “*Bienvenidos refugiados*” y por la política de puertas abiertas, anunciada y posteriormente incumplida, del ejecutivo alemán. La Unión Europea mientras, mira de soslayo a sus principios

fundamentales, asiste complacida a las fiestas prenupciales y se congratula del intercambio de regalos, sin que quede claro quién debe pagar la dote.

La situación no es nueva. En efecto, ya antes, especialmente durante la guerra fría y, posiblemente, como arma arrojada contra el ogro soviético, la CEE, comandada en este ámbito por la República Federal de Alemania, inicia un largo romance interesado con Turquía (con el paréntesis de tres años por golpe de Estado de 1980) en el que ambas Partes permutan en un trueque nada sentimental, fidelidad y seguridad internacional por circulación de productos agrícolas, mercancías, servicios y trabajadores. A este respecto, debe recordarse la sed de mano de obra de las economías europeas occidentales durante las décadas de los 60 y de los 70 y los gigantescos flujos migratorios de ciudadanos turcos hacia los mercados alemanes y del Benelux.

Lamentablemente, en 1989 cae el muro de Berlín y el idilio queda suspendido. Así, la solicitud de adhesión formal de Turquía a la Comunidad Económica Europea que data de 1987, se mantiene congelada, con intensidades distintas, hasta nuestros días.

Sin embargo, los amores del pasado siempre dejan unos rescoldos que se mantienen a lo largo del tiempo. Permítanme por tanto realizar un ejercicio de retrospectiva.

En 1963, la Comunidad Económica Europea (6 Estados) firma un Acuerdo de Asociación con Turquía¹, cuyo objetivo, como señala Helene Garçon Estrada²: “*era preparar una posible adhesión*”.

En el artículo 12 de dicho Instrumento se establece “*Las Partes contratantes acuerdan basarse en los artículos 48 (libre circulación trabajadores), 49 (medidas para aplicar la libre circulación) y 50 (intercambio trabajadores jóvenes) del Tratado constitutivo de la Comunidad para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores*”.

Posteriormente se aprobó el Protocolo adicional a dicho Acuerdo³ cuyo artículo 39 establece: “*Antes de finalizar el primer año posterior a la entrada en vigor del presente Protocolo, el Consejo de Asociación adoptará disposiciones en materia de seguridad social en favor de los trabajadores de nacionalidad turca que se desplacen en el interior de la Comunidad y de su familia residente en la Comunidad... **Las pensiones y rentas de vejez, de fallecimiento y de invalidez, adquiridas en virtud de las disposiciones adoptadas en aplicación del apartado 2, deberán poder exportarse a Turquía**”.*

Por otra parte, el artículo 59 de dicho Protocolo Adicional dispone: «*En los ámbitos cubiertos por el presente Protocolo, Turquía no podrá beneficiarse de un trato más favorable que el que los Estados miembros se conceden entre sí en virtud del Tratado [CE].*»

¹ Firmado en Ankara el 12 de Septiembre de 1963. Decisión 64/732/CEE del Consejo de 23 de diciembre de 1963. DOCE 29/12/64

² Los nacionales de países terceros y Europa. Noticias de la Unión Europea. CISS nº157 Febrero 1998

³ Firmado en Bruselas el 23 de Noviembre de 1970. Aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) 2760/72 de 19 de Diciembre de 1972 (DOCE L 29 de 19 de Diciembre de 1972)

Con considerable retraso (recuérdese lo de “antes de finalizar el primer año posterior a la entrada en vigor del presente Protocolo (1972), el Consejo de Asociación adoptará disposiciones en materia de seguridad social en favor de los trabajadores de nacionalidad turca”) se aprueba la Decisión 3/80⁴ que tiene por objetivo coordinar los regímenes de seguridad social de los Estados miembros para que los trabajadores turcos que trabajen o hayan trabajado en uno o varios Estados miembros de la Comunidad, así como los miembros de las familias, disfruten de prestaciones en las ramas tradicionales de la seguridad social.

A tenor del artículo 2 de la referida Decisión n° 3/80 el ámbito subjetivo de este Instrumento se extiende a “*los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros **y que sean nacionales de Turquía**”.*

El artículo 3, apartado 1, de la Decisión n° 3/80, que reproduce el tenor del artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971⁵, establece: «*Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones de la presente Decisión, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en la presente Decisión*».

Asimismo, el artículo 4 de la Decisión fija el campo de aplicación material de este Instrumento que coincide exactamente con la redacción del ámbito objetivo del Reglamento 1408/71. En este sentido, conviene destacar, a los efectos de este comentario, el siguiente punto: “*La presente Decisión se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, **contributivos y no contributivos**”.*

Por otra parte, y con el fin de ofrecer una serie de pistas al lector abnegado e inquieto quien, como en las novelas policíacas, trata de adelantarse al desenlace final, debemos recordar el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión n° 3/80, titulado «Supresión de las cláusulas de residencia [...]», que dispone: «*A menos que la presente Decisión disponga otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación **por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de Turquía o de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora***».

Algunas observaciones adicionales que pueden servir como clave para facilitar la comprensión del supuesto a analizar:

- En la década de los 80 se desarrollaron en los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social lo que se denomina prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto. A este respecto, se entenderá como tales aquellas que: tienen por objeto proporcionar cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las

⁴ DO C 110 de 25.4.1983.

⁵ (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28)

ramas clásicas de seguridad social (enfermedad, maternidad, invalidez, jubilación etc.) y que sirven para garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia, teniendo en cuenta la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate.

- Además, la financiación tiene que proceder exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, no debiendo depender las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones de ninguna contribución del beneficiario. Finalmente, estas prestaciones deben figurar inscritas expresamente en un Anexo ad hoc, para lo que se precisa la aprobación por unanimidad o por mayoría cualificada (según se haya realizado la referida inscripción antes o después del 2010) por parte de los Estados Miembros.
- A este respecto, y a título meramente de ejemplo, las pensiones de jubilación no contributivas españolas están consideradas como “*prestaciones especiales en metálico no contributivas*” ya que están financiadas con el presupuesto del Estado, actúan como sustitución o como complemento de las pensiones de jubilación contributivas y garantizan unos ingresos mínimos. Además figuran en el Anexo correspondiente del Reglamento 1408/71 y en el del Reglamento 883/04. En cambio, el complemento a mínimos de las pensiones, aunque reúne todos los requisitos teóricamente exigidos para las prestaciones especiales en metálico no contributivas, al no estar inscrito en el correspondiente Anexo, no puede ser considerado como tal. Tampoco pueden, a título de ejemplo, quedar incluidas, en el ámbito de estos beneficios, las prestaciones familiares que, si bien en España son financiadas a través de los presupuestos generales del Estado, cubren fundamentalmente los riesgos básicos de la protección a la familia y no son por tanto sustitutivas o adicionales a otras prestaciones. Lo mismo puede decirse de las prestaciones de dependencia que, aun consideradas como no contributivas, protegen un riesgo de forma principal y no sustitutoria, adicional o complementaria. En cambio, teóricamente, las prestaciones complementarias de dependencia reconocidas al amparo de las normas autonómicas, podrían gozar de esta consideración si se incluyeran en el Anexo correspondiente.
- Como excepción al principio de exportabilidad (derogación de las cláusulas de residencia), las prestaciones especiales en metálico no contributivas no se abonan fuera del Estado competente. Para defender esta práctica, se ha alegado su finalidad asistencial de cobertura de necesidades básicas y su vinculación con el entorno social de un Estado concreto, que es el que las reconoce, teniendo en cuenta su situación específica. Además, al no estar financiadas por cotizaciones sino que su concesión se condiciona a la residencia (sistema Beveridge), puede entenderse, que no justificarse, que para su reconocimiento y percepción se apliquen cláusulas nacionales ¿nacionalistas? de residencia y que cuando un interesado traslade de residencia a otro Estado, corresponda al nuevo Estado el abono de las prestaciones contempladas en su ordenamiento jurídico, aplicando, si fuera necesario, la cláusula de totalización de períodos de residencia.
- Sin embargo, estas restricciones no siempre han existido. En efecto, el texto original del Reglamento 1408/71 no mencionaba este tipo de prestaciones ni, por tanto, procedía a su regulación. La única mención indirecta quedaba recogida en el artículo 4, campo de aplicación objetivo que comprendía “los regímenes de seguridad social generales y especiales, ***contributivos y no contributivos***”. Pues bien, (el artículo 10 del texto primigenio del Reglamento 1408/71 se establecía: “A

menos que el presente Reglamento disponga otra cosa las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado Miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora". (comparen, please, esta redacción con la del artículo 6 de la Decisión 3/80). Ergo, en principio, la norma comunitaria no impedía la exportación de estas prestaciones y así lo declaró el Tribunal de Justicia en una sentencia paradigmática que indirectamente dejaba sin efecto las normas restrictivas francesas que aplicaban cláusulas de residencia⁶ a estas prestaciones.

- Sin embargo, la reacción del Consejo fue inmediata e inició una gran contraofensiva legislativa, ejemplo de la agilidad que pueden dar muestra las Instituciones comunitarias cuando tienen un interés manifiesto en un tema o actúan al mandato de un Estado alfa (en ese momento Francia). Así, meses después del fallo jurisdiccional del TJUE, se aprobó el Reglamento (CEE) n° 1247/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992, por el que se modifica el Reglamento n° 1408/71⁷ y en el que se circunscribía la percepción de este tipo de prestaciones al territorio nacional del Estado competente. Por tanto, *sensu contrario*, hasta la entrada en vigor del Reglamento 1247/92, las prestaciones consideradas como prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto (mezcla de la seguridad social y la asistencia social) eran exportables⁸.

2. SUPUESTO DE HECHO

Los señores **M.S. Demirci, D. Cetin, A.I. Önder, R. Keskin, M. Tüle, A. Taskin**, eran trabajadores de nacionalidad turca que en su día formaron parte del mercado de trabajo holandés y que como consecuencia de sus lesiones y dolencias, fueron declarados, antes del año 2000, en situación de invalidez permanente, siéndoles reconocido una pensión de incapacidad de conformidad con la ley vigente “Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering” (WAO), régimen de protección de los trabajadores por cuenta ajena frente a la incapacidad laboral.

Los interesados, dado de que el importe de dicha pensión no alcanzaba el salario mínimo interprofesional holandés, solicitaron un complemento no contributivo al amparo de La Ley sobre prestaciones complementarias, Toeslagenwet, (TW), de 6 de noviembre de 1986 (equiparable parcialmente a nuestro complemento a mínimos), que percibieron durante el período que residieron en los Países Bajos. Los actores en el litigio principal regresaron a Turquía donde residía su familia. Con anterioridad habían obtenido la nacionalidad neerlandesa, conservando al mismo tiempo la turca. Siguieron percibiendo la prestación en virtud de la WAO y la prestación complementaria (TW), en virtud del artículo 39, apartado 4, del Protocolo Adicional mencionado en párrafos precedentes.

⁶ Asunto 307/89 Comisión contra Francia

⁷ (DO L 136)

⁸ Sobre este punto, ver La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas. Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Comares, 1997. ISBN 84-8151-460-8

En 1999, se introdujo un nuevo artículo 4a en la TW, en cuyo apartado 1 se establece que una persona que cumpla los requisitos para tener derecho a estas prestaciones, solamente tendrá derecho al complemento mientras resida en los Países Bajos. A este respecto, debe indicarse que la modificación de la TW tenía por objeto sustituir el principio de personalidad por el de territorialidad, limitando o eliminando el abono o percepción de las prestaciones abonadas a beneficiarios residentes en el extranjero. En este contexto, el legislador neerlandés invocó, en apoyo de dicha modificación, la no contributividad de esta prestación complementaria (TW) y su finalidad de *“garantizar el mínimo vital en los Países Bajos”*.

La mencionada modificación de la TW entró en vigor el 1 de enero de 2000. Sin embargo, se estableció un régimen transitorio de tres años de reducción progresiva de cuantías (total eliminación en el año 2003) para las personas que el día anterior a la entrada en vigor de la nueva normativa tuvieran derecho a las prestaciones establecidas por la TW y que no residieran en tal fecha en los Países Bajos ni en el territorio de la Unión Europea.

Con arreglo a la modificación de la TW, las autoridades holandesas suprimieron la exportación definitivamente a los trabajadores turcos el 1 de julio de 2003 Fin del proceso. ¿Seguro?

Por otra parte, y en el ámbito del derecho de la Unión, el último requisito para excluir la exportación de esta prestación al territorio de la UE se produjo con la aprobación, por unanimidad, del Reglamento nº 647/2005⁹ y con la inscripción, en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 (prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto) de las prestaciones complementarias holandesas(TW) que, desde entonces pasaron a ser inexplotables en el territorio de la UE, si bien, las autoridades holandesas introdujeron otro periodo transitorio de reducción progresiva suprimiéndose íntegramente la exportación en la UE con efectos a 1 de enero de 2010.

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

He dejado, para un momento más avanzado del artículo, una circunstancia esencial que ha condicionado el fallo jurisdiccional: Los solicitantes de la prestación habían adquirido la nacionalidad holandesa y disfrutaban de todos los derechos inherentes a la ciudadanía europea. Mantenían, por tanto, en paralelo, la nacionalidad turca y la holandesa. Este hecho resulta decisivo a la hora de comparar esta cuestión prejudicial con otras similares sobre las que en su día recayeron sentencias. En este sentido, y en un ejercicio de retrospectión, tenemos que referirnos al asunto C-485/07¹⁰, H. Akdas y otros. De antemano advierto que me voy a extender en este asunto porque es cuasi idéntico al asunto Dermici, siendo los hechos y fundamentos de derechos intercambiables.

Vayamos al relato factico. Los actores en el litigio principal eran nacionales turcos que ejercieron actividades asalariadas en los Países Bajos. Al haber sido declarados en situación de incapacidad permanente, solicitaron y obtuvieron, antes de 2000, el derecho a

⁹ Reglamento (ce) no 647/2005 del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de abril de 2005. Diario Oficial de la Unión Europea L117/1 de 4 de mayo de 2005. Sentencia del Tribunal de justicia de 26 de mayo de 2011

¹⁰ Sentencia del Tribunal de justicia de 26 de mayo de 2011

una prestación, abonada por el Estado neerlandés, con arreglo a la WAO. Dado que el importe de dicha prestación era inferior al salario mínimo, obtuvieron también, en virtud de la TW, en su redacción en vigor antes de 2000, el pago de la prestación complementaria para garantizarles unos ingresos cuyo nivel fuera el más próximo posible al del salario mínimo holandés. Posteriormente, los trabajadores turcos retornaron a Turquía para residir con sus familias, conservando el derecho a dichas prestaciones con arreglo al artículo 39, apartado 4, del Protocolo Adicional. Tras la modificación de la TW (en vigor el 1 de enero de 2000), las autoridades neerlandesas competentes decidieron la supresión progresiva de la prestación, a razón de un tercio por año desde el 1 de enero de 2001. Los ex trabajadores turcos en el litigio principal interpusieron recursos contra esta supresión escalonada.

El lector atento habrá podido comprobar que la exposición de hechos y el discurso jurídico en el Asunto Dermici es similar al caso Akdas, por lo que el Tribunal tendría que haber devuelto al remitente la cuestión prejudicial Dermici (posterior al caso Akdas) por haberse ya pronunciado sobre un caso parejo. Sin embargo no lo hizo y, con ello, nos estaba dando ya una primera pista sobre sus intenciones aunque no todavía sobre sus decisiones.

Vayamos a la sentencia Akdas y recordemos la Decisión 3/80 que tiene por objeto coordinar los regímenes de seguridad social de los Estados miembros con el fin de que los trabajadores turcos disfruten de prestaciones en las ramas tradicionales de la seguridad social. En este sentido, examinemos su artículo 6 *«A menos que la presente Decisión disponga otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de Turquía o de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora»*.

Varias cuestiones pueden ser planteadas al respecto ¿Tiene efecto directo esta disposición sobre la exportación de las prestaciones o requiere normas de desarrollo para su aplicación? ¿Puede considerarse el complemento TW de las prestaciones de invalidez en sí mismo una prestación de invalidez y, por tanto, quedar comprendido en el ámbito material de la Decisión 3/80 o bien se trata de una contingencia o prestación de distinta naturaleza?

Esta vez, el Tribunal, que muchas veces actúa como el oráculo de Delfos por la falta de claridad de sus pronunciamientos, no necesita interpretar y sus contestaciones son precisas y transparentes: Dejémosle hablar *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor, y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno. Los mismos criterios son aplicables cuando se trata de determinar si las disposiciones de una Decisión del Consejo de Asociación pueden tener un efecto directo (véase, en particular, la sentencia de 4 de mayo de 1999, Sürül, C-262/96, Rec. p. I-2685, apartado 60 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de su tenor, el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 consagra en términos claros, precisos e incondicionales la prohibición impuesta a los Estados miembros de reducir, modificar, suspender, suprimir o confiscar las prestaciones que enumera dicha disposición por el hecho de que el beneficiario resida en Turquía o en el*

territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora. De este modo, el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 reviste una naturaleza que le distingue claramente de la que caracteriza a las disposiciones técnicas de coordinación de las distintas legislaciones nacionales en materia de seguridad social, como las reglas que figuran en los artículos 12 y 13 de la misma Decisión, que fueron puestas en entredicho en el asunto que dio lugar a la sentencia de 10 de septiembre de 1996, Taflan-Met¹¹ y otros (C-277/94, Rec. p. I-4085), y respecto de las cuales el Tribunal de Justicia declaró que carecían de efecto directo en territorio de los Estados miembros mientras el Consejo no adoptara las medidas complementarias indispensables de ejecución. No contradice la interpretación precedente el hecho de que el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 precise que la prohibición de las cláusulas de residencia que establece producirá efectos «a menos que la presente Decisión disponga otra cosa». En efecto, basta con señalar a este respecto que esta Decisión no contiene ninguna excepción o restricción a la prohibición de las cláusulas de residencia recogida en dicha disposición. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo...”.

La segunda pregunta tampoco genera dudas ya que ninguna de las partes del procedimiento puso en su día en duda la naturaleza de prestación de invalidez del referido complemento. Así: *“una prestación de carácter social como la prestación complementaria, abonada con arreglo a un seguro social como el que instauro la WAO, debe asimilarse a una prestación de invalidez, en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra b), de la Decisión nº 3/80, y, por tanto, está incluida en el ámbito de aplicación material del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de esta misma Decisión”* (Tribunal dixit).

Pues bien, demos una nueva vuelta de tuerca y centrémonos en la territorialidad de unas prestaciones que dejaron exportarse fuera del territorio de la Unión Europea en el año 2000 y dentro del territorio de la UE a partir de 2005, si bien en ambos casos con aplicación de disposiciones transitorias. Inmediatamente surge la pregunta, y sobre todo la inquietud, de si a partir de 2005 es posible admitir la no exportación de la TW a los ciudadanos europeos en el espacio europeo y sin embargo podría aceptarse su exportabilidad para los nacionales de un tercer Estado fuera del territorio de la Unión. Una respuesta afirmativa daría como resultado una discriminación positiva de gran interés jurídico... Rugen la euroescéptica... ¡BREXIT, BREXIT, BREXIT!

Antes de avanzar con el razonamiento del TJUE me voy a permitir una incursión al pasado siempre en relación con la discriminación positiva. A este respecto y sin extenderme demasiado en este punto, quisiera recordar a los lectores la sentencia recaída en el asunto Mura¹² que debe considerarse como paradigmática en relación con la discriminación positiva, principio éste que reconoce un tratamiento más favorable a los trabajadores migrantes en un Estado que el correspondiente al que reciben los trabajadores sedentarios nacionales en el territorio de dicho Estado. Extranjeros por encima de los nacionales. ¡SACRILEGIO!

¹¹ En esta sentencia se analiza la totalización de períodos que requiere disposiciones concretas de aplicación.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 1979. Asunto 236/78.

Además, no me resisto citar el Asunto C-212/06¹³ que posibilita que un ciudadano belga residente en la Comunidad valona que hubiera trabajado en Flandes no adquiera derecho a las prestaciones de dependencia flamenca mientras que en la misma situación, un trabajador francés o español, sí accedería a dicho derecho.

De todas las maneras volvamos a la sentencia Akdas y a los argumentos del Tribunal “*No obstante, en circunstancias como las del litigio principal, una situación en la que antiguos trabajadores migrantes turcos que han regresado a Turquía continúan teniendo derecho, en virtud del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión n° 3/80, a una prestación social como la prestación complementaria, mientras que ésta se ha suprimido por lo que respecta a los nacionales de la Unión que no residen en territorio del Estado miembro que la ha concedido, **no puede considerarse incompatible con los requisitos del artículo 59 del Protocolo Adicional, según el cual los nacionales turcos no deben hallarse en una situación más ventajosa que la de los nacionales de la Unión** (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de febrero de 2009, Soysal y Savatli, C-228/06, Rec. p. I-1031, apartado 61). En efecto, por un lado, el artículo 39, apartado 4, del mismo Protocolo Adicional prevé expresamente la exportación a Turquía de determinadas prestaciones de seguridad social, incluidas las pensiones y rentas de invalidez adquiridas por trabajadores turcos con arreglo a la normativa de uno o varios Estados miembros. Además, **aplicar en el marco de la Decisión n° 3/80 el régimen actualmente en vigor con arreglo al Reglamento n° 1408/71 por lo que se refiere a las prestaciones especiales no contributivas, equivaldría a modificar dicha Decisión, siendo así que tal competencia está reservada únicamente al Consejo de Asociación, con arreglo a los artículos 8 y 22 del Acuerdo de Asociación**”.*

A mayor abundamiento, debe recordarse un extremo de capital importancia a los efectos de la voluntariedad/involuntariedad del retorno a Turquía de los trabajadores turcos. Así, de conformidad con la sentencia recaída en el Asunto Bozkurt¹⁴ el TJUE señala “*el apartado 2 del artículo 6 de la Decisión n° 1/80 **no confiere al nacional turco, que haya pertenecido al mercado legal de trabajo de un Estado miembro, el derecho a permanecer en el territorio de este Estado después de haber sido víctima de un accidente de trabajo que ha producido una incapacidad laboral permanente**”.* Ergo, el retorno a Turquía de los trabajadores no puede considerarse voluntario y, como consecuencia, “*el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión n° 3/80 debe interpretarse en el sentido que, **en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, se opone a una norma de un Estado miembro que, como el artículo 4a de la TW, suprime el derecho a una prestación como la prestación complementaria concedida con arreglo a la normativa nacional respecto de los antiguos trabajadores migrantes turcos, toda vez que han regresado a Turquía tras haber perdido su derecho de residencia en el Estado de acogida por haber sido declarados en situación de invalidez en él**”.*

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de abril de 2008. Gouvernemnt de la Communauté française y Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand.

¹⁴ Asunto C-303/08. Sentencia del tribunal de justicia de 22 de diciembre de 2010.

4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA DEMIRCI

Volvamos al análisis de la sentencia Demirci. Recordemos que los interesados no sólo tienen nacionalidad turca, sino también neerlandesa. Y es precisamente esta diferencia la que ha sido decisiva para que el Tribunal no rechazara a trámite la cuestión prejudicial Demirci por considerar que ya había procedido a pronunciarse al respecto en el asunto Akdas.

Por otra parte, debe significarse que la adquisición de la nacionalidad comporta todo los derechos y obligaciones de la ciudadanía de la Unión, en particular, en materia de derecho de residencia y de libre circulación. Además, procede recordar que, a diferencia de los trabajadores de los Estados miembros, los nacionales turcos no disfrutaban de la libertad de circulación. Pues bien los actores del litigio principal, con dos nacionalidades, turca y holandesa, serían tratados de manera más favorable¹⁵ que los trabajadores turcos ya que éstos, en caso de reconocimiento de una incapacidad permanente, invalidez, no tendrían derecho a residir en Holanda al no formar parte del mercado de trabajo de este país. Además, por otro lado, estas personas se verían igualmente favorecidas en relación con otros ciudadanos de la Unión, ya que tendrían derecho, como ciudadanos turcos, según la sentencia recaída en el Asunto Akdas, a las prestaciones objeto de este asunto prejudicial aunque residieran en Turquía.

Por consiguiente, como ciudadanos de la Unión no deberían poder en invocar las disposiciones de la Decisión nº 3/80 para enervar el requisito de residencia establecido por la normativa holandesa en relación con el complemento no contributivo TW. En efecto, los actores, como ciudadanos neerlandeses, continúan siendo titulares de un derecho de residencia en los Países Bajos, por lo que en caso de tener derecho al pago de esta prestación en Turquía, sobre la base de dicho artículo 6, apartado 1, recibirían un trato más favorable que el de los restantes ciudadanos de la Unión, situación discriminatoria ésta a la que, precisamente, el artículo 59 del Protocolo Adicional se opone. En consecuencia, según la Corte de Justicia *“se desprende que las disposiciones de la Decisión nº 3/80, examinadas también a la luz del artículo 59 del Protocolo Adicional, deben interpretarse en el sentido de que los nacionales de un Estado miembro que han formado parte, como trabajadores turcos, del mercado legal de trabajo de ese Estado no pueden, al haber adquirido la nacionalidad holandesa, invocar el artículo 6 de la Decisión nº 3/80 para oponerse a un requisito de residencia establecido por la normativa de dicho Estado para el pago de una prestación especial de carácter no contributivo, en el sentido del artículo 4, apartado 2 bis, del Reglamento nº 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento nº 647/2005”*.

Ahora bien, cualquier Convenio bilateral, y la Decisión 3/80 puede asemejarse a este tipo de Instrumento, contempla un campo subjetivo que incluye a los nacionales de los Estados signatarios. Luego, si se admite para los ciudadanos turcos la exportabilidad de determinadas prestaciones holandesas a Turquía, también se debería aceptar la exportación a dicho país para los nacionales holandeses. Sin embargo, a tenor del artículo 2 de la Decisión

¹⁵ La sentencia recaída en los Asuntos Kahveci e Inan (C-7/10 y C-9/10) no puede transponerse al presente caso ya que los demandantes en el litigio principal solicitaban que se aplicara lo dispuesto en la Decisión nº 1/80 en beneficio de los miembros de su familia de nacionalidad turca. Ahora bien, en el caso que examinamos, los actores en el litigio principal invocan lo dispuesto en la Decisión nº 3/80 a título personal y en beneficio propio.

nº 3/80 el ámbito subjetivo de este Instrumento solamente se extiende a “*los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de Turquía*”. ¿Discriminación positiva?

Por si no fuera suficiente lo señalado en el párrafo precedente, quisiera recordar el artículo 6 de la Decisión nº 3/80, que dispone: «*A menos que la presente Decisión disponga otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez..., no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de Turquía o de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora.* Es decir, la exportación de estas prestaciones no contributivas también puede operar cuando los ciudadanos turcos residan en territorio de la Unión mientras que se niega este derecho a los ciudadanos de la Unión. ¡Los euroescépticos sufren apoplejías varias... y algunos convencidos europeístas también!

Para terminar, debemos recordar la Decisión de 6 de diciembre de 2012¹⁶ relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía con respecto a la adopción de las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social. Este Instrumento tiene como objetivo derogar la Decisión 3/80. Pues bien, el artículo 1 de la Decisión de 2012 excluye expresamente de la exportabilidad las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto. Además el artículo 13 de la Decisión señala, “*Queda derogada la Decisión 3/80 a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Decisión.*”. Sin embargo, en un ejercicio de mala conciencia, el Consejo, en el artículo 12 de la nueva Decisión establece “*Los derechos de una persona a la que un Estado miembro suministre una pensión o una prestación especial en metálico no contributiva antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Decisión a causa del efecto directo del artículo 6, apartado 1, de la Decisión no 3/80 del Consejo de Asociación no se verán limitados ni afectados por la caducidad como consecuencia de la presente Decisión*”.

Esta Decisión, aprobada solamente hasta ahora por la Unión Europea, debe refrendarse por el Consejo de Asociación del que forma parte Turquía, por lo que puede resultar de sumo interés como va a presentar y justificar el Consejo de la Unión, especialmente ahora, esta “*reformatio in peius*”.

5. CONCLUSIONES

Algunos lectores pensarán que esta sentencia resulta muy interesante desde el punto de vista teórico doctrinal pero que el problema se circunscribe a Holanda por lo que en nada afecta a nuestro sistema de seguridad social. ¿Seguro? Hagamos un ejercicio de trasposición y sustituyamos Holanda por España. Me temo que el principio de no exportabilidad de nuestras prestaciones no contributivas puede tener una quiebra con la jurisprudencia del TJUE. ¿Discriminación positiva a favor de los trabajadores turcos? Juzguen Ustedes...

Richard Phillips Feynman, premio nobel de física, señaló, “*El que piensa que entiende la física cuántica, no entiende la física cuántica*”. Pues bien, parafraseando esta cita,

¹⁶ Decisión 2012/776 UE. DOUE L.340/19 de 13/12/2012.

podríamos decir *“El que afirma que comprende las normas de coordinación en materia de Seguridad Social no entiende las normas de coordinación”* Y es que, a veces con sentencias como la que analizamos, podemos concluir *“los designios del legislador son inescrutables... especialmente para el propio legislador”*.

LABORUM

2. Igualdad de trato

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de
Seguridad Social
Notas al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea (Gran Sala), de 14 de abril de 2015. Caso
Cachaldora Fernández

Dealing equality between men and women on the subject of
Social Security. STJUE On April 14, 2015, Cachaldora
Fernández

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ
*PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

Resumen

En esta Sentencia, el TJUE resuelve que es compatible con el Derecho de la UE, y no discriminatoria, la normativa española que establece que, en el Régimen General de Seguridad Social, las lagunas de cotización posteriores a un periodo en que se ha cotizado a tiempo parcial se integraran con la base mínima de cotización para mayores de 18 años, reducida en la proporción en que esté reducida la jornada de trabajo.

Abstract

In this judgment, the TJUE decides that is compatible with EU law, and non-discriminatory, the Spanish legislation which provides that, in the General Social Security Scheme, the unlisted periods after a period in which contributions have been paid part-time these are integrated with the minimum contribution for those over 18 old years, but reduced in proportion to the workday reduced.

Palabras clave

Seguridad Social, pensión de Incapacidad, base de la pensión, integración de lagunas, discriminación

Keywords

Social Security, disability pension, reference to the pension, unlisted periods, discrimination

1. INTRODUCCIÓN

Una vez más el objeto de este estudio es analizar la posible discriminación en la legislación española en materia de Seguridad Social de las trabajadoras, las cuales pueden sufrir una discriminación indirecta en la regulación de la integración de los períodos en los que no ha habido obligación de cotizar tras un contrato a tiempo parcial, lo cual afecta negativamente a más mujeres que a hombre, todo ello al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 14 de abril de 2015, que resolvió el procedimiento prejudicial planteado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social, más concretamente, sobre el sistema de integración de lagunas de cotización en los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo.

2. RELATO FACTICO

La Sra. Cachaldora Fernández, en fecha de 10 de abril de 2010, había cotizado a la Seguridad Social española un total de 9.603 días¹, de los cuales 1.041 días lo fueron a tiempo parcial, concretamente, entre el 1 de septiembre de 1998 y el 23 de enero de 2002, fecha en la que se extingue la prestación de desempleo, pasando a lucrar el subsidio de desempleo, por lo que no cuenta con nuevos periodos de cotización durante el período comprendido entre el 23 de enero de 2002 y el 30 de noviembre de 2005, para posteriormente cotizar al Régimen Especial para Empleados del Hogar² durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2005 y el 10 de abril de 2010 en que se suman 1592 días más.

En fecha de 7 de abril de 2010 la Sra. Cachaldora Fernández causa baja por Incapacidad Temporal a causa de una enfermedad común, solicitando el día 21 de ese mismo mes el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente. El 28 de abril de 2012 le fue reconocida la pensión de Incapacidad en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de una enfermedad común, tras el dictamen de propuesta emitido dos días antes por el Equipo de Valoraciones de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS en Ourense, por la que se le reconoció una pensión que ascendía al 55 % de la base reguladora mensual, cuya cuantía era de 347,03 euros.

Para el cálculo de la base reguladora de la pensión se tomó como período de referencia, tal como establecía el artículo 140.1 a) del TRLGSS/94³, los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante, a saber, el período comprendido entre el 1 de marzo de 2002 y el 28 de febrero de 2010 y, tomando en consideración para dicho cálculo, por lo que respecta al período durante los cuales no existió obligación de cotizar comprendido entre marzo de 2002 y noviembre 2005, las bases mínimas de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años (artículo 140.4 del TRLGSS/94, en su versión en esa fecha⁴), aunque la integración de estas lagunas se vieron reducidas atendiendo la regla establecida en la Disposición Adicional séptima del TRLGSS/94⁵ y en el artículo 7.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre⁶, que establecía que en el caso de las pensiones de

¹ Tanto en las conclusiones del Abogado General como en la STJUE se hace referencia sólo a 5.523 días cotizados, ya que no se hace mención del periodo en que la actora cotizó en el Régimen Especial para Empleados del Hogar, que a fecha de 10 de abril de 2010, era de 1.592 días a jornada completa.

² A partir del 1 de enero de 2012 el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar se integró en el Régimen General como un Sistema Especial. Disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE núm. 184, de 2 de agosto. Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades;

³ Actualmente, artículo 197.1 a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴ Tras la modificación del artículo 140.4 del TRLGSS/94 por la Ley 27/2011 el artículo, recogida actualmente en el artículo 197.4 del TRLGSS/2015 se establece que las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima.

⁵ Actualmente, artículo 248.2 del TRLGSS/2015.

⁶ En este reglamento que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, incluye en este cálculo reducido de las bases que se integran también las incapacidades permanentes causadas por accidente no laboral.

incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración se llevará a cabo con la base mínima de cotización correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar. Es decir, integrando el período que no hubo cotizaciones con las bases mínimas, pero reducida a la proporción de la jornada a tiempo parcial por la que se cotizaba en el momento anterior al período en el que no existía obligación de cotizar, es decir, en el caso que nos ocupa, una octava parte de la base mínima que corresponde a cada mes, puesto que la cotización en ese período anterior fue del 12,5% de una jornada a tiempo completo.

La Sra. Cachaldora Fernández formuló contra esta Resolución la preceptiva reclamación administrativa previa ante la Dirección Provincial del INSS en fecha de 18 de mayo de 2010 y denegada por silencio administrativo. El 12 de julio tuvo entrada en el Juzgado de lo Social Decano de Ourense demanda contra el INSS y la TGSSS para que se le reconociera el derecho a la integración del período que no hubo cotizaciones con las bases mínimas para trabajadores mayores de dieciocho años en su cuantía íntegra y, por tanto, sin ningún tipo de reducción.

Mediante sentencia de 13 de octubre de 2010, el Juzgado de lo Social nº 2 desestimó su demanda y confirmó la resolución administrativa del INSS basándose en la aplicación literal del artículo 7, apartado 2, del Real Decreto 1131/2002 y en la disposición adicional séptima de la LGSS/94 que establecía que el período de lagunas debía *“cubrirse con la base mínima de cotización, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha que cesó la obligación de cotizar”*⁷.

Contra esta sentencia la Sra. Cachaldora Fernández interpuso el 15 de noviembre de 2010, recurso de suplicación, elevando el Juzgado de lo Social nº 2 los autos principales al Tribunal Superior de Justicia de Galicia –A Coruña–, con entrada el 3 de diciembre de 2010, con el objeto de examinar si ha habido infracción de normas sustantivas, al amparo del artículo 191 c) de la LPL⁸, concretamente, por la no aplicación del primer párrafo del artículo 140.4 del TRLGSS/94, es decir, la pretendida integración de la base mínima íntegra.

Por Auto de 10 de septiembre de 2013, y previa audiencia de las partes litigantes y del Ministerio Fiscal⁹, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia A Coruña presentó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el que se planteaba que la no integración de la base mínima íntegra podía suponer una discriminación indirecta por razón de sexo.

⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, 659/2010, de 13 de octubre de 2010. Magistrado-Juez Dña. María Isabel Gómez Balado. Fundamento de derecho primero, y único.

⁸ La Regulación del artículo 191 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, se encuentra actualmente en el artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre. Ley reguladora de la jurisdicción social. BOE 11 octubre 2011, núm. 245, [pág. 106584].

⁹ El cual se mostró favorable a ello, citando al efecto la STJUE de 22 de diciembre de 2012. Caso Elbal Moreno. Véase en comentario a esta sentencia a: García Ninet, José Ignacio y Vicente Palacio, María Arántzazu. Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Núm. 102, 2013, págs. 241-270.

En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es contraria al artículo 4 de la Directiva [79/7] una norma interna, como es la disposición adicional 7ª, número 1, regla 3ª, letra b), de la [LGSS], que afecta mayoritariamente a un colectivo femenino y según la cual la cobertura de las lagunas de cotización existentes dentro del período de cálculo de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se realiza tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo anterior a la laguna de cotización, mientras que, si es a tiempo completo, no hay reducción?»

2) ¿Es contraria a la cláusula 5ª, apartado 1, letra a), del [Acuerdo marco] una norma interna, como es la disposición adicional 7ª, número 1, regla 3ª, letra b), de la [LGSS], que afecta mayoritariamente a un colectivo femenino y según la cual la cobertura de las lagunas de cotización existentes dentro del período de cálculo de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se realiza tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo anterior a la laguna de cotización, mientras que, si es a tiempo completo, no hay reducción?».

Mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2015 declara:

«1) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción.»

2) El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción.»

Finalmente, en Sentencia de 8 de mayo de 2015 el Tribunal Superior de Justicia de Galicia A Coruña resuelve que a la vista de la contestación del TJUE y de la adecuación de

las normas españolas al derecho comunitario, la única conclusión acorde era desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia de instancia, pues en ella se aplicaban esas citadas normas que había validado el TJUE.

3. ANÁLISIS DE LA «RATIO DECIDENDI» DE LA SENTENCIA

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social¹⁰, por un lado, y de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP¹¹.

Así, el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE establece que el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social ha de suponer la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, particularmente, en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir, el cálculo de las contribuciones y de las prestaciones, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Por su parte, la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial establece que, por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas, aunque, cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de «pro rata temporis».

En este mismo Acuerdo marco, la cláusula 5, apartado 1, letra a), establece que los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos. No obstante, en el preámbulo del presente Acuerdo también se reconoce que las decisiones relativas a los regímenes legales de Seguridad Social son competencia de los Estados miembros.

Respecto a la primera cuestión prejudicial, el TJUE reconoce que el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, que establece que el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social no se opone a la competencia de los Estados miembros para organizar sus

¹⁰ Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Diario Oficial n° L 006 de 10/01/1979. pp. 24-25.

¹¹ Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES - Anexo: Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. DO L 14, 20.1.1998, pp. 9-14.

sistemas de Seguridad Social¹², aunque en el ejercicio de dicha competencia los estados deben respetar el Derecho de la Unión¹³.

Por consiguiente, el Tribunal señala, contrariamente a la opinión del Abogado General¹⁴, que el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a la elección del legislador español de utilizar como base reguladora de la pensión de incapacidad permanente controvertida en el litigio principal un período de referencia limitado a ocho años y de aplicar un coeficiente reductor en aquellos casos en los que una laguna de cotización sea inmediatamente posterior a un período de trabajo a tiempo parcial¹⁵ y que ello no supone discriminación directamente basada en el sexo, dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras¹⁶, ni constituye una discriminación indirecta¹⁷, ya que no observa que perjudique principalmente a una categoría determinada de trabajadores, en concreto, a aquellos que trabajan a tiempo parcial, y, más concretamente, a las mujeres¹⁸.

En consecuencia, el TJUE en respuesta a la primera cuestión prejudicial resuelve que: *“el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción”*.

El TJUE llega a tal conclusión basándose, por un lado, en los datos que facilita el INSS que reflejan que en los años se vieron afectados, en valores absolutos, más trabajadores que trabajadoras¹⁹. Sin embargo, si observamos la siguiente tabla veremos que en valores relativos, es decir si lo ponemos en relación a la población activa de ambos sexos, se puede comprobar que son las mujeres las que mayoritariamente se vieron perjudicadas por esta forma de integrar las lagunas de cotización, concretamente entre un 5,2 y un 8,8 % más que los hombres.

¹² STJUE (Gran Sala), de 14 de abril de 2015. C-527/13. Fj. 25.

¹³ Véanse, en este sentido, las sentencias Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, apartado 92 y Somova, C-103/13, EU:C:2014:2334, apartados 33 a 35.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentadas el 9 de octubre de 2014. http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=158498&occ=first&dir=&cid=68187. Punto 5.

¹⁵ STJUE, op. cit., Fj. 26.

¹⁶ Ibídem, Fj. 27.

¹⁷ De la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véanse, en particular, las sentencias, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 56 y jurisprudencia citada, y Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 29).

¹⁸ STJUE, op. cit., Fj. 32 y 33.

¹⁹ Ibídem, Fj. 30, 32.

Tabla 1. Afectados por la integración de bases mínimas reducidas en el período 2010-2013

Año	Número de activos		Número de afectados		Nº afectados por cada 100.000		% en el que afecta más a mujeres que a hombres
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	
2010	12.959.400	10.405.200	5.935	5.066	45,8	48,7	5,9%
2011	12.858.400	10.575.700	5.568	4.830	43,3	45,7	5,2%
2012	12.739.600	10.704.200	5.566	5.129	43,7	47,9	8,8%
2013	12.521.400	10.668.800	5.657	5.237	45,2	49,1	8,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE y los facilitados por el INSS en el litigio.

Por tanto, según la reiterada doctrina del TJUE, para probar la existencia de discriminación indirecta entre mujeres y hombres, según la jurisprudencia consolidada²⁰, no basta con aportar como medio de prueba el concreto número de personas afectadas, sino que además debe relacionarse con el número de trabajadores en activo existentes en el país y con la proporción de trabajadores masculinos y femeninos²¹, en cuyo caso, como se puede comprobar, son las trabajadoras las que están mayoritariamente más expuestas a esta forma de cálculo tan perjudicial para sus expectativas de conseguir una pensión adecuada y suficiente.

Aunque como reconoce la doctrina judicial del TJUE²², es el órgano jurisdiccional remitente el que debe apreciar la existencia de una discriminación indirecta y examinar si los datos estadísticos²³ en los que ha de basarse son suficientes para resolver el litigio y son válidos.

Así, si recordamos la doctrina del Tribunal Constitucional²⁴, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que: *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo –declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias– no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de*

²⁰ Vid. Sentencia Seymour-Smith y Pérez (C 167/97, EU:C:1999:60, apartado 59).

²¹ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina. La jubilación de los trabajadores a tiempo parcial: vicisitudes de una ordenación en la línea roja de la protección social. Consideraciones críticas y propuestas de mejora. *Revista de Información Laboral*, núm.11/2015 parte Art. Doctrinal. LEX NOVA, Valladolid. 2015.

²² Véase la sentencia Seymour-Smith y Pérez (C 167/97, EU:C:1999:60, apartado 62 y la jurisprudencia citada).

²³ En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente basa su apreciación en los datos estadísticos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística. Según esos datos, el colectivo de trabajadores a tiempo parcial estaba compuesto por más de un 80 % de mujeres en el momento del hecho causante de que se trata en el litigio principal. Si bien en el año 2013 se reduce al 73 %. Estos datos indican que un porcentaje mucho mayor de trabajadoras que de trabajadores puede verse afectado por la aplicación de la normativa en cuestión.

²⁴ Sentencia del tribunal Constitucional (Pleno), núm. 22/1981 de 2 julio. Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 223/1980. Ponente: Doña Gloria Begué Cantón. (RTC 1981\22).

*dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*²⁵.

Además el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 2014²⁶ señala que, “*el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable*”²⁷.

Por tanto, como reconoce la jurisprudencia de este alto Tribunal²⁸, lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, y que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean desproporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

Parece que, según los datos presentados, estos constituyen un indicio fiable y significativo que permite fundamentar la conclusión de que un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores puede efectivamente verse perjudicado por la aplicación del mecanismo corrector en cuestión, lo que supone una situación excesivamente gravosa y que perjudica a un mayor número de mujeres que de hombres.

Sin embargo, respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, cabe decir que la doctrina del Tribunal Constitucional²⁹, en relación al art. 41 CE, convierte a la Seguridad Social en una función estatal para la protección de situaciones de necesidad, cuyas situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales, pudiendo el legislador adaptarlas a las necesidades del momento³⁰. Por ello, el Tribunal Constitucional reconoce que los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la

²⁵ *Ibídem*, Fj. 3º.

²⁶ Véase como comentario a esta doctrina a PANIZO ROBLES, José Antonio. La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015). *Aranzadi digital* núm.1/2015 parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 156/2014 de 25 septiembre. Cuestión de Inconstitucionalidad 3361/2012. Ponente: Don Luis Ignacio Ortega Álvarez. (RTC\2014\156). Fj 4º.

²⁸ SSTC 200/2001, de 4 de octubre (RTC\2001\200), FJ. 4º, y 88/2005, de 18 de abril (RTC\2005\88), FJ. 5º.

²⁹ Sintetizada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2003, de 30 de octubre (RTC\2003\197), FJ.3º.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1987, de 21 de mayo (RTC\1987\68). FJ. 17.

regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento de los derechos reconocibles al amparo de los principios constitucionales³¹.

En segundo lugar, el TJUE fundamenta la inexistencia de discriminación indirecta en la circunstancia, por otro lado lógica, que no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial³².

Pero lo que más llama la atención es que el Tribunal considere como fundamentación la posibilidad, tal y como señalaron el INSS, el Gobierno español y la Comisión Europea³³, que esta medida pueda también favorecer a algunos trabajadores a tiempo parcial que hubieran trabajado mayoritariamente a tiempo parcial y, que sin embargo, se les integren las lagunas de cotización sin reducción debido a que en el período anterior cotizaron a tiempo completo, aunque éste represente una pequeña parte de su vida laboral, precisamente al contrario de la actora que la mayor parte de su carrera de cotización es a tiempo completo.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, el TJUE señala que la pensión controvertida en el litigio principal es una pensión sujeta al régimen legal de Seguridad Social. En consecuencia, como señaló el Abogado General en los puntos 25 y 29 de sus conclusiones, no puede considerarse que dicha pensión sea una condición de empleo en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁴, se excluye de tal concepto, las pensiones legales de Seguridad Social³⁵, y, por consiguiente, no entra dentro de su ámbito de aplicación³⁶. Lo contrario supondría imponerles obligaciones en materia de política social general relativas a medidas que no entran dentro del ámbito de aplicación de dicho Acuerdo marco³⁷.

Además, el Tribunal fundamenta también su fallo en que la disposición nacional controvertida no afecta a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas inmediatamente después de un período de trabajo a tiempo parcial. Reiterando la ventaja que supone para los trabajadores que, a pesar de haber trabajado a tiempo parcial durante gran parte de su carrera profesional, trabajaban a tiempo completo inmediatamente antes de la laguna de cotización, por lo que esta

³¹ SSTC 65/1987, de 21 de mayo (RTC\1987\65), FJ. 17º y 149/2004, de 20 de septiembre (RTC\2004\149), FJ. 5º.

³² STJUE, op. cit., Fj. 30.

³³ Según señala el Abogado general (conclusión 51) la Comisión sostiene que, en muchos casos, la metodología establecida por la disposición controvertida puede resultar muy favorable para los trabajadores a tiempo parcial cuando el último contrato que precede a un período de inactividad profesional es un contrato a tiempo completo. La propia Comisión señala que los períodos de inactividad profesional se asimilan al período inmediatamente anterior como si en ellos se hubiesen realizado prestaciones equivalentes.

³⁴ Sentencia Elbal Moreno C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 21 y Sentencia Bruno C 395/08 y C 396/08, EU:C:2010:329.

³⁵ Así lo reconoce el Abogado general en sus conclusiones (32) cuando señala que los Estados de la UE han querido excluir del ámbito de aplicación del Acuerdo marco cuestiones como la controvertida en el caso de autos relativa al cálculo de la cuantía a la que se tiene derecho en concepto de pensión de incapacidad permanente.

³⁶ STJUE, op. cit., Fj. 37.

³⁷ *Ibidem*, Fj. 39.

aleatoriedad no puede considerarse un obstáculo jurídico que limite las posibilidades de trabajar a tiempo parcial³⁸.

Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo³⁹, en una situación similar, reconocía que se produce una anomalía, pues si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentiva desde el momento en que a efectos de las pensiones de la Seguridad Social la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial.

En todo caso, como señala el Tribunal Constitucional⁴⁰ no resulta contrario al art. 14 CE que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo, en la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor, por lo que es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas.

Por tanto, el principio de contributividad que informa el sistema de Seguridad Social implica que debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores, lo que justifica⁴¹ que el legislador establezca que la base reguladora de las prestaciones se calcule en función de lo efectivamente cotizado.

4. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

No es discutido que los Estados de la Unión Europea son los competentes en la regulación de las prestaciones de Seguridad Social y, por tanto, para establecer la integración de los períodos durante los cuales no se ha cotizado al régimen de Seguridad Social fundándose en bases de cotización reducidas, por haber ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de dichas cotizaciones; por tanto, la integración reducida depende de la naturaleza del último contrato que precede a la interrupción de las cotizaciones.

Sin embargo, los Estados, en el ejercicio de esta competencia, deben garantizar la supresión de las discriminaciones contra las trabajadoras y contra los trabajadores a tiempo parcial, como así reconoce el órgano jurisdiccional remitente que sostiene que la normativa discutida conduce a establecer una diferencia injustificada en la cuantía de la pensión a la que se tiene derecho, entre el colectivo de trabajadores a tiempo parcial, que, según el órgano jurisdiccional remitente, está compuesto mayoritariamente por mujeres, y el de trabajadores a tiempo completo.

³⁸ *Ibidem*, Fj. 40.

³⁹ Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2012. En Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1480/2011, el Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en orden a determinar si el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la DA 7 de la Ley General de Seguridad Social es inconstitucional.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253), FJ 6.

⁴¹ *Ibidem*, FJ 8.

En todo caso, la disposición controvertida se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, de modo que no establece discriminaciones directamente basadas en el sexo. Sin embargo, parece que introduce una discriminación indirecta contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 ya que, a la luz de los datos estadísticos que caracterizan la situación de la mano de obra en España, perjudica de hecho a un porcentaje mayor de mujeres que de hombres, lo cual debería ser justificación suficiente para que el órgano judicial remitente estimara que se da una situación de discriminación indirecta por razón de género, pero contrariamente la reciente doctrina del Tribunal Constitucional no aprecia tal discriminación en la forma de integrar las lagunas de cotización posteriores a periodos de cotización a tiempo parcial.

Por otro lado, sí se puede cuestionar si se cumple con el principio de contributividad cuando, como en el presente asunto, la interesada ve reducida la base mínima a pesar de que ejerció una actividad a tiempo completo durante una gran parte de su carrera profesional y cotizó consecuentemente al régimen de Seguridad Social.

Como reconoce el abogado General en sus conclusiones (núm. 55) el método de cálculo establecido en la disposición adicional séptima, apartado 1, tercera regla, letra b), de la LGSS/94 da lugar a una desventaja para los trabajadores que han ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a una interrupción del abono de sus cotizaciones al régimen de Seguridad Social.

La integración de lagunas de cotización de forma proporcional a la jornada a tiempo parcial realizada obedece a un principio de lógica y equilibrio de la acción protectora de la Seguridad Social, que determina que la protección de dicho sistema nunca puede exceder de la previa contribución al mismo, con respeto a los principios de contributividad y proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado, es conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, aunque este mismo criterio de proporcionalidad obligaría a calcular la reducción de la base mínima con el que se integran las lagunas de cotización computando la totalidad de las cotizaciones abonadas por dicho trabajador durante su carrera profesional y no sólo la jornada trabajada en el contrato inmediatamente anterior a la laguna de cotización, lo que puede dar lugar a resultados totalmente desproporcionados cuando el contrato a tiempo parcial representa una pequeña parte de la totalidad de la carrera profesional del trabajador afectado.

En todo caso, si bien los textos legales regulan el contrato de trabajo a tiempo parcial y la acción protectora de quienes desempeñan su actividad bajo esa modalidad contractual, de acuerdo con los principios de igualdad de trato y no discriminación respecto de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad y de contributividad propio del sistema de Seguridad Social, algunos Tribunales⁴² han entendido que no podía aplicarse una regla como la discutida cuando el periodo de trabajo a tiempo parcial ha sido irrelevante en relación al período trabajado a

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2849/2004 de 14 abril (AS\2004\1881). Recurso de Suplicación 2272/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá; Criterio que fue ratificado en Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) de 18 octubre 2011 (RJ 2012\1221). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4444/2010. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel; y recogido en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 3993/2013 de 5 junio. (JUR 2013\262029). Recurso de Suplicación núm. 5835/2012. Ponente: Illmo. Sr. D Sebastián Moralo Gallego.

tiempo completo⁴³ y, por tanto, que según el principio «Summum ius summa iniuria», no debe darse situaciones injustas en que pueda ser más beneficioso un período de inactividad que uno de cotización a tiempo parcial o más beneficioso haber cotizado casi toda la carrera a tiempo parcial pero con un corto período cotizado a tiempo completo inmediatamente anterior al período sin obligación de cotizar que haber cotizado casi toda la vida laboral a tiempo parcial y contar con un pequeño período de cotización a tiempo parcial que produzca la integración de la base mínima en proporción a este tiempo de trabajo en jornada reducida.

Además, como señala el Auto del Tribunal Supremo⁴⁴, la forma de integrar las lagunas de cotización posteriores a períodos de cotización a tiempo parcial, discutida en este caso, podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuera una opción voluntaria y libremente elegida por los trabajadores, pero si no lo es, el trabajador resulta perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, que en el futuro puede suponer la reducción en la base de cotización con que se integre los períodos sin obligación de cotizar, lo cual no sucedería si permanece inactivo.

5. CONCLUSIONES

Toda lógica y cualquier principio de justicia social llevarían a pensar que es del todo injusta y desproporcionada la forma de integrar los períodos en los que no ha habido obligación de cotizar posteriores a cotizaciones a tiempo parcial, pero también hay que decir que igualmente injusto lo es que en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, como en el numeroso Régimen de Trabajadores Autónomos no exista ningún tipo de integración de las lagunas de cotización.

Pero lo que es del todo inadmisibles es que la regulación legal cause situaciones de discriminación directa o indirecta como es la situación la cual ha sido enjuiciada, en que una insuficiente presentación o alegación y defensa de los datos estadísticos ha llevado a entender al TJUE que las consecuencias negativas de la regulación discutida no perjudicaba a un mayor número de mujeres que de hombres. Bastaría que la judicatura y los tribunales superiores se dieran cuenta de cual es la muy dura realidad social y económica –en donde las mujeres de escasa formación no trabajan a tiempo parcial porque así lo deseen, sino porque no hay más cera que la que arde en Ourense, en Lugo y en otros rincones de España– en donde se trata de aplicar una norma tan regresiva como la que estamos considerando, para que también se hubieran acordado de lo que previene el art. 3 de nuestro Código Civil, e incluso de la tan olvidada equidad, pues lo único que nos dice el art. 3.2 del citado Código Civil es que las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita. Aquí, junto a múltiples consideraciones también podrían haberse acordado de la equidad, pues lo que ha ocurrido es que “les dura lex, sed lex”; o sea legislación pura y dura sin tener en cuenta el tiempo, el lugar ni las circunstancias en que se aplica tan dura normativa para los obreros más indefensos.

⁴³ Aunque Fernández Domínguez, Juan José señala que esa integración de las lagunas como si el último contrato fuera a tiempo completo cuando en realidad éste fue a tiempo parcial, aunque por un período ínfimo, no deja de ser una interpretación excepcional y, aun su finalidad humanitaria, no puede ser compartida una interpretación que considere ese periodo cotizado a tiempo parcial, por corto que sea, como si fuera una laguna de cotización. Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC\2014\151). *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Núm 2, Laborum: 2015. P. 119.

⁴⁴ Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2012.

Laborem

3. Maternidad

Igualdad de género y maternidad: El período mínimo de cotización como arma de doble filo
Comentario a la STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-65/14. Caso Rosselle

Gender equality and maternity leave: The as qualifying period double-edged sword
Commentary to STJUE of 21 may 2015, case C-65/14, Rosselle

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

En la decisión de petición prejudicial que tiene lugar en la sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015 (Asunto C-65/14. Caso Charlotte Rosselle contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) y Union nationale) el Alto Tribunal Europeo analiza, al hilo de las diferentes directivas comunitarias por las que se establecen medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia, si la señora Charlotte Rosselle tiene o no derecho al acceso a una prestación por maternidad. El conflicto abierto entre el respecto al principio de igualdad de género y el acceso a las prestaciones sociales mantiene, actualmente, en vilo a la sociedad ante el lamentablemente establecimiento de unas políticas sociales que buscan incansablemente salvaguardar las arcas públicas antes que en garantizar los derechos constitucionales.

Abstract

In a preliminary decision request that takes place in the ECJ ruling of May 21, 2015 (Matter C-65/14. Case Charlotte Rosselle contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) y Union nationale) the European High Court examines, in line with the various Community directives laying down measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant women who have recently given birth or breastfeeding, if Mrs. Charlotte Rosselle has a right to access to maternity allowance. The open conflict between respect the principle of gender equality and access to social benefits keeps currently on tenterhooks society to the unfortunately establishment of social policies that seek untiringly to safeguard the public coffers before guaranteeing constitutional rights.

Palabras clave

igualdad, género, maternidad, prestaciones, cotización y Seguridad Social

Keywords

equality, gender, maternity benefits and Social Security contributions

“El equilibrio es así efímero. Debes disfrutarlo al máximo cuando lo encuentres porque volverás a caer en el desequilibrio en cualquier momento”¹

¹ DE MIGUEL TARONCHER, S: *El equilibrista*, Sevilla, editorial el Círculo Rojo, 2011.

1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y PROBLEMÁTICA PLANTEADA

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación 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 (10ª Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y 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.

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Rosselle y el Instituto Nacional del Seguro de Enfermedad y de Invalidez (INAMI) y la Unión Nacional de Mutuas Autónomas (UNM) relativo a la denegación de una prestación de maternidad por no haber cubierto el período mínimo de cotización exigido por el Derecho nacional belga. En concreto, la UNM desestimó dicha solicitud debido a que la Sra. Rosselle había comenzado a trabajar por cuenta ajena (y no como funcionaria) el de septiembre de 2009. Así pues, en la fecha en que comenzó su permiso de maternidad no había cubierto el período mínimo de cotización exigible por la legislación nacional.

De conformidad con el Derecho belga, una trabajadora tiene derecho a una prestación de maternidad si, durante los 6 meses anteriores a la baja por maternidad, ha totalizado al menos 120 días de trabajo (A este respecto, véase el artículo 128 de la Ley relativa al seguro obligatorio de asistencia sanitaria y de prestaciones sociales, armonizada el 14 de julio de 1994). Además, cabe señalar que en la decisión se señalaba en esencia que la legislación belga no exime de tal requisito a los empleados públicos dimisionarios o separados del servicio, pero no a los empleados públicos en excedencia por interés particular.

La Sra. Rosselle, que trabajó en Flandes, solicitó dicha prestación. Si bien había trabajado durante varios años (desde septiembre de 2003 hasta septiembre de 2008, fecha en la que fue nombrada funcionaria por la Comunidad Flamenca), su solicitud fue denegada porque había cambiado su estatuto laboral (pasa a trabajar por cuenta ajena) y no había cubierto el período mínimo de cotización exigido desde el comienzo de su nuevo empleo. Cabe aclarar, que en la Comunidad francesa de Bélgica algunas escuelas de primaria y secundaria organizan una enseñanza de inmersión lingüística según la cual diversas asignaturas se imparten en otro idioma, destacadamente el neerlandés, y para ello la contratación de hablantes nativos resulta necesaria. Una profesora, nombrada con carácter fijo en una institución de la Comunidad flamenca y que, como tal, no entra dentro de la cobertura de maternidad de la normativa sobre seguros sociales, porque ese riesgo ya está cubierto por la autoridad que la emplea a través de permisos remunerados como si estuviera en activo, obtiene una excedencia por motivos personales como única forma posible para prestar servicios en una escuela francesa con inmersión lingüística, la cual la contrata, como a cualquier otro trabajador o trabajadora, en calidad de temporal sometida al régimen de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena. Cinco meses más tarde, ella da a luz; su mutualidad le negó las prestaciones por maternidad porque no cumplía con el período de

carencia exigido (cotización durante al menos 120 días de trabajo en los 6 meses inmediatamente anteriores a la solicitud)².

Asistido por el Instituto para la igualdad de mujeres y hombres (el organismo de igualdad a que obliga el artículo 20 de la Directiva 2006/ 54/CE), la profesora demanda ante el Tribunal de Trabajo de Nivelles a su mutualidad y al Instituto Nacional de Salud y Seguro de Incapacidad (el primero, organismo pagador, ejecuta las instrucciones del segundo, que gestiona el seguro); el Tribunal cuestiona ante el Tribunal de Justicia la compatibilidad de las disposiciones en cuestión con las Directivas 92/85/CEE (sobre la protección de la maternidad) y 2006/54/CE. Para más exactitud, el Tribunal de lo Social de Nivelles, «órgano jurisdiccional remitente» (Bélgica) solicita orientación al Tribunal de Justicia sobre cómo interpretar el párrafo segundo del artículo 11, punto 4, de la Directiva de maternidad, que establece que los Estados miembros no podrán exigir a tal fin, en ningún caso, períodos de trabajo previo superiores a 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto. Y, de igual modo, el órgano jurisdiccional remitente también pregunta si denegar a la Sra. Rosselle la concesión de un permiso de maternidad entraña una discriminación por razón de sexo y, por tanto, vulnera la Directiva de igualdad de trato.

Así pues, la presente remisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia una oportunidad para aclarar más a fondo cómo la protección concedida a la trabajadora embarazada (o a la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia) se vincula a la protección de que disfrutaban las trabajadoras frente a la discriminación por razón de sexo en asuntos de empleo y ocupación.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La preocupación por alcanzar una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, entendido en sentido amplio, no es una materia nueva para la Unión Europea (UE). Se crea en este punto una ruptura con el prisma tradicional en donde el hombre ha sido, desde siempre, concebido como aquel que ejecuta de forma continua, ininterrumpida y a tiempo completo la prestación profesional. Y es que, en un sentido ambiguo, el hombre ha sido visto como el cabeza de familia y, por tanto, el acreedor principal de las prestaciones sociales³. Sin embargo, paulatinamente, la mujer se ha ido incorporando al ámbito laboral, lo que ha conllevado importantes cambios en los sistemas nacionales y comunitarios. Desgraciadamente y pese a estos avances, la idea de garantizar una igualdad efectiva no se ha logrado todavía plenamente, de ahí que subsistan diferencias entre los distintos Estados que conforman el colectivo europeo.

Los sistemas sociales de protección frente a las situaciones de necesidad caminan muy lentamente hacia la senda del progreso es por ello que, ya desde el ámbito comunitario, se esté instancia hacia la armonización a través del principio de no discriminación que se consagra a través de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa

² Ver VV.AA: "Sentencia TJUE de 21 de mayo de 2015, Roselle, C-65/14", Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, número 37, julio-diciembre de 2015, páginas 20 y siguientes.

³ GUERREO PADRÓN, T: "Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social", *Temas Laborales*, nº68, 2003, página 63.

a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. En este sentido, el artículo 4.1 de este texto consagra: “*El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: 1) el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; 2) la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones y 3) el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones*”. La noción principal de esta Directiva se concibe con claridad y es el principio de igualdad de trato que supone la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, sin que, en ningún momento, se oponga a las disposiciones protectoras de la mujer a causa de la maternidad.

2.1. Protección por maternidad *versus* igualdad por razón de género

La maternidad ha constituido desde antiguo una causa de discriminación por razón de sexo hacia la mujer, la cual ha focalizado todos sus efectos negativos hacia el ámbito del empleo, acceso y mantenimiento de una profesión. Es por ello que todas las políticas que se han creado desde la UE hayan ido enfocadas hacia la protección de la mujer en un sentido de progreso hacia la corresponsabilidad y la protección frente al estado biológico que origina la maternidad⁴. Evidentemente, se pone de manifiesto en todo este panorama esa necesidad de que ambos sujetos (mujer y hombre) se impliquen en las labores domésticas a fin de que éstas puedan efectivamente compatibilizar el trabajo con la vida profesional sin que ello suponga ningún tipo de perjuicio⁵.

⁴ En el ámbito internacional la protección de la mujer embarazada data del año 1919, fecha en la que se aprobó el Convenio número 3 de la OIT “sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto”, el cual fue revisado a través del Convenio número 103, de 28 de junio de 1952. Anteriormente, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconocía la maternidad y la infancia como un derecho de cuidados y asistencias especiales. Aparte, cabe citar otros textos legislativos en esta materia: 1) la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (Revisada en 1996), en concordancia con el Convenio de la OIT número 103, por el cual se establecía el descanso de la mujer trabajadora durante 12 meses; 2) la Recomendación número 123 de 1965 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares; 3) la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989; 4) la Convención de las Naciones Unidas de 1979, 5) el artículo 119 del Tratado de Roma, reformado por la disposición 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; 6) el capítulo II y III de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, finalmente, 7) el nuevo sistema de los tratados surgidos del Tratado de Lisboa, a saber: Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea... etc. Ver VV.AA., MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012 y VV.AA., MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

⁵ “A nivel comunitario, en un somero repaso a cómo cada Estado miembro regula los citados permisos de maternidad, se observan situaciones diferenciadas entre unos países y otros. En algunos países, sobre todo del norte de Europa, ha estado presente en el debate político la necesidad de que las reformas tuvieran en cuenta la premisa de que, para resolver el conflicto entre el trabajo «productivo» -remunerado- y el trabajo «reproductivo» -no remunerado-, resulta obligado incluir el reconocimiento del rol paterno en la política de atención y cuidado a la infancia, como derecho individualizado, en la medida en que constituye una de las asignaturas pendientes para la mayoría de los Estados miembros, la de conseguir que los hombres hagan un (...)”

Es lo cierto que, ante todo, el centro de atención de la acción pública tiene que ser la tutela del interés de la mujer trabajadora (tanto en lo que respecta a la salud, como a su protección laboral y de Seguridad Social), pero sin olvidar que tras esa protección concurren también intereses de carácter social en una “sociedad del envejecimiento”. Lo que, ya de por sí, es índice de las nuevas estructuras familiares y formas de maternidad, pues el concepto de familia es históricamente cambiante, es decir, una construcción social que va más allá del elemento primario de carácter biológico. De ahí que la realidad actual –en su experiencia jurídicosocial– muestre profundos cambios en los modelos de familia y en los modelos de regulación jurídica de esta “institución social”.

La respuesta del ordenamiento jurídico a esos cambios frecuentemente ha sido tardía y por ello se ha creado una imagen artificial de una supuesta estabilidad del modelo de regulación cuando, lo cierto, es que los cambios se han venido produciendo –por exigencias de adaptación y de política del Derecho– sea por vía normativa o por vía de doctrina judicial (a impulso también de la doctrina científica). Cabría pues precisar que –como se verá después– el Derecho Social en su conjunto se ha venido *renovando, mejorando su tutela y adaptándose* a los nuevos modelos de familia y a las nuevas sensibilidades socio-culturales relativas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar...). Y esa adaptación ha venido operándose tanto respecto a la protección laboral, como en la tutela dispensada por el sistema de Seguridad Social y más ampliamente de protección social pública.

Tales respuestas se habían venido estructurando alrededor de un conjunto de pautas tradicionales típicas que conforman un haz de derechos (los “derechos de maternidad”) que, al tiempo, han tenido que ser trascendidas, superando así, en gran medida, el problema que tiene que ver con la unilateralidad (y en no poco de paternalismo). En efecto, visto desde un enfoque tradicional, la maternidad ha sido entendida como un estado biológico diferenciador, que incidía en la salud de la mujer trabajadora y que exigía una tutela protectora tanto en la vertiente contractual (suspensión del contrato de trabajo o de la relación de servicios profesionales), como en la esfera de la Seguridad Social. Y es que, por lamentable que pueda ser, la maternidad ha sido durante largo tiempo equiparada a la enfermedad (formando así parte inescindible de la prestación por incapacidad temporal). Lo cual conducía, de inmediato, a un acotamiento subjetivo que limitaba la protección socio-laboral de la mujer trabajadora atendiendo a esa vertiente fisiológica natural. Por otra parte, la protección concedida a la mujer quedaba impregnada por una determinada manera de entender el rol social de ésta como la persona que tenía atribuida la función subalterna y la responsabilidad del cuidado de los hijos y, en general, del hogar familiar. Aquí el Derecho Social asumía una función de reproducción jurídica e institucional de la realidad socio-cultural dominante en

mayor uso de las licencias y permisos por razones familiares. Se han iniciado tímidos avances que han abierto el debate sobre la conveniencia de considerarlos derechos intransferibles, porque algunos ordenamientos han obviado el problema de que los permisos conjuntos son en la práctica disfrutados por las mujeres casi en exclusividad”. Ver PÉREZ CAMPOS, A.I: “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVII, 2014, páginas: 166 y ss.

una sociedad patriarcal. Es así que la maternidad se ligaba, necesariamente, al cuidado de la familia atribuido en exclusiva o predominantemente a la mujer⁶.

Partiendo de esta concepción cultural (o de “cultura jurídica”, en el sentido que expresa Giovanni Tarello⁷) la protección de la maternidad ha venido centrándose, tradicionalmente, en la mujer trabajadora. Y todo ello, a fin de ampararla desde la perspectiva sanitaria, al tiempo que se le facilitaba la asunción efectiva de las responsabilidades familiares incrementadas por la natalidad como pretendida consecuencia natural de la maternidad. De este modo, se justificaría que las suspensiones o los permisos ligados al cuidado de los hijos quedaran inexplicablemente unidos a la maternidad. Por lo que sólo quedaba ya dar un paso para que, de manera efectiva, se les reconocieran a las mujeres trabajadoras la titularidad dominante sobre estos derechos vinculados a la maternidad. En realidad, todo este enfoque dependía del modelo de sociedad que deben perseguir las políticas públicas en un sistema democrático, el cual estaba, en no poco, sobredeterminado por la división sexual del trabajo social, en el sentido durkheimiano de la expresión⁸.

Junto a las innegables dimensiones físicas que presentan las mujeres se han sumado factores tales como el sociológico y cultural, los cuales se encuentran sometidos a las constantes transformaciones sociales, determinado así una degradación no sólo del trabajo de la mujer, sino también de su papel en la sociedad (su posición subalterna en la estructura social) y, muy en particular, de la concepción de la maternidad en cuanto condición que permite la estigmatización de la mujer y la justificación de auténticos tratos discriminatorios del trabajo que presta ésta, en cuando no de la misma atribución subjetivamente selectiva de derechos prestacionales en materia de Seguridad Social. Esta justificación –facilitada por una reconocible aceptabilidad social muy generalizada– se producía (y en parte lo sigue estando) tanto en la perspectiva legislativa, como en la de aplicación e interpretación judicial (la realización judicial del Derecho, esto es, el Derecho vivo judicial). Y es que, como ya verá más adelante, la superación de estos planteamientos operará, precisamente, a través de ese doble cauce jurídico e institucional. No obstante, cabe advertir que lo cierto es que hasta fechas relativamente recientes ha dominado el punto de vista tradicional, lo cual ha contribuido a “*cronificar*” y “*petrificar*” el papel y la función social de la mujer en la división social del trabajo por razón de género.

No deben ignorarse los “marcos” de referencia de las políticas del Derecho relativas a la protección social de la maternidad. Así pues, a través de las distintas Directivas Comunitarias se ha tratado de conseguir una adecuada armonización en materia de igualdad de género, que hace lamentar su ausencia plena en el ámbito de la prestación por maternidad.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 43, 2016, pendiente de publicación.

⁷ Véase TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002, páginas: 166 y ss.

⁸ DURKHEIM, E.: *Lecciones de sociología. Física de las Costumbres y del Derecho*, trad. Estela Cató, revisión, edición y estudio preliminar, “Cuestión social y reforma moral: las corporaciones profesionales”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2006.

Siendo, de hecho, ésta una materia de referencia en el Programa Estratégico de igualdad de oportunidades (2014-2016)⁹.

Dentro del acervo de Directivas aprobadas en materia de maternidad subsiste un bien jurídico común a proteger, que no es otro que el de la “salud de la madre y del hijo” al tiempo que se pretende conseguir la protección frente a las situaciones de necesidad provenientes del hecho biológico de la maternidad, promoviendo así la igualdad efectiva entre hombres y mujeres¹⁰. A este respecto, se han aprobado multitud de directivas que esbozan y recogen de una forma declarativa estos principios¹¹. Se señalan, así pues, en esta STJUE de 21 de mayo de 2015 las siguientes normativas y reglas aplicables:

“La Directiva de maternidad 92/85¹² está dirigida a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (artículo 1, apartado 1). El noveno considerando de dicha Directiva establece que la protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atender contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El artículo 2 de la Directiva de maternidad define a la «trabajadora embarazada» como: «Cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales» Asimismo, define a la «trabajadora que ha dado a

⁹ Donde se indica literalmente: ... la maternidad afecta a las tasas de empleo femenino, y persisten disparidades en cuanto a la dedicación a las tareas de cuidado y del hogar que dificultan sus posibilidades de conciliar la vida personal, laboral y familiar, lo que las sitúa en desventaja a la hora de desarrollar su opción de carrera profesional. Todo ello contribuye a que, al final de su vida laboral, los ingresos de las mujeres sean más bajos que los de los hombres. Además de estos y otros reductos de desigualdades, la propia “evolución social” puede propiciar, si no se toman medidas, la aparición de nuevas formas de discriminación en ámbitos como las nuevas tecnologías (Internet, en particular). En este contexto, para el Gobierno es una prioridad impulsar la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. En primer lugar, por razones de justicia y de tutela de Derechos fundamentales. Pero, también, porque es elemento imprescindible de desarrollo económico y de cohesión social: necesitamos sumar todo el talento que, tanto mujeres como hombres, podamos aportar para salir de la crisis en la que nos encontramos y avanzar hacia una economía más fuerte, basada en un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, conforme a los objetivos de la Estrategia Europa 2020.

¹⁰ Véase, a este respecto, las Directivas 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la Seguridad y Salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia y la Directiva 96/34/CE de 13 de junio de 1996, sobre el Acuerdo Marco del Permiso Parental. No obstante, ésta última Directiva ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE, del Consejo de 8 de marzo de 2010 y por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre el Permiso Parental (el cual produjo sus efectos a partir del 8 de marzo de 2012). Resulta llamativa, en este punto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2005 (TJUE 2005, 98).

¹¹ En diciembre de 2007, el Consejo pidió a la Comisión, a través de las conclusiones tituladas «*Equilibrio de funciones entre hombres y mujeres en materia de empleo, crecimiento y cohesión social*», que estudiara la posible revisión de la Directiva 86/613/CEE para garantizar los derechos relacionados con la maternidad y paternidad de los trabajadores autónomos y de sus cónyuges. A ello accedió la Comisión, la cual en la Comunicación de 2 de julio de 2008 titulada «*Agenda social renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europea del siglo XXI*», proponía, como parte de las acciones a desarrollar para luchar contra la discriminación, el planteamiento de «propuestas legislativas en septiembre de 2008 con objeto de aumentar la conciliación de la vida privada y la actividad profesional, mejorando las disposiciones sobre el permiso parental, introduciendo nuevos permisos (de paternidad, adopción y permisos filiales) y consolidando la protección para las mujeres embarazadas».

¹² Pero debe tenerse en cuenta también la Directiva 2006/54.

luz» y a la «trabajadora en período de lactancia» como: *Las trabajadoras que tienen tal condición en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comuniquen su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.*

Por su parte, el artículo 8 de la Directiva de maternidad, titulado «Permiso de maternidad», establece: «1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

El artículo 11 versa sobre los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras protegidas. En virtud del artículo 11, punto 2: *Deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras protegidas relativos al permiso de maternidad y al mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de dichas trabajadoras.*

El artículo 11, punto 3, establece que se considerará adecuada dicha prestación: «cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales». Y, en virtud del artículo 11, punto 4, los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a dicha prestación: «A la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas», pero entre dichos requisitos «no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto».

El objetivo de la Directiva de igualdad de trato, que está basada en el artículo 141, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 157 TFUE, apartado 3), consiste básicamente en “Garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (considerando cuarto y artículo 1)”.

El considerando 23º de dicha Directiva hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual: *El trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo y pone de manifiesto que la Directiva de igualdad de trato comprende dicho trato.*

A efectos de la Directiva de igualdad de trato se entenderá por: «Discriminación directa» «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable» [artículo 2, apartado 1, letra a)] «Discriminación indirecta» «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda

justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» [artículo 2, apartado 1, letra b)].

En virtud del artículo 2, apartado 2, letra c), el concepto de discriminación incluirá: *«El trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva [de maternidad]».*

El artículo 5, comprendido en el capítulo 2 del título II de la Directiva de igualdad de trato («Igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social»), establece: *«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo: a) el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; b) la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; c) El cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones».*

De igual modo, el artículo 14, apartado 1, incluido en el capítulo 3 del título II de la Directiva de igualdad de trato («Igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo»), dispone en particular: *«No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; [...]»*

Se señala expresamente (véase el artículo 28) que la Directiva de igualdad de trato se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y a la maternidad, y de lo dispuesto en, entre otras, la Directiva de maternidad.

2.2. Respuesta del TSJUE en el Asunto Rosselle y algunas conclusiones críticas

Son dos las cuestiones que se entrecruzan y estudian por el Alto Tribunal Europeo en esta sentencia de 21 de mayo de 2015, de un lado, el acceso a la prestación por maternidad de la Sra. Rosselle y, de otro, examinar si ha producido o no una discriminación por razón de género.

En relación a la primera cuestión, la respuesta del Tribunal se centra en torno al artículo 11.4 de la primera Directiva, el cual autoriza a un Estado miembro a subordinar el derecho a las prestaciones de maternidad a determinadas exigencias a condición de que no se requiera un período de trabajo previo durante más de 12 meses. En esencia, la Corte decidió que esta disposición no autoriza al Estado, por la única razón de que la relación laboral haya cambiado su naturaleza jurídica, a negar las prestaciones de maternidad a una trabajadora que ha sido ocupada más de 12 meses antes de dar a luz. Por tanto, un Estado miembro no puede denegar a una trabajadora una prestación de maternidad por el hecho de que, en su condición de funcionaria que ha obtenido una excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, esta no haya cubierto, en el marco de esa actividad por cuenta ajena, el período mínimo de cotización exigido por el Derecho

nacional para poder acceder a dicha prestación de maternidad a pesar de haber trabajado más de doce meses inmediatamente antes de la fecha prevista para el parto. Y es que, como bien señaló la Abogada General E. Sharpston, el artículo 11.4) de la Directiva 92/85/CEE tiene un efecto directo vertical, de modo que el resultado de la disputa parece obvio. En otras palabras, no se discute aquí si el período mínimo de cotización es conforme a la legislación belga, el cual es netamente inferior al período máximo establecido en la Directiva de maternidad, sino más bien el modo en que se aplica dicho período de cotización¹³.

A este respecto, establece el TSJUE: *“En estas circunstancias, no cabe referir exclusivamente los «períodos de trabajo previo» que menciona el artículo 11, punto 4, párrafo segundo, de la Directiva 92/85 al puesto de trabajo que se ocupaba antes de la fecha prevista para el parto. Debe entenderse que esos períodos de trabajo se refieren a los diversos puestos de trabajo sucesivos que haya ocupado la trabajadora de la que se trate antes de esa fecha, incluso para diferentes empresarios y con estatutos laborales distintos. La única obligación que impone esta disposición es que la persona de que se trate haya tenido uno o varios empleos durante el período exigido por el Derecho nacional para que se genere el derecho a la prestación de maternidad, en aplicación de la referida Directiva.*

Por lo tanto, del enunciado del artículo 11, punto 4, párrafo segundo, de la Directiva 92/85 se desprende que un Estado miembro no puede imponer un nuevo período de seis meses anterior al nacimiento del derecho a una prestación de maternidad por el mero hecho de que la trabajadora de que se trate haya cambiado de estatuto laboral o de empleo.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, no sólo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte... En este sentido, hay que recordar que el objetivo de la Directiva 92/85, que fue adoptada con base en el artículo 118 A del Tratado CE, al que corresponde el artículo 153 TFUE, es promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (sentencias Paquay [TJCE 2007, 270], C-460/06, EU:C:2007:601, apartado 27; Danosa [TJCE 2010, 339], C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 58, y D. [TJCE 2014, 113], C-167/12, EU:C:2014:169, apartado 29).

En este contexto, y tal como se infiere del decimoséptimo considerando de la Directiva 92/85, a fin de evitar el riesgo de que las disposiciones relativas al permiso de maternidad queden sin efecto útil si no se acompañan del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, el legislador de la Unión ha establecido, en el artículo 11, punto 2, letra b), de la Directiva 92/85, que debe garantizarse el mantenimiento de una remuneración o el beneficio de una prestación adecuada para las trabajadoras a las que se aplica la Directiva en el caso del permiso de maternidad a que se refiere el artículo 8 de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Boyle y otros [TJCE 1998, 255], C-411/96, EU:C:1998:506, apartado 30).

¹³ Ver conclusiones de la abogada general Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 18 de diciembre de 2014.

*Pues bien, exigir un período mínimo de cotización distinto con ocasión de cada cambio de estatuto laboral o de puesto de trabajo equivaldría a cuestionar la protección mínima establecida en el artículo 11, punto 2, de la Directiva 92/85 cuando la trabajadora de que se trate no haya cubierto el período mínimo de cotización de seis meses en su nuevo empleo a pesar de haber realizado períodos de trabajo superiores a los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto*¹⁴.

En segundo lugar, y una vez resuelta la cuestión en términos de maternidad, la Corte se ahorra examinar la cuestión en términos de igualdad de género. Sin embargo, como se señaló en sus observaciones la Comisión Europea, la normativa belga en cuestión ejerce sobre las mujeres, en relación con el acceso a una oportunidad interesante de experiencia profesional, un efecto disuasorio del que están exentos los trabajadores masculinos, lo que supondría ir en contra de la Directiva 2006/54/CE. O, en otras palabras, lo que el Alto Tribunal trata de aclarar es que, según el derecho belga, la negativa al acceso a las prestaciones de maternidad hace inutilizable la licencia de maternidad impuesta por la legislación laboral, como ya hace 20 años constató el TJUE y como ya afirmó en sus conclusiones la Abogada General. De nuevo, tal situación es discriminatoria, pues no puede perjudicarse a una trabajadora de sexo femenino respecto del género masculino por esta causa.

Recuérdese, a este respecto, que el órgano jurisdiccional remitente, entre las cuestiones que eleva para su resolución prejudicial, se encuentra la siguiente: «¿Vulnera el título III, capítulo III, secciones 1 y 2, del Real Decreto de 3 de julio de 1996 la Directiva 92/85 y la Directiva 2006/54 al no prever una dispensa del período mínimo de cotización para el funcionario en excedencia por interés particular que se encuentra en permiso de maternidad, mientras que sí se prevé para el funcionario dimisionario y el funcionario separado del servicio?».

Por tanto, lo que se cuestiona es si existe o no una discriminación por razón de sexo en cuanto al derecho al permiso de maternidad entre las empleadas públicas que, como la Sra. Rosselle, dan a luz después de obtener la excedencia por motivos personales y comienzan a trabajar por cuenta ajena, respecto de las empleadas públicas que finalizan su estado de buena esperanza después de haber sido separadas del servicio o de haber dimitido.

De la lectura de los hechos se desprende que existe una laguna legal en Bélgica respecto de las empleadas públicas que dan a luz poco después de haber obtenido una excedencia por motivos personales. Por esta razón, las observaciones escritas abordan también la cuestión de si la Sra. Rosselle puede o no ser tratada de igual modo que una empleada pública que mantiene su estatuto de empleada en “servicio activo”. Ahora bien, a buen juicio y opinión de la abogada general Eleanor Sharpston, lo que el órgano jurisdiccional remitente pretende dilucidar es si la denegación a la recurrente del permiso por maternidad entraña o no una discriminación por razón de sexo. Por lo tanto, se tiene que cuestionar, en términos del principio de la igualdad de género, la validez del período de calificación y, de hecho, así lo ha constatado el Alto Tribunal Europeo a la vista no sólo de la Directiva de igualdad de trato (por el que se prohíbe ese trato discriminatorio), sino también

¹⁴ Ver puntos 41 a 46 de la Sentencia del TSJUE de 21 de mayo de 2015.

de las diversas opiniones del Consejo de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, órgano asesor del gobierno federal belga.

Quizás la respuesta del TSJUE debía haber sido más contundente, directa y progresiva a este respecto, a fin de dar buen ejemplo de la efectiva garantía del principio de igualdad por razón de sexo que ansiadamente se reclama desde el propio ámbito comunitario. En particular, la efectividad del derecho a la igualdad en sus distintas facetas requiere de la predisposición de medidas específicas y “proactivas” de derecho no sólo laboral, sino también de Seguridad Social. Y es que, no se olvide en este último sentido, que el Derecho de la Seguridad Social repercute significativamente en que se facilite u obstaculice su efectividad en atención al tratamiento de sus consecuencias sobre los derechos a las prestaciones maternales por ella dispensadas. En este sentido, las técnicas del Derecho de Protección Social deben operar teleológica e instrumentalmente eliminando, en lo posible, las consecuencias desfavorables o desventajosas para los derechos de protección social pública derivadas del ejercicio del derecho a la igualdad y, por tanto (y principalmente en una perspectiva de género), para las trabajadoras que recurren a ese ejercicio legítimo.

Laborem

4. Asistencia sanitaria

Sobre la Exclusión del Ámbito de Aplicación del Reglamento Comunitario de Seguridad Social del Personal al Servicio de Instalaciones diplomáticas de Terceros Estados, con Aparente Cobertura sólo Privada de su Derecho a la Asistencia Sanitaria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de Enero de 2015 (Asunto C-179/13)

About the Exclusion of the Coverage of the Community Regulation on Social Security of the Staff Serving to Diplomatic Facilities of Third States, only Apparently Covered by Private Healthcare Insurance.
Commentary to Judgment of the European Union Court of Justice of 15 January 2015 (In Case C-179/13)

ALBERTO ARUFE VARELA
CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO DEL TRABAJO
UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

El caso comentado rechaza la alegación de supuesta discriminación por razón de nacionalidad, al amparo del Derecho de la Unión Europea, al referirse a personal diplomático al servicio de los Estados Unidos de América en un Estado miembro de la Unión Europea, protegido sólo con un seguro privado de asistencia sanitaria.

Abstract

The case here annotated disclaims the motion about a supposed discrimination on ground of nationality, under the Law of the European Union, because it dealt with diplomatic staff employed by the United States of America in a Member State of the European Union, which was only protected by a private healthcare insurance.

Palabras clave

Unión Europea, Asistencia sanitaria, Seguro privado, Nacionalidad, Estado tercero.

Keywords

European Union, Healthcare, Private insurance, Nationality, Non Member State.

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

Una ciudadana de un Estado miembro de la Unión Europea trabajó en el Reino Unido y en Holanda durante el largo período comprendido entre 1972 y 2008. Durante ocho de esos treinta y seis años, estuvo al servicio de empresas del Reino Unido y de Holanda («La Sra. Evans, de nacionalidad británica, trabajó en el Reino Unido de 1972 a 1973. Posteriormente se instaló, ese mismo año, en los Países Bajos, donde trabajó, en un primer momento, en varias empresas, y posteriormente, hasta el mes de abril de 1980, en el Consulado General del Reino Unido en Rotterdam»; cfr. marginal 20), mientras que los veintiocho años restantes estuvo al servicio de los Estados Unidos de América («Desde el 17 de noviembre de 1980, trabaja en el Consulado General de los Estados Unidos de América en Ámsterdam como miembro del personal administrativo y técnico»; marginal 21). Durante los veintiocho años

en que trabajó para este Consulado norteamericano, sólo consta que «dispone, desde su entrada en funciones, de un seguro de enfermedad suscrito por su empleador con una compañía de seguros privada neerlandesa» (*ibidem*).

Durante diecinueve de los veintiocho años recién citados, dicha ciudadana inglesa dispuso de un «estatuto [de seguridad social] privilegiado» –desde la perspectiva holandesa–, que implicaba «la exención de la mayoría de impuestos y cotizaciones sociales», pues «no estuvo afiliada a ninguna rama de la seguridad social [holandesa]» (cfr. marginal 22). Ahora bien, en 1999, la Administración holandesa le ofreció incorporarse al sistema holandés de seguridad social («En 1999, las autoridades neerlandesas instaron a la Sra. Evans a llevar a cabo la elección ... entre mantener su estatuto privilegiado o afiliarse, a partir de ese momento, al régimen general de seguridad social neerlandés»; cfr. marginal 23). Pero la ciudadana requerida declinó la oferta, optando por mantener su peculiar estatuto de seguridad social («El 5 de diciembre de ese mismo año la Sra. Evans optó por mantener el referido estatuto en los siguientes términos, a saber, “deseo mantener mi estatuto privilegiado, lo que significa que no estaré afiliada al régimen de seguridad social neerlandés y, por tanto, no tendré derecho a la cobertura que ofrece”»; *ibidem*).

En 2008, previa petición por dicha ciudadana de certificación de vida laboral en Holanda, a efectos de su pensión de jubilación («En 2008, la Sra. Evans solicitó a la SvB que le comunicase los períodos durante los que había estado asegurada con arreglo a la AOW [esto es, la Ley holandesa sobre el régimen general del seguro de vejez] a efectos del cálculo de su futura pensión»; cfr. marginal 24), la Administración holandesa de seguridad social consideró que no podía computársele el período de veintiocho años en que trabajó para los Estados Unidos de América («A tal efecto, la SvB se basó en el hecho de que el Reglamento nº 1408/71 no podía aplicársele, puesto que los Estados Unidos de América no son un Estado miembro de la Unión Europea, y que, en virtud de la normativa neerlandesa, la única aplicable en tales circunstancias, los agentes consulares y los miembros del personal administrativo no están asegurados en virtud de la seguridad social salvo si tienen la nacionalidad neerlandesa»; *ibidem*). Tras agotar la vía administrativa previa, la ciudadana en cuestión planteó demanda ante un tribunal holandés de primera instancia, con el resultado de que la misma fue estimada [«dicho órgano jurisdiccional declaró que debía considerarse que la Sra. Evans había estado asegurada con arreglo a la AOW durante el período comprendido entre el 18 de noviembre de 1980 y el 12 de marzo de 2008, puesto que, a su entender, según la sentencia Boukhalfa (C-214/94, EU:C1996:174), el artículo 3 del Reglamento nº 1408/71 obliga a asimilar la nacionalidad británica de la Sra. Evans a la nacionalidad neerlandesa»; cfr. marginal 25]. En fin, la Administración holandesa de seguridad social recurrió este fallo, con el resultado de que el tribunal *ad quem* holandés planteó diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, de las que la principal tenía el siguiente tenor: «¿Deben interpretarse los artículos 2 y/o 16 del Reglamento nº 1408/71 en el sentido de que una persona como la Sra. Evans, nacional de un Estado miembro, que ejerció su derecho a la libre circulación de trabajadores, que estuvo sometida a la legislación neerlandesa sobre seguridad social y que, posteriormente, ha trabajado como miembro del personal de servicio del Consulado General de los Estados Unidos de América en los Países Bajos, no está comprendida en el ámbito de aplicación personal del Reglamento nº 1408/71 desde el comienzo de dicha actividad laboral?» (cfr. marginal 27).

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Al efecto de despejar las fuentes jurídicas aplicables al caso de autos, el Tribunal de Luxemburgo partió de dos premisas generales. En primer lugar, la de que la norma comunitaria rectora del caso era el derogado Reglamento n.º 1408/71, en vez del actualmente vigente [«El Reglamento n.º 1408/71 fue derogado a partir del 1 de mayo de 2010 por el 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 (DO L 166, p. 1). No obstante, este último Reglamento no es aplicable en el litigio principal»; cfr. marginal 14]. En segundo lugar, la de que no existía precedente judicial que pudiese ser reiterado en este caso, pues [«una situación como la controvertida en el litigio principal difiere de aquella que dio lugar a la sentencia Boukhalfa (EU:C:1996:174), a la que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente, puesto que el asunto que dio lugar a dicha sentencia versaba sobre un nacional de un Estado miembro empleado por la embajada de un Estado miembro establecida en el territorio de un Estado tercero»; cfr. marginal 32].

Esto despejado, el Tribunal de Luxemburgo procedió a valorar la eventual aplicación o no al caso del artículo 2 del Reglamento n.º 1408/71, al que remite implícitamente en bloque la letra a) del apartado 2 del artículo 13 del propio Reglamento, remitiendo expresamente a este último, a su vez, el apartado 1 del artículo 16 del mismo (rotulado «Normas particulares referentes al personal del servicio de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, así como a los agentes auxiliares de las Comunidades Europeas»). Según él, dicho precepto no podía interpretarse aisladamente, sino en conexión con los preceptos que a él remitían, procediendo señalar a este respecto que «el artículo 16 del Reglamento n.º 1408/71... se limita a determinar, al igual que el artículo 13, apartado 2, letra a), de este Reglamento, la legislación nacional aplicable» (cfr. marginal 46), aunque «ese mismo artículo 16 no establece los requisitos para que exista el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social, los cuales han de determinarse con arreglo a la legislación de cada Estado miembro a la luz del Derecho internacional aplicable» (*ibidem*). Y en este punto, no cabía dudar de que la legislación holandesa de seguridad social (al hacer primar la condición de personal consular sobre la de la nacionalidad del personal en cuestión) resultaba conforme con el Derecho internacional público contenido en el Convenio de Viena de 1963 sobre Relaciones consulares (cuyo artículo 48, rotulado «Exención del régimen de seguridad social», sienta la regla general de que el personal consular está exento de las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor), de manera que «dado que la Convención de Viena de 1963 no exige una afiliación obligatoria de los miembros de las oficinas consulares que residen de manera permanente en el Estado receptor a un régimen de la seguridad social de dicho Estado, esta interpretación es conforme con las exigencias de la referida Convención» (cfr. marginal 48).

En consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo concluyó que la ciudadana inglesa en cuestión no había sido discriminada por la seguridad social holandesa, al no estar cubiertos por el Reglamento n.º 1408/71 los veintiocho años de servicios prestados al citado Consulado en Holanda de los Estados Unidos de América, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada en los siguientes términos literales: «El artículo 2 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en la versión

modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, en relación con el artículo 16 de ese mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que, en lo que respecta al período durante el cual un nacional de un Estado miembro ha estado empleado en una oficina consular de un Estado tercero establecida en el territorio de un Estado miembro del que no es nacional pero en cuyo territorio reside, dicho nacional no está sujeto a la legislación de un Estado miembro en el sentido de esta disposición si, en virtud de la normativa del Estado miembro en el cual reside, adoptada de conformidad con el artículo 71, apartado 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, celebrada en Viena el 24 de abril de 1963, el referido nacional no está afiliado al régimen de seguridad social nacional» (cfr. marginal 51, párrafo tercero).

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Aunque –desde el punto de vista de la seguridad social holandesa– nada pueda objetarse a la doctrina de esta sentencia, lo que sí llama la atención en ella es el hecho de que considerase a los Estados Unidos de América un Estado tercero, pero tan tercero, que llevase al Tribunal de Luxemburgo a silenciar qué derechos de seguridad social podían eventualmente corresponder a la ciudadana británica en cuestión, durante los veintiocho años en que estuvo al servicio en Holanda de los Estados Unidos de América. De la lectura de la Sentencia podría extraerse incluso la conclusión de no corresponderle ningún derecho, pues lo único que afirma al respecto es –recuérdese– que dicha ciudadana británica «dispone, desde su entrada en funciones [en el Consulado General de los Estados Unidos en Ámsterdam], de un seguro de enfermedad suscrito por su empleador con una compañía de seguros privada neerlandesa». Supuesto que las Embajadas y Consulados, así como el personal diplomático o común empleado en dichas instalaciones, es razonable que se parezca mucho en todas partes, no me parece descartable que dicha ciudadana británica acabase siendo dejada de la mano de Dios durante los veintiocho años que trabajó (sin saber si cotizó) para los Estados Unidos de América; y ello, a la vista del caso enjuiciado –que paso a relatar inmediatamente– por una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla La Mancha de 24 noviembre 2010 (recurso de suplicación núm. 1199/2010), a propósito de cierto camarero empleado por la Embajada de España en Viena.

Se trataba de un camarero de nacionalidad argentina, que había estado trabajando como tal durante trece años en dicha Embajada, pero sin que nadie se hubiese tomado la molestia de darle de alta y cotizar por él a la seguridad social. Lo cierto es que este ciudadano argentino solicitó luego en España pensión por incapacidad permanente derivada de enfermedad común, que le fue denegada en vía administrativa «por no reunir el período mínimo de cotización exigido», aunque luego tanto el Juzgado de lo Social de instancia como la Sala de suplicación estimaron sus pretensiones, con condena del Ministerio español de Asuntos Exteriores (en concepto de responsable directo) por haber tenido a dicho ciudadano en nuestra Embajada trabajando durante trece años en negro. Se trata de una Sentencia que cualquier jurista anglosajón consideraría que había hecho justicia *in equity* (pero no *at Law*), puesto que los citados tribunales laborales españoles se vieron obligados a forzar la letra (y quizá también, el espíritu) del Real Decreto 2234/1981, de 20 agosto, por el que se regula la seguridad social del personal al servicio de la Administración pública en el

extranjero, supuesto que esta norma sólo se aplica al «personal español [*sic*] contratado al servicio de la Administración española en el extranjero» (cfr. artículo primero).

Si la ciudadana británica del caso resuelto por el Tribunal de Luxemburgo trabajaba o no en negro (aunque con su asistencia sanitaria cubierta, eso sí, por un seguro privado), nos quedamos sin saberlo, al tratarse de una cuestión exorbitante para la seguridad social holandesa y para el Reglamento europeo de coordinación de regímenes europeos de seguridad social. En cualquier caso, supuesto que hubiese trabajado en negro (sobre la base de que en los Consulados e, incluso, en las Embajadas también parece que se cuecen y se comen habas), es evidente que no tendría derecho a nada en los Estados Unidos, a diferencia de lo que sucedió al ciudadano argentino recién aludido. Ello se debe a que en los Estados Unidos no existe nada parecido a nuestro principio de automaticidad de las prestaciones de seguridad social, de manera que allí prevalece siempre el interés de la Administración pública de seguridad social a satisfacer sólo prestaciones que cuenten con el correspondiente respaldo cotizatorio, lo que obligaría a la ciudadana británica de nuestro caso a denunciar su situación en los Estados Unidos, con la finalidad de enervar la presunción *iuris tantum* de que «los registros del Comisionado [de Seguridad Social] harán prueba a los efectos de plantear procedimientos ante el Comisionado de Seguridad Social o ante cualquier corte sobre la cuantía de los salarios pagados a una persona, y sobre las rentas autónomas ingresadas por una persona, y sobre los períodos en los cuales esos salarios se pagaron o esas rentas se ingresaron» (MARTÍNEZ GIRÓN, J. Y ARUFE VARELA, A., Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social, 2ª ed., Netbiblo [A Coruña, 2010], págs. 233-234).

5. Prestaciones familiares

LABORUM

La protección de los trabajadores migrantes: trabajo eventual
en un Estado miembro distinto del Estado de residencia y
derecho a las prestaciones de Seguridad Social
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala
Cuarta) de 23 de abril de 2015 (Asunto C-382/13)

Social Security for migrant workers: casual work in a Member
State other than the State of residence and right to the benefits
Judgment of the Court of Justice of the European Union
(Fourth Chamber) 23 April 2015 (Case C-382/13)

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

PROFESOR TITULAR –ACREDITADO A CATEDRÁTICO–
DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Resumen

El artículo 13 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, comprendido en su título II, bajo la rúbrica “Determinación de la legislación aplicable”, dispone: “la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro”. Dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que el residente de un Estado miembro, que está comprendido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento y que trabaja durante varios días al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro, está sometido a la legislación del Estado de empleo tanto durante los días en los que ejerce una actividad por cuenta ajena como durante los días en que no la ejerce. Asimismo, puesto en relación con el apartado I del mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un trabajador migrante, sometido a la legislación del Estado miembro de empleo, perciba en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia las prestaciones correspondientes al régimen de seguro de vejez y las prestaciones familiares de ese último Estado.

Palabras clave

Seguridad Social, trabajadores migrantes, trabajo eventual, minijobs, prestaciones familiares, pensión de vejez, Estado de empleo, Estado de residencia

Abstract

Article 13(2)(a) of Regulation (EEC) No 1408/71, which forms part of Title II thereof, entitled “Determination of the legislation applicable”, states: “a person employed in the territory of one Member State shall be subject to the legislation of that State even if he/she resides in the territory of another Member State or if the registered office or place of business of the undertaking or individual employing him/her is situated in the territory of another Member State”. The mentioned article must be interpreted as meaning that a resident of a Member State, who comes within the scope of that regulation, as amended, and who works for several days per month on the basis of an on-call contract in the territory of another Member State, is subject to the legislation of the State of employment both on the days on which he/she performs the employment activities and on the days on which he/she does not. Furthermore, read in conjunction with Article 13(1) of that regulation, it must be interpreted as not precluding a migrant worker, who is subject to the legislation of the State of employment, from receiving, by virtue of national legislation of the Member State of residence, an old-age pension and family benefits from the latter State.

Keywords

Social Security, migrant workers, casual work, minijobs, grant family benefits, old-age pension, State of employment, State of residence

1. SUPUESTO (TRIPLE) DE HECHO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una petición de decisión prejudicial planteada, conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), por el *Centrale Raad van Beroep* (Tribunal superior en materia de Seguridad Social neerlandés) de los Países Bajos, mediante su resolución de 1 de julio de 2013, respecto de tres supuestos de hecho, enjuiciados primero por los tribunales de instancia competentes, al examinar una cuestión común, siempre controvertida, relativa a trabajadores que, dado que han ejercido su derecho a la libre circulación, o bien han perdido la cobertura que les garantizaba su Estado de residencia sin obtener la del Estado de empleo, cuya legislación solo se aplica formalmente a las situaciones de empleo, o bien ven reducida su pensión de jubilación a un importe inferior al que corresponde por la duración total de su actividad, puesto que los periodos de actividad en el Estado miembro de residencia no se suman a los del Estado de empleo. Se trata, empero, de resolver un conflicto negativo de Derecho aplicable¹.

1.1. Los conflictos jurídicos enjuiciados por los Tribunales de distrito

El procedimiento principal, según se desprende de la resolución de remisión del órgano judicial de apelación, afecta a tres ciudadanos, la Sra. Franzen y los Sres. Giesen y van den Berg, que son nacionales neerlandeses y residen en los Países Bajos. Sucede, por un lado, que las autoridades del Estado de residencia, en este caso el *Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank* –traducido como Consejo de Administración de la Caja de Seguridad Social– (en adelante, SVB), han denegado a la Sra. Franzen prestaciones familiares y, por otro lado, que esas mismas autoridades han decidido reducir el complemento de pareja y de la pensión de vejez concedidas a los Sres. Giesen y van den Berg, respectivamente, debido a que del Reglamento (CEE) núm. 1408/71² se desprende que, durante los periodos litigiosos, los interesados estaban comprendidos en la legislación de su Estado de empleo, a saber, la legislación alemana. Concretamente, durante esos periodos estuvieron cubiertos únicamente, en el Estado de empleo, por un seguro de accidentes de trabajo y no tenían derecho, ni en los Países Bajos (Estado de residencia) ni en Alemania (Estado de empleo), a prestaciones familiares o a prestaciones al amparo del régimen del seguro de vejes, según el caso.

Son tres, en verdad, las situaciones de hecho que dan lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales por el órgano judicial remitente.

¹ Vid. RODIÈRE, P.: *Droit social de l'Union européenne*, 2ª ed., L.G.D.J., París, 2014, pág. 662.

² Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO 1971, L 149), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28), modificado por el Reglamento (CE) núm. 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO L 392).

1.1.1. El asunto de la Sra. Franzen

La primera afecta a la Sra. Franzen, que percibía una prestación familiar por su hija, nacida en 1995 y de la que se hacía cargo ella sola, en virtud de la Ley del régimen general de prestaciones familiares (en adelante, AKW). En noviembre de 2002, comunicó al SVB que desde el primero de enero de 2001 ejercía en Alemania una actividad como peluquera, con una dedicación de 20 horas semanales, percibiendo unos ingresos de escasa cuantía, por lo que solo estaba afiliada con carácter obligatorio al régimen legal alemán del seguro de accidentes de trabajo, sin tener acceso a ninguno de los demás regímenes de Seguridad Social alemanes. Conocida la situación, el SVB le retiró la prestación familiar con efectos a partir del 1 de octubre de 2002.

No conforme con la decisión de la entidad gestora, la Sra. Franzen solicitó, mediante escrito de 21 de septiembre de 2003, que se revocara su exclusión de la cobertura de la Seguridad Social de los Países Bajos, su Estado de residencia, desestimando el SVB esta solicitud, por decisión fechada el 15 de marzo de 2004, debido a que la interesada no estaba asegurada ni en virtud del Derecho de la Unión ni en virtud de las disposiciones del Derecho neerlandés. En esa misma decisión, el SVB propuso a la Sra. Franzen que solicitara a la institución competente alemana su sujeción exclusiva a la legislación neerlandesa, en aplicación del artículo 17 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, si bien no atendió a esa propuesta.

De nuevo, el 30 de enero de 2006, la Sra. Franzen presentó una solicitud de prestaciones familiares, que fue estimada por el SVB, por resolución de 27 de marzo de 2006, con efectos desde el primer trimestre de 2006. Posteriormente, y a la vista de la decisión precedente, el 5 de junio de 2007 se solicitó, en nombre de la Sra. Franzen, que se le concedieran las prestaciones familiares a partir del 1 de octubre de 2002, fecha de efectos de la inicial retirada de la prestación.

Por decisión de 5 de julio de 2007, el SVB apreció que, a partir del 1 de enero de 2006, la Sra. Franzen dejó de tener derecho a las prestaciones familiares, pero dispuso no reclamar la devolución de los importes indebidamente abonados. Seguidamente, el SVB, mediante acuerdo de 16 de noviembre de 2007, declaró infundada la reclamación interpuesta por la Sra. Franzen, a la vez que se le denegaba su solicitud de revisión de 5 de junio de 2007. Por último, el 6 de febrero de 2008, mientras el recurso de la Sra. Franzen contra la decisión denegatoria se hallaba todavía pendiente, el SVB adoptó una nueva decisión por la que modificaba la motivación de su acuerdo de 16 de noviembre de 2007, indicando que las solicitudes de prestaciones familiares se habían denegado debido a que, en virtud del artículo 13.2 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, a la Sra. Franzen le era aplicable únicamente la legislación alemana, excluyendo así la aplicación de los seguros sociales neerlandeses.

El *Rechtbank Maastricht* (Tribunal de distrito de Maastricht), por sentencia de 5 de agosto de 2008, declaró infundados los recursos interpuestos contra las decisiones de 16 de noviembre de 2007 y de 6 de febrero de 2008, y contra dicha sentencia de instancia interpuesto la Sra. Franzen recurso de apelación ante el *Centrale Raad van Beroep*, al considerar que, a partir del 1 de octubre de 2002, estaba asegurada según la AKW en razón de su residencia en los Países Bajos.

1.1.2. El asunto del Sr. Giesen

La esposa del Sr. Giesen trabajó en Alemania, primero durante dos periodos en el año 1970 y, de nuevo, entre el 19 de mayo de 1988 y el 12 de mayo de 1993, como persona empleada en una actividad menor; en concreto, trabajó como vendedora en una tienda de ropa de vestir y ejerció su actividad durante un número mensual de horas limitado, en virtud de un contrato de trabajo eventual, que no excedía de dos o tres días al mes, según las demandas de su empresario que no estaba obligada a atender.

El 22 de septiembre de 2006, el Sr. Giesen presentó una solicitud de pensión de vejez y de complemento de pareja, al amparo de la Ley relativa al régimen general de pensiones de vejez (en lo sucesivo, AOW), que fue estimada por el SVB mediante decisión de 3 de octubre de 2007. No obstante, al complemento de pareja se le aplicó una reducción del 16% debido a que, durante el período en que la esposa del Sr. Giesen había trabajado en Alemania, no había estado afiliada a los seguros sociales en los Países Bajos. El Sr. Giesen presentó una reclamación contra esta decisión en lo que tocaba a la reducción de ese complemento, la cual no fue aceptada por el SVB, mediante decisión de 20 de mayo de 2008.

El *Rechtbank Roermond* (Tribunal de distrito de Roermond), por sentencia de 13 de octubre de 2008, declaró infundado el recurso del Sr. Giesen contra la decisión de 20 de mayo de 2008, llegando a la conclusión de que la esposa del beneficiario no estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la legislación neerlandesa, puesto que no se había demostrado que no hubiera trabajado en Alemania durante más de tres meses. Ante el Tribunal remitente, que conoce en apelación del recurso interpuesto por el Sr. Giesen, las partes en el litigio discrepan sobre si, durante el período comprendido entre el 19 de mayo de 1988 y el 31 de diciembre de 1992, la esposa del Sr. Giesen estuvo asegurada en virtud de la AOW, en razón de su residencia en los Países Bajos.

1.1.3. El asunto del Sr. van den Berg

El Sr. van den Berg desarrolló una actividad en Alemania durante los períodos comprendidos entre el 25 de junio y el 24 de julio de 1972 y entre el 1 de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, sin que conste la naturaleza de su empleo. Resulta que no ejerció esa actividad todos los días, sino durante cortos períodos, y puesto que sus ingresos eran demasiado bajos no se le pudo considerar obligado a cotizar en Alemania. El 17 de enero de 2008, el Sr. van den Berg solicitó una pensión de vejez al amparo de la AOW. Por decisión de 1 de agosto de 2008, el SVB le concedió dicha pensión, pero redujo su importe en un 14% debido a que el Sr. van den Berg no había estado asegurado en los Países Bajos durante más de siete años. Mediante acuerdo de 25 de noviembre de 2008, su reclamación contra aquella decisión fue declarada parcialmente fundada y se fijó la reducción en un 10%.

El *Rechtbank Maastricht* (Tribunal de distrito de Maastricht), por sentencia de 19 de octubre de 2009, declaró infundado el recurso interpuesto contra el acuerdo de 25 de noviembre de 2008. El Sr. van den Berg interpuso recurso de apelación contra esa sentencia ante el Tribunal remitente, discrepando las partes sobre si, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, el Sr. van den Berg había estado asegurado al amparo de la AOW, en razón de su residencia en los Países Bajos.

1.2. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal remitente

El *Centrale Raad van Beroep* (Tribunal superior en materia de Seguridad Social neerlandés), ante el que interpusieron recurso de apelación los demandantes en los litigios principales, estima que los interesados pueden ser considerados, respecto a los períodos en cuestión, trabajadores por cuenta ajena en el sentido del artículo 2 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, puesto en relación con el artículo 1.a) del mismo, y que la AKW y la AOW están comprendidas en el ámbito de aplicación material del citado Reglamento. No obstante, suscita la cuestión de si, durante los períodos en cuestión, los interesados estuvieron sujetos a la legislación alemana en virtud del artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y, en su caso, si el efecto excluyente de esta disposición implica que la legislación neerlandesa no era aplicable.

El Tribunal remitente subraya que en los litigios de origen no se discute que, por sus actividades, los interesados no estuvieron asegurados en virtud de la legislación alemana, con la excepción de su afiliación obligatoria al régimen alemán de seguro de accidentes de trabajo, de manera que no pudieron solicitar una pensión de vejez o prestaciones familiares, según el caso. Manifiesta, por otro lado, que la esposa de Sr. Giesen, durante el período comprendido entre el 1 de julio de 1989 y el 31 de diciembre de 1992, y el Sr. van den Berg y la Sra. Franzen, durante el período respectivo que concierne a cada uno, deben tener la consideración de no asegurados en virtud de la AOW y de la AKW, pero duda sobre si el Derecho de la Unión se opone a esta exclusión, a la luz de las disposiciones de la Unión relativas a la libre circulación de los trabajadores y de los ciudadanos, esto es, el artículo 45 TFUE y los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, respectivamente. En esa línea argumental, trae al debate la STJUE de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, *Kits van Heijningen*), que versaba sobre un trabajo a tiempo parcial, preguntándose el Tribunal si la doctrina sentada en esa sentencia se puede aplicar también a un contrato de trabajo eventual.

Consecuentemente, el Tribunal superior decidió suspender los procedimientos y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

Primera: a) ¿Debe interpretarse el artículo 13, apartado 2, frase introductoria, y letra a), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, en el sentido de que el residente en un Estado miembro que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento y que durante un tiempo no superior a dos o tres días al mes trabaja por cuenta ajena en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro, está sometido por esa razón a la legislación en materia de Seguridad Social del Estado de empleo?

b) En caso de respuesta afirmativa a la anterior cuestión, ¿existe sujeción a la legislación en materia de Seguridad Social del Estado de empleo tanto durante los días en que se ejercen las actividades como durante los días en que no se ejercen y, en caso de respuesta afirmativa, por cuánto tiempo continúa la sujeción a dicha legislación después de las últimas actividades efectivamente realizadas?

Segunda: ¿Se opone el artículo 13, apartado 2, frase introductoria, y letra a), en relación con el artículo 13, apartado 1, del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, a que un trabajador migrante al que le es aplicable la legislación en materia de Seguridad

Social del Estado de empleo sea considerado, en virtud de una normativa nacional del Estado de residencia, afiliado conforme a la AOW en este último Estado?

Tercera: a) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones en materia de libre circulación de trabajadores y/o libre circulación de los ciudadanos de la Unión, en el sentido de que, en circunstancias como las de los presentes litigios, se opone a la aplicación de una disposición nacional como la del artículo 6 *bis* de la AOW y/o la AKW, en virtud de la cual un trabajador migrante residente en los Países Bajos queda excluido en dicho país del seguro de la AOW y/o de la AKW debido a que está sometido exclusivamente a la legislación en materia de Seguridad Social de Alemania, en una situación en la que dicho trabajador, en su condición de empleado en una actividad menor, está excluido del seguro de vejez y no tiene derecho a percibir la asignación por hijo a cargo?

b) ¿Tiene alguna importancia para la respuesta a la cuestión anterior el hecho de que existía la posibilidad de contratar un seguro voluntario en virtud de la AOW, o bien de solicitar al SVB la conclusión de un acuerdo conforme al artículo 17 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71?

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. El marco normativo

Conviene, antes de entrar a analizar las respuestas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales que se le plantean, exponer las normas comunitarias y nacionales de aplicación a los supuestos conflictivos.

Por una parte, del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 interesa destacar lo dispuesto en los siguientes preceptos:

- El artículo 2.1, titulado “Campo de aplicación personal”, establece que “El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes”.

- El artículo 13, comprendido en el título II, rubricado “Determinación de la legislación aplicable”, dispone:

1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 14 *quater* y 14 *septies*, las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento solo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo a las disposiciones del presente título.

2. Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 14 a 17:

a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio

de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro;

[...]

f) la persona a la que deje de serle aplicable la legislación de un Estado miembro, sin que por ello pase a aplicársele la legislación de otro Estado miembro de conformidad con una de las reglas enunciadas en las letras anteriores o con una de las excepciones o normas especiales establecidas en los artículos 14 a 17, quedará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, de conformidad con las disposiciones de esta legislación únicamente.

- El artículo 17, titulado “Excepciones a las disposiciones de los artículos 13 a 16”, prevé que “Dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, excepciones a las disposiciones de los artículos 13 a 16”.

Por otra parte, del derecho neerlandés hay que reparar en lo dispuesto en la Ley del régimen general de pensiones de jubilación (AOW) y en la Ley del régimen general de prestaciones familiares (AKW), puesto que, en ambas, el artículo 6 bis, letra b), establece que “no tendrá la consideración de asegurada la persona a la que sea aplicable la legislación de otro Estado en virtud de un convenio o de una decisión de una organización internacional”.

Varios Decretos sobre ampliación y limitación de las categorías de personas afiliadas a los seguros sociales –*Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen*– (en lo sucesivo, BUB) se sucedieron en el período de los litigios principales, estableciendo que no tendrían la consideración de “asegurado” en el sentido, entre otras, de la AOW el residente que trabajara por cuenta ajena fuera del Reino de los Países Bajos y estuviera asegurado en ese concepto en virtud de un régimen legal en vigor en el país de empleo en materia de prestaciones de vejez y de fallecimiento, así como de prestaciones familiares. Tanto el BUB de 1989 como el BUB de 1999 contenían una norma de equidad en sus artículos 25 y 24, respectivamente, que habilitaba al SVB para conceder excepciones en determinados casos, con objeto de remediar situaciones de injusticia grave que pudieran derivar de la obligación de seguro o de la exclusión de la misma en virtud del citado Decreto, o para no aplicar las disposiciones del BUB 1999 o conceder excepciones a ellas en el supuesto de que su aplicación, dado el alcance de la ampliación y la limitación de la categoría de personas aseguradas, diera lugar a una grave injusticia derivada exclusivamente de la obligación de seguro o de la exclusión de la misma, en virtud de ese último Decreto.

2.2. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La sentencia que se comenta da respuesta, en el mismo orden que se presentan, a las cuestiones prejudiciales.

La primera, en síntesis, suscita la duda de si el artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que el residente de un Estado miembro, que

está comprendido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento y que trabaja durante varios días al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual –*minijobs*– en el territorio de otro Estado miembro, está sometido a la legislación del Estado de empleo y, en caso afirmativo, si esa sujeción abarca también los días durante los que no se ejerce ninguna actividad por cuenta ajena.

No se discute que las prestaciones en cuestión reúnen las condiciones para tener la consideración de prestaciones de vejez o de prestaciones familiares *ex* artículo 4.1.c) y h) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, por lo que quedan comprendidas las situaciones controvertidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de dicho Reglamento. La duda se plantea, por el contrario, en lo relativo al ámbito de aplicación *ratione personae* del Reglamento (CEE) núm. 1408/71.

Antes de dar su contestación, se recuerda que el Reglamento comunitario establece un sistema de coordinación de los regímenes nacionales de Seguridad Social, conteniendo en su Título II normas para determinar la legislación aplicable a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión [STJUE de 16 de mayo de 2013 (C-589/10, Wencel)]. La finalidad es que los interesados queden sujetos al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro, de manera que se evite la acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivar [SSTJUE de 12 de junio de 1986 (C-302/84, Ten Holder), de 10 de julio de 1986 (C-60/85, Luijten), de 20 de mayo de 2008 (C-352/06, Bosmann) y de 12 de junio de 2012 (C-611/10 y C-612/10, Hudzinski y Wawrzyniak)]. Se consigna, así, el “principio de la unicidad de la legislación aplicable”, expresado en los siguientes términos: el trabajador al que sea aplicable ese Reglamento solamente estará sometido a la legislación de un único Estado miembro (art. 13.1 Reglamento (CEE) núm. 1408/71). En concreto, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro [art. 13.2.a) Reglamento (CEE) núm. 1408/71], es decir, únicamente se le puede aplicar la legislación de este Estado miembro [SSTJUE de 12 de junio de 1986 (C-302/84, Ten Holder) y de 20 de mayo de 2008 (C-352/06, Bosmann)].

A la cuestión primera planteada, le resulta aplicable la jurisprudencia nacida de la STJUE de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, Kits van Heijningen), relacionada con un trabajo a tiempo parcial ejercido dos días por semana, durante dos horas cada día, estimando el Tribunal de Justicia que no hay nada en los términos del artículo 1.a) o del artículo 2.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 que permita excluir del ámbito de aplicación de este Reglamento a determinadas categorías de personas en razón del tiempo que dedican al ejercicio de su actividad. Por consiguiente, se concluye que el tiempo destinado al ejercicio de la actividad por cuenta ajena carece de relevancia para determinar la aplicabilidad del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 a la persona interesada, y considera, entonces, que una persona que trabaja dos o tres días al mes entra en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento y queda sujeta a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerce la actividad por cuenta ajena.

Siendo afirmativa la primera respuesta, a continuación se pregunta si la legislación del Estado miembro de empleo es aplicable, además de a los días durante los que se ejerce la actividad por cuenta ajena, también a los días en los que esta no se ejerce. Como el artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 no introduce distinción alguna, según que la

actividad por cuenta ajena se ejerza a jornada completa o a tiempo parcial, y, sobre todo, por que el objetivo que esa disposición persigue se frustraría si hubiera que considerar que la aplicación de la legislación del Estado miembro interesado se limita a los períodos en los que se ejerce la actividad, excluyendo aquellos durante los que el interesado no la ejerce [STJUE de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, Kits van Heijningen)], la misma doctrina es aplicable a una actividad por cuenta ajena ejercida con carácter eventual, como las actividades objeto de los litigios principales. En ese sentido, confirma el Tribunal de Justicia que la legislación del Estado miembro de empleo sigue siendo aplicable mientras la persona interesada ejerza su actividad laboral en el territorio de ese Estado miembro, y “carecen de pertinencia la existencia y la clase de relación laboral, como el trabajo a tiempo parcial o el trabajo eventual, o bien el número de horas trabajadas por el interesado”. Interpretación que no queda desvirtuada por la jurisprudencia referida al artículo 13.2.f) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, según la cual esa disposición, que somete, con las condiciones que enuncia, a una persona a la legislación del Estado miembro de residencia, es aplicable tanto a las personas que hayan cesado definitivamente de ejercer toda actividad profesional como a las que únicamente hayan cesado temporalmente de ejercerla [SSTJUE de 11 de junio de 1998 (C-275/96, Kuusijärvi) y de 11 de noviembre de 2004 (C-372/02, Adanez-Vega)]. Y ello porque, como mantuvo fundadamente el SVB, el período durante el que no se ejerce la actividad en concepto de trabajo eventual no se puede considerar un cese temporal de la actividad.

En suma, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a la primera cuestión que el artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que “el residente de un Estado miembro, que está comprendido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento y que trabaja durante varios días al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro, está sometido a la legislación del Estado de empleo tanto durante los días en los que ejerce una actividad por cuenta ajena como durante los días en que no la ejerce”. Aplicando esta conclusión al supuesto de hecho, como resulta que la relación laboral entre la esposa del Sr. Giesen y su empleador duró cinco años ininterrumpidos, durante ese tiempo esa señora estuvo sometida a la legislación del Estado miembro de empleo, en ese caso la legislación alemana.

La segunda pregunta –parece que presumiendo el sentido de la respuesta primera– plantea si el artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, puesto en relación con el apartado 1 del mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un trabajador migrante, sometido a la legislación del Estado miembro de empleo, perciba en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia las prestaciones correspondientes al régimen de seguro de vejez o las prestaciones familiares de ese último Estado; máxime, en las circunstancias de los asuntos principales, cuando la actividad del trabajador no dio lugar a su afiliación “total” o “completa” al régimen de Seguridad Social de ese Estado, particularmente en lo concerniente a las prestaciones familiares y a la pensión de vejez, y la legislación del Estado de residencia excluye de la AKW y de la AOW la afiliación de un trabajador migrante a su régimen de seguro de prestaciones familiares y al de vejez.

Se alude a que la doctrina del propio Tribunal de Justicia ya aceptó excepciones al principio de unicidad y reconoció la facultad de un Estado miembro, que no fuera competente en virtud de las disposiciones del Título II del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, para conceder, con sujeción a ciertas condiciones, prestaciones familiares a un trabajador migrante en aplicación de su Derecho nacional. Así, la STJUE de 20 de mayo de 2008

(C-352/06, Bosmann), en un contexto en el que no había acumulación de prestaciones familiares del mismo tipo a pesar de la aplicación simultánea de las legislaciones de los dos Estados miembros, apreció que, aunque el Derecho de la Unión no obligaba a las autoridades competentes del Estado de residencia a conceder a la Sra. Bosmann la prestación familiar en cuestión, tampoco cabía excluir la posibilidad de tal concesión, si esa persona podía obtener esas prestaciones por el solo hecho de su residencia en ese Estado miembro; si bien, conforme al artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, la persona que ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro está sometida a la legislación de ese Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro, no es menos cierto –continúa la argumentación– que dicho Reglamento no tiene por objeto impedir al Estado de residencia conceder prestaciones familiares a dicha persona con arreglo a su legislación nacional. De igual manera, mas en sentido inverso, la STJUE 12 de junio de 2012 (C-611/10 y C-612/10, Hudzinski y Wawrzyniak) reconoció la facultad del Estado miembro, que no era competente en virtud de las disposiciones del Título II de ese Reglamento, pero en cuyo territorio un trabajador migrante había ejercido un trabajo temporal y había estado sujeto al impuesto sobre la renta por obligación personal, para conceder una prestación por hijo a cargo complementaria de la pagada por el Estado miembro de residencia.

Pues bien, en primer lugar, sobre las prestaciones familiares y la situación de la Sra. Franzen, se observa que –al igual que la legislación alemana en las circunstancias propias de la Sra. Bosmann– la legislación neerlandesa no somete el derecho a una prestación familiar a condiciones de empleo o de seguro, por lo que el solo hecho de residir en los Países Bajos basta para percibir las prestaciones familiares, eso sí con abstracción de la cláusula de exclusión prevista en el artículo 6 *bis*, letra b), de la AKW y de la AOW, que se propone trasponer el principio de unicidad en la legislación nacional. Además, y así hay que destacarlo, no obstante la aplicación formal de la legislación del Estado miembro de empleo, la Sra. Franzen no tuvo derecho a las prestaciones sociales referidas a causa del limitado número de horas trabajadas y de los bajos ingresos derivados de la actividad por cuenta ajena ejercida en su territorio; por lo tanto, al igual que el asunto que dio lugar a la sentencia Bosmann, las circunstancias del asunto de la Sra. Franzen no revelan una acumulación de prestaciones familiares de la misma naturaleza relacionadas con un mismo período de seguro.

En segundo lugar, en lo tocante a las prestaciones de vejez y al complemento de pareja objeto de los litigios en los que son parte los Sres. van den Berg y Giesen, se pone de manifiesto que concurren las condiciones materiales de concesión de esas prestaciones en aplicación de la legislación del Estado miembro de residencia y que la concesión de esas prestaciones no da lugar a una acumulación de prestaciones de la misma naturaleza relacionadas con un mismo período, en caso de aplicación simultánea de las legislaciones del Estado de residencia y del Estado de empleo. La condición de residencia basta para estar afiliado al régimen legal del seguro de vejez neerlandés, incluso en caso de inactividad de la persona durante un cierto período, sin embargo los interesados perdieron su afiliación en los Países Bajos porque estuvieron ejerciendo un trabajo eventual en el territorio alemán, aunque sin estar afiliados al régimen de seguro de vejez en Alemania a causa de sus bajos ingresos.

Conforme a las anteriores consideraciones, se responde a la segunda cuestión que el artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, puesto en relación con el apartado 1 del mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que “no se opone a que un trabajador

migrante, sometido a la legislación del Estado miembro de empleo, perciba en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia las prestaciones correspondientes al régimen de seguro de vejez y las prestaciones familiares de ese último Estado”. Por consiguiente, de forma análoga a la sentencia Bosmann, cabe concluir que el Reglamento comunitario no prohíbe que un trabajador migrante sometido parcialmente al régimen de Seguridad Social del Estado miembro de empleo, que reúne las condiciones materiales para la concesión de esas prestaciones en aplicación de la legislación de su Estado miembro de residencia y cuya situación no da lugar a una acumulación de prestaciones de la igual naturaleza relacionadas con el mismo período, perciba prestaciones familiares y de vejez en ese último Estado miembro.

Siendo negativa la respuesta a la segunda cuestión enunciada por el Tribunal remitente, como el mismo sostiene en su escrito de remisión, la conclusión derivada solo podría ser dejar inaplicada la cláusula de exclusión del artículo 6 bis, letra b), de la AKW y de al AOW y aplicar, en cambio, la norma de equidad prevista por los BUB 1989 y BUB 1999 para remediar las graves injusticias resultantes de la obligación de seguro o de la exclusión de esta. Siendo esa la conclusión adelantada por el Tribunal remitente, “no ha lugar a responder a la tercera cuestión”.

Y por más que nada se diga al respecto, el hecho de que el trabajador haya tenido la posibilidad de contratar un seguro voluntario³, o de solicitar a la autoridad competente la celebración de un acuerdo en el sentido del artículo 17 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, no tiene ninguna incidencia sobre la respuesta dada.

En virtud de todo lo anterior, y después de hacer una consideración sobre las costas del proceso, el Tribunal de Justicia declara:

1) El artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 “debe interpretarse en el sentido de que el residente de un Estado miembro, que está comprendido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento y que trabaja durante varios días al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro, está sometido a la legislación del Estado de empleo tanto durante los días en los que ejerce una actividad por cuenta ajena como durante los días en que no la ejerce”.

2) El artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, puesto en relación con el apartado 1 del mismo artículo, “debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias de los litigios principales, no se opone a que un trabajador migrante, sometido a la legislación del Estado miembro de empleo, perciba en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia las prestaciones correspondientes al régimen de seguro de vejez y las prestaciones familiares de ese último Estado”.

³ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que “los trámites que deben emprender por iniciativa propia los trabajadores no residentes que deseen contratar un seguro con carácter voluntario, así como las restricciones relacionadas con un seguro de ese tipo, como el cumplimiento de los plazos para presentar una solicitud de seguro, constituyen elementos que colocan a los trabajadores no residentes, que sólo pueden acceder a un seguro con carácter voluntario, en una situación menos favorable respecto de los residentes, que están cubiertos por un seguro obligatorio” [STJUE de 17 de enero de 2012 (C-347/10, Salemkink)].

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea da respuesta fundada, sobre la base de su anterior doctrina, a varias situaciones de hecho que, aplicando en sus propios términos la norma comunitaria de referencia, esto es, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, y la legislación de los Estados de empleo –el Derecho alemán– y de residencia –el Derecho neerlandés– había llevado a los tribunales nacionales, en la instancia, a limitar la protección de los trabajadores que ejercieron su derecho a la libre circulación. Se trataba de personas que, durante determinados períodos de su vida profesional habían ejercido, residiendo en los Países Bajos, una actividad en Alemania durante un número limitado de horas a la semana o al mes, en virtud de contratos de trabajo eventuales, los llamados “minijobs”.

Esas personas, sin duda, quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y están o estuvieron sujetas a la legislación alemana en materia de Seguridad Social, que es la de Estado de empleo, tanto los días en los que ejercieron una actividad por cuenta ajena como durante los días en que no la desarrollaron. Así resulta de la aplicación del “principio de unicidad de la legislación aplicable”, si bien las recientes sentencias dictadas en asuntos relativos al pago de prestaciones familiares apuntan hacia una flexibilización de la jurisprudencia comunitaria en cuanto a la aplicación estricta de aquel principio.

A esta línea interpretativa, como se ha dicho, se suma la STJUE de 23 de abril de 2015 (C-382/13, Franzen, Giesen y van den Berg). En principio, el Reglamento comunitario no se opone a que esas personas sean excluidas del régimen legal del seguro de prestaciones familiares y del seguro de vejez neerlandés, como tampoco se oponen dicho Reglamento o las normas de Derecho primario relativas a la libre circulación de trabajadores a que la legislación neerlandesa excluya a estas mismas personas de su régimen nacional de Seguridad Social, por la única razón de que están sujetas a la legislación alemana en materia de Seguridad Social. Ahora bien, como la situación de empleo no les posibilitaba una cobertura global frente a determinados riesgos, pues solamente, por la marginalidad del trabajo prestado, debían cotizar por el seguro de accidentes de trabajo, la ausencia o negación del derecho a prestaciones familiares o a prestaciones de jubilación al amparo del régimen del seguro de vejez, según el caso, ni en Alemania (Estado de empleo) ni en los Países Bajos (Estado de residencia), conllevaba una posición de perjuicio para los trabajadores, que de no haber ejercido el derecho a la libre circulación sí se les hubiera reconocido, aplicando la legislación del Estado de residencia. Distinta hubiera sido la conclusión si esos trabajadores pudieran haber sido beneficiarios de prestaciones familiares o de prestaciones de vejez en el Estado de empleo, con el fin de evitar una doble protección.

El elemento determinante para alcanzar esta solución jurisprudencial –de justicia material, así debe calificarse– es que, por los contratos de trabajo eventuales de corta duración o por los contratos menores, no se tiene derecho a prestaciones familiares o a prestaciones de vejez en el Estado de empleo, siendo la protección social concedida esa legislación casi inexistente, solo frente a los accidentes de trabajo. El mayor beneficio de la legislación del Estado de residencia, como resuelve el Tribunal de Justicia, lleva a suspender la aplicación o, mejor expresado con otras palabras, a no aplicar en su literalidad el artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, en los supuestos de hecho que dan lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales, debiendo interpretarse en el sentido formulado, favorable a la protección de los trabajadores, siempre que no acumulen prestaciones ante la actualización de la misma contingencia.

Laborem

6. Desempleo

Hacia una noción «comunitaria» de «paro parcial» en el trabajo
fronterizo a efectos de la determinación del Estado competente
para conceder prestaciones por desempleo
Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión
Europea (Sala Octava), de 5 de febrero de 2015, asunto
C-655/13

Towards a «community» notion of «partial unemployment» in
the frontier work for the purpose of determining the state
competent to grant unemployment benefits

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
PROFESOR TITULAR (ACREDITADO A CATEDRÁTICO) DE UNIVERSIDAD
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Conforme a la doctrina del TJUE, el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro. Por consiguiente, el Estado competente para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo parcial (aún en el caso de un trabajador fronterizo) es aquel Estado en el que sigue el trabajador realizando su prestación parcial de servicios –e incluso contratado por otra empresa- y no el del territorio de su residencia.

Abstract

According with the doctrine of the TJUE, the art. 71, ap. 1, letter a), clause i), of the Regulation nº 1408/71, must be interpreted to the effect that it has the condition of frontier worker in partial unemployment, a frontier worker who, immediately after the end of a labor full-time relation with a employer in a Member state, is part-time contracted by another company in the same Member state. Consequently, the competent State for the recognition of the benefits for partial unemployment (still in case of a frontier worker) is that State in which the worker continues realizing his partial presentation of services -and even contracted by another company- and not that of the territory of his residence.

Palabras clave

trabajo fronterizo; paro parcial; prestaciones de desempleo; estado competente.

Keywords

frontier work; partial unemployment; unemployment benefits; competent state.

1. EL DERECHO DE COORDINACIÓN COMUNITARIO EN SEGURIDAD SOCIAL Y SU APLICACIÓN A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

El “Derecho de coordinación” en materia de Seguridad Social –en su vertiente *hard law*– surge como complemento necesario de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea (EU), con la finalidad de evitar que los regímenes de Seguridad Social no se conviertan en un obstáculo al ejercicio de dicha libertad. Actualmente, la base primaria de esta competencia se encuentra en el art. 48 TFUE, donde se contempla la instauración de un sistema que permita garantizar, a los trabajadores migrantes, en el marco de la libre

circulación de trabajadores: por un lado, la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; por otro, que permita el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros. Este precepto del TFUE no tiene como finalidad crear un sistema comunitario único de Seguridad Social, sino que se limita a remover las trabas a la libre circulación de trabajadores y a coordinar los sistemas nacionales existentes, para que los trabajadores que se desplacen puedan conservar sus derechos adquiridos y/o en curso de adquisición, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de Seguridad Social¹.

La normativa de coordinación se caracteriza por ser “neutral” respecto del contenido material de las normas nacionales, de forma que no limita las competencias de los Estados miembros de ordenar sus sistemas de Seguridad Social, por lo tanto, cada Estado conserva su derecho a determinar los tipos de prestaciones y las condiciones para su concesión. Cada sistema nacional mantiene plena libertad para decidir si activa o no una determinada prestación, en relación a quién la activa y en qué condiciones. La UE interviene solamente para garantizar una coordinación eficaz de tales sistemas nacionales para evitar que la existencia de barreras en el acceso o en el curso de adquisición de los derechos se traduzca en un obstáculo a la libre circulación de las personas en la UE para buscar o desempeñar un trabajo². De todos modos, el legislador nacional no podrá aprobar ninguna disposición que obstaculice o disuada del ejercicio de la libre circulación, sin justificación objetiva, máxime cuando puedan ser calificables de discriminatorias por razón de la nacionalidad. La persona que ha ejercido su derecho de desplazarse y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro no debe encontrarse en una posición de desventaja en materia de Seguridad Social respecto a los que, en cambio, han residido y trabajado siempre en un único Estado miembro.

Este Derecho de coordinación se destina primordialmente a la resolución de los conflictos de leyes relativos a la Seguridad Social, habida cuenta de la heterogeneidad de los ordenamientos nacionales en presencia, guiándose por la idea de proporcionar un régimen de garantías suficiente en materia de protección social a los trabajadores comunitarios migrantes, para que no se encuentren en una situación perjudicial por haber trabajado en más de un Estado miembro de la Unión Europea. En consecuencia, se trata de evitar que existan hipótesis de doble afiliación y cotización en caso de concurso en la aplicación de diferentes regímenes o bien la ausencia de cualquier cobertura de aseguramiento obligatorio en las hipótesis en que los ordenamientos en cuestión declinen ambos su propia aplicabilidad.

Las prestaciones por desempleo también se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación, de manera que es de aplicación la técnica de la totalización de los períodos de cotización y el resto de principios que inspiran la materia. Ahora bien, las nociones utilizadas no siempre son equivalentes y ello encuentra reflejo en la jurisprudencia comunitaria sobre la noción de “paro parcial”, con ocasión de la determinación del Estado competente para la protección del desempleado parcial en el caso

¹ NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., GÓMEZ MUÑOZ, J. M. (dirs.): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, p. 128.

² PIZZOFERRATO, A.: “La Sicurezza Sociale”, en AA.VV., *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 344.

de trabajo transfronterizo en el marco de la libre circulación de trabajadores. La necesidad de una noción comunitaria de “paro parcial” –hasta ahora de construcción jurisprudencial– para no restringir el ámbito aplicativo de las normas relativas a la determinación que establecen la competencia del Estado miembro en que se presta servicios (el más adecuado para garantizar una tutela que pueda permitir al trabajador alcanzar un empleo a tiempo completo). En este caso, es la diferencia entre lo que se considera “paro *parcial*” y “paro *total*” lo que plantea el problema de la determinación de la competencia del Estado miembro competente para la concesión de las correspondientes prestaciones por desempleo. A tal efecto, la delimitación de estos conceptos por cada ordenamiento nacional se muestra insuficiente, debiendo existir una conceptualización europea a efectos de que no se distorsione la determinación del Estado competente de la protección en cada caso específico en función de las heterogéneas conformaciones nacionales de estos conceptos. Los elementos diferenciales pueden venir en la exigencia o no de que la empresa que mantiene parcialmente la contratación sea o no la misma que tenía contratado al trabajador a tiempo parcial, al carácter temporal o definitivo de la reducción de jornada, o bien en relación al número de horas de actividad que se mantienen para considerar si se da o no la situación de desempleo parcial.

La conformación de este tipo de protección por desempleo es poco homogénea en los diferentes Estados miembros de la UE, de manera que, mientras no se construya un verdadero sistema europeo común de protección por desempleo, las divergencias conceptuales van a seguir siendo un elemento de distorsión para la libre circulación de trabajadores y subsistirá la necesidad de “forjar” nociones comunitarias que deben imponerse a las conceptualizaciones de las legislaciones nacionales. Al respecto, es conveniente recordar que el “desempleo parcial” es una institución de Seguridad Social especialmente problemática, sobre su ordenación jurídica siempre ha sobrevolado la “sospecha de fraude” y la problemática para un control efectivo del tiempo efectivamente trabajado.

2. MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE PLANTEA EL CASO CONCRETO

El Asunto C-655/13 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Centrale Raad van Beroep* (Países Bajos), mediante resolución de 9 de diciembre de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia (TJUE) el 12 de diciembre de 2013, en el procedimiento entre H. J. Mertens y *Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 71 Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (en adelante, Reglamento n° 1408/71)³.

³ En su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n° 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998. Téngase en cuenta que el Reglamento 1408/71 ha sido sustituido por el Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril, sobre Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, aunque la entrada en vigor de este nuevo Reglamento quedó pendiente de la aprobación de unas nuevas normas de aplicación, que se han recogido por el Reglamento (CE) n° 978/2009, de 16 de septiembre; esta nueva normativa está en vigor (...)

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Mertens y el *Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekering* (Consejo de Administración del Organismo Gestor de la Seguridad social de los Trabajadores por Cuenta Ajena; en lo sucesivo, *Uwv*), en relación con una negativa de éste a conceder a la interesada determinadas prestaciones de desempleo.

El sistema de coordinación se asienta sobre el “principio de unicidad de la legislación aplicable”, conforme al cual se trata de garantizar la aplicación de un solo ordenamiento de Seguridad Social del migrante, evitando conflictos de leyes tanto positivos como negativos. Una vez identificada la legislación aplicable en materia de Seguridad Social será posible determinar también cuáles sean la “Autoridad Competente”, la “Institución Competente” y el “Estado Competente”. El art. 1 del Reglamento nº 1408/71, intitulado “Definiciones”, establece que, para los fines de aplicación de dicha norma [apartado o)] la expresión “*institución competente*” designa: i) la “institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones”; o ii) la “institución de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o tendría derecho a prestaciones si residiera, o si el miembro o los miembros de su familia residieran en el territorio del Estado miembro donde se encuentra esta institución”; o iii) la “institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate”; o iv) si se trata de un régimen relativo a las obligaciones del empresario en relación con las prestaciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 4, ya sea el empresario o el asegurador subrogado, ya sea, en su defecto, el organismo o la autoridad designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate. De otra parte [apartado q)] la expresión “*Estado competente*” designa el “Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la institución competente”.

Por su parte, el art. 13.1 del Reglamento nº 1408/71 dispone que, sin perjuicio de las disposiciones del art. 14 *quater* y 14 *septies*, las personas a las cuales sea aplicable el Reglamento “*sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro*” (“principio de unicidad de la legislación aplicable”) y esta legislación será determinada con arreglo a las disposiciones de la propia norma. En el ap. 2 del art. 13 de Reglamento nº 1408/71, sin perjuicio de las disposiciones de los arts. 14-17 de la norma, se establece que “*la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro*” [letra a)]. Lo que erige el criterio de la *lex loci laboris* como regla general en la determinación de la legislación a la que se sujeta la persona asegurada.

La legislación nacional aplicable es, como regla general, aquélla donde el migrante estuvo empleado o cubrió períodos de seguro como trabajador en último lugar (con independencia de que se aplique también la técnica de la totalización de períodos de cotización). Para los trabajadores fronterizos existen reglas especiales en cuanto a la protección por desempleo. El art. 71.1 del Reglamento nº 1408/71 establece los criterios de selección de la legislación aplicable conforme al siguiente tenor, que diferencia entre las

desde el 1 de mayo de 2010, y desde ese momento las referencias a los Reglamentos 1408/71 y 574/72 habrán de entenderse hechas a los Reglamentos 883/2004 (como nuevo “Reglamento base”) y 987/2009 (como nuevo “Reglamento de aplicación”).

situaciones de paro parcial o total: El trabajador por cuenta ajena en situación de desempleo que residiera, mientras ocupaba su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, disfrutará de las prestaciones conforme a las normas siguientes: a) i) el “trabajador fronterizo que se halle en paro parcial o accidental en la empresa que le da ocupación, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado competente como si residiese en el territorio del mismo”; estas prestaciones serán abonadas por la institución competente; ii) el “trabajador fronterizo que se halle en paro total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, como si hubiera estado sometido a dicha legislación mientras ocupaba su último empleo”; estas prestaciones serán abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia.

Por lo tanto, el principio de territorialidad –aplicado a las prestaciones por desempleo– cede en los casos de “paro total”, la regla del Estado de residencia opera también para las prestaciones por desempleo de los “trabajadores fronterizos”, entendiéndose por tales las personas que desarrollan un trabajo por cuenta ajena o una actividad autónoma en un Estado miembro y que residen en un Estado diferente y al que retornan, como regla, diariamente o al menos una vez a la semana. El trabajador fronterizo en desempleo total deberá, por lo tanto, solicitar la prestación por desempleo a la entidad competente de su Estado de residencia, incluso aunque no haya realizado a la misma cotización alguna, y recibirá la prestación como si hubiera estado asegurado en la misma durante el transcurso del último periodo de ocupación. Pero la regla de territorialidad no cede en caso de que el paro sea “parcial”, y aquí es donde despliega su eficacia la noción jurisprudencial del TJUE.

3. SUPUESTO DE HECHO DEL LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

En el caso concreto, desde el 1 de enero de 2003 al 28 de febrero de 2009, la Sra. Mertens estuvo contratada a tiempo completo por la empresa *Saueressig GmbH* en Vreden (Alemania); a partir del 1 de marzo de 2009, la Sra. Mertens estuvo contratada a tiempo parcial, a saber, diez horas a la semana, por *ATG Service GmbH* en Ahaus (Alemania). Durante el período comprendido entre el año 2003 y el año 2009, la Sra. Mertens residía en Enschede (Países Bajos).

La Sra. Mertens solicitó al *Uwv* la concesión de prestaciones al amparo de la Ley neerlandesa de desempleo (*Werkloosheidswet*). El *Uwv* desestimó esta solicitud al estimar que, en virtud del Reglamento nº 1408/71, la Sra. Mertens debía ser calificada de trabajador fronterizo y que, como se hallaba en situación de paro parcial, debía presentar una solicitud para obtener las prestaciones de desempleo en el Estado miembro de su lugar de trabajo, que en su caso se trataba de Alemania. El órgano jurisdiccional neerlandés que conoció del litigio en primera instancia consideró igualmente que la Sra. Mertens estaba sometida a la normativa alemana.

Mediante resolución de 29 de abril de 2009, la *Bundesagentur für Arbeit* (Agencia Federal de Empleo Alemana) desestimó la solicitud de la Sra. Mertens para la obtención de las prestaciones de desempleo en Alemania. Esta Agencia estimó, de conformidad con el Código Social alemán (*Sozialgesetzbuch*), que la Sra. Mertens tenía la condición de

trabajador fronterizo en situación de paro total, dado que la continuación de su relación laboral a tiempo parcial se había producido con otro empresario.

La Sra. Mertens recurrió esta resolución ante el *Sozialgericht Münster* (Juzgado de lo Social de Münster, Alemania). Mediante sentencia de 18 de octubre de 2013, que ha adquirido firmeza, el *Sozialgericht Münster* desestimó el recurso interpuesto por la Sra. Mertens contra esa resolución de la *Bundesagentur für Arbeit*.

El *Centrale Raad van Beroep* (Tribunal contencioso-administrativo central, Países Bajos), ante el que la Sra. Mertens recurrió la resolución dictada por el órgano jurisdiccional neerlandés de primera instancia, considera que mientras estuvo contratada por las empresas *Saueressig* y posteriormente por *ATG*, la Sra. Mertens estaba sometida a la normativa alemana. Este Tribunal fundamenta su decisión en que el art. 71.1, letra a), inciso i) del Reglamento nº 1408/71 se refiere al trabajador fronterizo “*que se halle en paro parcial o accidental en la empresa que le da ocupación*”, así como que el art. 71.1, letra a), inciso ii), de dicho Reglamento se refiere al “*trabajador fronterizo que se halle en paro total*”. Según dicho Tribunal, el tenor de estas disposiciones no permite saber en qué Estado miembro recae la carga de las prestaciones de desempleo en la situación de un trabajador fronterizo en paro parcial que es contratado directamente por otro empresario en el mismo Estado miembro.

Según el Tribunal remitente de la cuestión, el TJUE declaró en su sentencia *de Laa*t (C-444/98, EU:C:2001:165), en relación con un trabajador fronterizo que ha dejado de tener cualquier vínculo con el Estado miembro en el que había trabajado y que se halla, por tanto, en paro total, en el sentido del art. 71, apartado 1, letra a), inciso ii), del Reglamento nº 1408/71, que el Estado miembro del lugar de residencia es competente en materia de prestaciones de desempleo. El *Centrale Raad van Beroep* se refiere también a la Decisión nº 205, de la Comisión administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, de 17 de octubre de 2005, relativa al alcance del concepto de “*desempleo parcial*” respecto de los trabajadores fronterizos, en la que, según afirma, esta Comisión administrativa consideró que el desempleo parcial está ligado a la existencia o inexistencia de vínculo contractual entre empleado y empleador. Por este motivo, el tribunal remitente estima que de la sentencia *de Laa*t (EU:C:2001:165) y de dicha Decisión parece desprenderse que, para poder considerar que la Sra. Mertens tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, debería haber existido una relación laboral continuada o nueva, incluso a tiempo parcial, pero consecutiva a la que vincula a la interesada con *Saueressig*, con ese mismo empresario. Según ese Tribunal, el trabajador sólo debe dirigirse a la institución de su lugar de residencia para ser asistido en la búsqueda de un empleo cuando ya no tenga ningún vínculo con el Estado miembro competente en el que trabajó y se encuentre en situación de paro total. Dicho tribunal deduce de ello que la carga de las prestaciones de desempleo recae en el Estado miembro que ofrece al interesado mayores posibilidades de encontrar un trabajo complementario. En el caso de autos, a este Tribunal le parece evidente que tal carga recae en la República Federal de Alemania.

No obstante, el Tribunal remitente alberga dudas al respecto, en particular, a la vista de la postura en sentido contrario adoptada por la *Bundesagentur für Arbeit*. Por tanto, ese Tribunal no excluye que quepa considerar a la Sra. Mertens en situación de paro total.

Dadas estas circunstancias, el *Centrale Raad van Beroep* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: “¿Procede interpretar el art. 71, apartado 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 en el sentido de que se opone a que se califique como trabajador fronterizo en paro parcial a un trabajador fronterizo que, inmediatamente después de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado por menos horas por otro empresario en el mismo Estado miembro?”.

4. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TJUE PARA RESOLVER LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Mediante su cuestión prejudicial, el Tribunal remitente pregunta si el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, en el sentido de dicha disposición, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro que no es el de su residencia, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro.

Hay que partir de la base de que el art. 71 Reglamento nº 1408/71 contiene disposiciones especiales aplicables a los desempleados que hayan residido, durante su último período de empleo, en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente. El TJUE ya había declarado que “las disposiciones de este precepto tratan de garantizar al trabajador migrante que se beneficie de las prestaciones de desempleo en las condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo” [*vid.* la Sentencia *Miethe*, 1/85, EU:C:1986:243, ap. 16 y jurisprudencia citada]. Esas disposiciones se distinguen de la norma general fijada en el art. 13.2 del Reglamento, que establece que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado [*vid.* Sentencia *Jeltes y otros*, C-443/11, EU:C:2013:224, ap. 20].

El criterio clave para interpretar la norma en cuestión se asienta sobre la identificación del Estado miembro en el que se dan las condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo, o un empleo que complemente la jornada a tiempo parcial que siga desarrollando la trabajadora, en este caso.

Así, en virtud del art. 71, ap. 1, letra a), inciso ii), del Reglamento nº 1408/71, los trabajadores fronterizos que se hallen en “paro total” están sometidos a la normativa del Estado miembro en cuyo territorio residen. El TJUE ha considerado que dicha disposición “presume implícitamente que un trabajador en esas circunstancias disfruta en ese Estado miembro de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo” [*vid.* en este sentido, las Sentencias *Miethe*, EU:C:1986:243, apartado 17, y *Jeltes y otros*, EU:C:2013:224, ap. 21].

De ello se desprende que el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71, que dispone que el trabajador fronterizo que se halle en paro parcial o accidental en la empresa que le da ocupación está sometido a la legislación del Estado miembro competente, “debe interpretarse en el sentido de que presume también implícitamente que es en ese Estado miembro donde un trabajador en esas circunstancias disfruta de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo”.

El TJUE aboga por una noción “comunitaria” de paro total o parcial específica a estos efectos. A este respecto, sostiene con claridad que los criterios que sirven para determinar si debe considerarse que un trabajador fronterizo por cuenta ajena se halla en paro parcial o en paro total, en el sentido del art. 71, ap. 1, letra a), del Reglamento n° 1408/71, “deben ser uniformes y venir fijados por el Derecho de la Unión”. El TJUE ha declarado así que “dicha apreciación no puede basarse en los criterios establecidos por el Derecho nacional” [vid. la sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 18]. Del mismo modo, el TJUE ha declarado también que el “objetivo de protección del trabajador”, perseguido en el art. 71 del Reglamento n° 1408/71, “no se alcanzaría si, cuando el trabajador afectado siguiera empleado por la misma empresa, pero a tiempo parcial, en un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio reside, aunque con la perspectiva de obtener un trabajo a tiempo completo, debiera dirigirse a una institución del Estado miembro de su lugar de residencia para que le asistiera en la búsqueda de un puesto de trabajo destinado a completar el que ya ocupa”. Y lo que más importa a efectos del caso concreto que nos ocupa, el TJUE considera que: “Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el trabajo a tiempo completo se haya convertido en un trabajo a tiempo parcial en virtud de la celebración de un nuevo contrato” [vid., en este sentido, la Sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 34].

Conforme al criterio del TJUE, esta conclusión se deriva del hecho de que la institución del Estado miembro del lugar de residencia del trabajador afectado se encontraría en “mucho peor situación que la del Estado miembro competente para ayudarle a encontrar un trabajo complementario cuyas condiciones fueran compatibles con el trabajo que ya ejerce a tiempo parcial, es decir, muy probablemente, un trabajo complementario que debería ejercer en el territorio del Estado miembro competente” [vid., en este sentido, la Sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 35].

Por este motivo, el TJUE establece que el trabajador “sólo debe dirigirse a la institución del Estado miembro de su lugar de residencia para ser asistido en la búsqueda de un empleo cuando ya no tiene ningún vínculo con el Estado miembro competente y se encuentra en paro total” [vid., en este sentido, la Sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 36]. De ello se desprende que –en contra de lo que sostiene el Gobierno alemán– una situación de *paro total* “implica necesariamente que el trabajador afectado ha dejado de trabajar por completo”. Por tanto, en el litigio principal, el TJUE considera que es “irrelevante la circunstancia de que la empresa que empleaba a la Sra. Mertens con un contrato de trabajo a tiempo completo no sea la misma que la que la empleó después con un contrato de trabajo a tiempo parcial”. Y para llegar a este razonamiento utiliza el argumento de la posible lesión “efecto útil” –reduciendo el ámbito de aplicación– de la propia norma si se utilizara una noción restrictiva de la misma, que se generaría con una interpretación del art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento n° 1408/71 que supeditase la aplicación de esta disposición al requisito de que la empresa en la que el trabajador fronterizo trabaja a tiempo parcial fuera la misma en la que antes trabajaba a tiempo completo.

Del mismo modo, también el TJUE considera que es irrelevante el hecho de que el contrato de trabajo controvertido en el litigio principal fije la duración del trabajo semanal en diez horas, puesto que el TJUE ya había declarado que no hay nada en los términos de la letra a) del art. 1 o del ap. 1 del art. 2 del Reglamento n° 1408/71 que permita excluir del ámbito de aplicación del Reglamento determinadas categorías de personas en razón del tiempo que consagran al ejercicio de su actividad [vid., por analogía, la Sentencia *Kits van*

Heijningen, C-2/89, EU:C:1990:183, ap. 10]. Esta interpretación del art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 es, según el TJUE, la “única que puede garantizar que los trabajadores fronterizos se considerarán en situación de paro parcial en el Estado miembro en el que disfruten de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo a tiempo completo”. Por lo tanto, el número de horas contratadas en el empleo a tiempo parcial que se mantiene, es un criterio irrelevante a efectos de la aplicación de la norma.

En consecuencia, el TJUE concluye que el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 “no puede interpretarse en el sentido de que excluye de su ámbito de aplicación al trabajador fronterizo que sigue manteniendo una relación laboral en el Estado miembro competente, aunque sea a tiempo parcial”; a lo que habría que añadir, incluso aunque sea con una empresa diferente a la que lo tenía contratado a tiempo completo. Repárese que no es inusual que, en el marco de reestructuraciones de plantilla, las empresas acuerden con sus trabajadores excedentes la recolocación –incluso a tiempo parcial– en otras empresas del mismo grupo empresarial o que mantienen con la empresa de origen algún tipo de vínculo financiero, productivo, comercial, etc.

Habida cuenta de todas las consideraciones sentadas por el TJUE, procede responder a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que “*tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, en el sentido de dicha disposición, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro*”. Por lo tanto, el Estado competente para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo parcial –aún en el caso de un trabajador fronterizo– es aquel Estado en el que sigue el trabajador realizando su prestación parcial de servicios –incluso contratado por otra empresa– y no el del territorio de su residencia (como sería en el caso de desempleo parcial).

5. DIVERGENCIAS CONCEPTUALES ENTRE LA NOCIÓN COMUNITARIA DE “PARO PARCIAL” Y NUESTRA NOCIÓN DE DERECHO INTERNO DE “DESEMPLEO PARCIAL”

Una vez sentada esta noción “comunitarizada” de “paro parcial” –de construcción jurisprudencial– a efectos de la determinación del Estado competente para las prestaciones por desempleo de los trabajadores fronterizos, conviene hacer algunas consideraciones sobre las divergencias de dicha noción con la que manejamos a nivel interno (el denominado “desempleo parcial”).

Básicamente, las diferencias son de un triple orden: a) situación de base, esto es, la jornada que se conserva ha de mantenerse con la misma empresa (no se contemplan la hipótesis de inmediata contratación a tiempo parcial por una nueva empresa tras cesar totalmente en la anterior); b) la situación se configura con carácter temporal y no permanente; y, por último, c) el número mínimo de horas contratadas que dejan de realizarse es un elemento que también condiciona la situación de desempleo parcial. Estos tres elementos son irrelevantes para la noción comunitaria de “paro parcial”.

En el ordenamiento español de Seguridad Social, el “desempleo total” se entiende como el cese del trabajador, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario. A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, decididas por el empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 trLET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (art. 262.2 trLGSS). El “desempleo parcial” se define como aquel en el que la jornada de un trabajador es objeto de una “reducción temporal” de su jornada ordinaria entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 trLET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo [art. 262.3 y 267.1 c) trLGSS]. Por lo tanto, sólo están amparadas las situaciones por desempleo que se mueven dentro de la horquilla de reducción de jornada ordinaria que fija la norma.

Es de destacar que la noción de la Seguridad Social española de desempleo parcial conforma una situación que no comprende las reducciones de jornada “definitivas” ni las que afecten a todo el período de vigencia del contrato de trabajo. Esta noción restrictiva de desempleo parcial ha sido calificada, con acierto, de “poco comprensible, cuando no discriminatoria”, dado que dentro de la misma empresa somete a situaciones bien diversas a los afectados, atendiendo tan solo a la naturaleza que posea su vínculo y/o a su mayor duración⁴. La diferencia en realidad proviene del *modus* jurídico o vía que la empresa para reducir la jornada y la duración –temporal o permanente– de la misma, de manera que solamente se protegen situaciones temporales y no definitivas de “parcialidad sobrevenida” en la jornada efectiva que se realiza. Por lo tanto, no cabe confundir esta situación de desempleo parcial con una reducción de jornada definitiva, adoptada en el marco de una modificación de las condiciones de trabajo al amparo del art. 41 trLET, que habilita al trabajador a rescindir su contrato de trabajo con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, sin esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada por la empresa sea la correcta, con derecho a percibir, en su caso, la prestación por desempleo, al tratarse de una situación expresamente reconocida en el art. 267.1 c) trLGSS.

Por último, en nuestra noción nacional no se contempla al posibilidad de considerar desempleado parcial al trabajador que, despedido de una empresa, pasa sin solución de continuidad a ser contratado a tiempo parcial por otra diferente.

Así pues, la situación fáctica contemplada por la sentencia en análisis no encajaría –en ninguno de los caracteres reseñados– en nuestra noción de “desempleo parcial”; y ello conviene tenerlo en cuenta porque, a pesar de ello, en situaciones similares el Estado español –cuando sea el del lugar donde el trabajador fronterizo desarrolla su prestación de servicios– sería el competente para el reconocimiento de dichas prestaciones (a la

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 438.

búsqueda del empleo “complementario” del que se mantiene), conforme a la legislación española. La consecuencia es que la situación no generaría derechos económicos prestacionales en España, pero entendemos que sí todas las prestaciones de servicios derivadas de las políticas activas de empleo para garantizar –o procurar– una integración plena –y no parcial– del trabajador fronterizo en nuestro mercado de trabajo (y hacer así más efectiva la libre circulación de trabajadores).

De todos modos, al no encontrarse en la noción de “situación legal de desempleo” como requisito para el acceso a la protección por desempleo la cuestión se antoja algo compleja desde un punto de vista jurídico. Por ello, considero más adecuado que se pudiera establecer como criterio el de *norma nacional más favorable para el trabajador*, dejando al trabajador la opción por beneficiarse de la protección nacional (respetando el principio de unicidad en la legislación aplicable) que considere más favorable para su situación, evitando así los casos en los que la protección del Estado competente –en situaciones de desempleo parcial de trabajadores fronterizos– sea inexistente o insuficiente y cuando el Estado de residencia del trabajador ofrezca una cierta tutela (o una más adecuada).

6. ¿HACIA UN SISTEMA EUROPEO COMÚN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO?

El surgimiento de este tipo de problemas aplicativos, para lograr que la libre circulación de trabajadores sea una realidad efectiva en la UE, y que las diferencias en los regímenes de protección por desempleo nacionales no sean un inconveniente funcional grave, sirve también para llamar la atención sobre la “aspiración” a vertebrar un verdadero *sistema común europeo de protección por desempleo*. Un sistema único que incremente la solidaridad entre los Estados (como herramienta también de estabilización económica), especialmente para afrontar –de manera más redistributiva y solidaria entre los Estados– los “efectos sociales asimétricos” de los *shocks* económicos en el seno de la UE⁵. Sería el correlato de las crecientes exigencias de mayor coordinación en materia de política y objetivos de empleo que se integra en los nuevos métodos de gobernanza económica a escala europea.

Este sería un debate mucho más amplio, y conllevaría una profunda reforma del propio Derecho originario de la UE (como ha tenido ocasión de reconocer la propia Comisión Europea)⁶ pero supondría elevar al plano de la UE –como verdadera política de la misma– una problemática que afecta muy gravemente a un cierto grupo de países socios, entre los que se encuentra muy significativamente España. En todo caso, conviene recordar que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE reconoce tanto el derecho de los ciudadanos a la protección en caso de pérdida del empleo (art. 38.1) como el derecho a una ayuda social para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes (art. 38.3) y que es obligación de los Estados miembros y de las instituciones de la UE garantizar su efectividad.

⁵ Sobre sus posibles modalidades de implementación, *vid.* los trabajos de DULLIEN, S.: *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays?*, Comisión Europea, diciembre 2013; “An unemployment insurance scheme for the euro area”, *Trésor-Economics*, núm. 132, junio 2014.

⁶ COMISIÓN EUROPEA: Strengthening the social dimension of the Economic and Monetary Union: frequently asked questions, Bruselas, 2 de octubre de 2013.

7. Totalización de los
periodos de
cotización

LABORUM

Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia (sala tercera) de 4 de febrero de 2015. Office national de l'emploi contra marie-rose melchior. Asunto C-647/13

Judgment of the Court of Justice of the European Union (third chamber), 4 february 2015, in case C-647/13. Commentary

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

El propósito de este informe es hacer un breve estudio y análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala tercera) de 4 de febrero de 2015, en el asunto C-647/13, relativa a una cuestión prejudicial sobre los requisitos para la concesión de prestaciones por desempleo en un Estado miembro y la consideración de los períodos de servicio prestados como agente contractual al servicio de una institución de la Unión Europea con sede en ese Estado miembro, así como la asimilación de los días en los que se percibe una asignación con arreglo al régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas a días trabajados. Principio de cooperación leal.

Abstract

The aim of this report is to conduct a brief study and analysis of the judgment of the Court of Justice of the European Union (Third Chamber), 4 February 2015, in Case C 647/13, reference for a preliminary ruling Social related to the conditions governing eligibility for unemployment benefit in a Member State and taking into account periods of work completed as a member of the contract staff of an institution of the European Union which is established in that Member State, the treatment of days of unemployment for which an allowance is paid under the Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities as working days, as well. Principle of sincere cooperation.

Palabras clave

Agentes Contractuales, Unión Europea Desempleo, Totalización de periodos, Cooperación leal

Keywords

Contract staff, European Union, Unemployment, Taking into account periods of work, Principle of sincere cooperation

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La señora Melchior de nacionalidad belga, ocupó distintos puestos como trabajadora por cuenta ajena antes de prestar servicios en la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas como agente contractual desde el 1 de marzo de 2005 al 29 de febrero de 2008.

Tras solicitar el 1 de marzo de 2008 las prestaciones por desempleo, la Office National de L'Emploi denegó el derecho a dichas prestaciones al no acreditar como trabajados 624 días durante los 36 meses anteriores a la solicitud, ya que dicho organismo no tuvo en cuenta el periodo en el que la interesada había prestados servicios en la Comisión.

Tras haber obtenido el derecho a la asignación por desempleo prevista por el ROA, norma que luego analizaremos, durante 12 meses a partir del 1 de marzo de 2008 y haber ocupado distintos puestos de trabajo en Bélgica entre el 20 de agosto de 2008 y el 13 de julio de 2009, la Sra. Melchior presentó una nueva solicitud de prestaciones por desempleo que también fue desestimada por la Office National de L'Emploi el 26 de agosto de 2009

debido, una vez más, a que no había demostrado que hubiera trabajado 624 días durante los 36 meses anteriores a la solicitud, es decir entre el periodo comprendido entre el 14 de julio de 2006 y el 14 de julio de 2009.

Para determinar el número de días trabajados, la Oficce National de L' Empleo sólo tuvo en cuenta los periodos correspondientes a diversos puestos de trabajo, pero denegó el derecho a la prestación, por un lado, por no considerar trabajo realizado en el extranjero los servicios prestados a la Comisión, y, por otro, no asimilar el periodo en el que percibió la asignación por desempleo en virtud del ROA, a periodo de trabajo.

A este respecto hay que señalar que el Real Decreto relativo al desempleo del Reino de Bélgica de 31 de diciembre de 1991, vigente en el momento de los hechos establecía en el artículo 37 que para tener derecho a prestaciones por desempleo el trabajador mayor de 50 años con jornada a tiempo completo debía haber trabajado 624 días durante los 36 meses anteriores a la solicitud de las prestaciones.

A este respecto el artículo 37.1 de dicha norma establecía que se considerarían prestaciones de servicio, el trabajo efectivo normal y las prestaciones suplementarias que no sean compensadas mediante periodos de descanso, realizadas en una profesión o en una empresa en las que se cotiza a la seguridad social por la contingencia de desempleo, por las cuales, simultáneamente:

1º.- Se haya abonado una remuneración por un importe de al menos igual al del salario mínimo fijado por una disposición normativa o reglamentaria o un convenio colectivo vinculante para la empresa, o, a falta de éstos, por el uso empresarial.

2º.- Se haya retenido sobre la retribución abonada las cotizaciones reglamentarias de seguridad social, incluidas las correspondientes al seguro de desempleo.

Además, el artículo 37.2 Real Decreto regulador de la prestación por desempleo establece que el trabajo realizado en el extranjero se tendrá en cuenta si se ha llevado a cabo en el marco de una relación laboral que daría lugar en Bélgica a retenciones de la Seguridad Social, incluidas las relativas a la contingencia de desempleo, si bien sólo será de aplicación si el trabajador ha trabajado por cuenta ajena con arreglo a la normativa belga con posterioridad al trabajo realizado en el extranjero.

Por otra parte el artículo 38.1.1.a) del mencionado Real Decreto señala que los días en los que se ha percibido una prestación en virtud de la normativa relativa al seguro contra el desempleo se asimilarán a días trabajados a efectos de la aplicación del artículo 30 y siguientes de la misma norma.

Disconforme con la resolución, Oficce National la Sra. Melchior recurrió ante el Tribunal du Travail de Bruselles que mediante sentencia de 14 de febrero de 2012, anuló la resolución y declaró que la interesada tenía derecho a prestaciones por desempleo a partir del 14 de julio de 2009 condenando a la Oficce National de L' Empleo al pago de dichas prestaciones. La entidad condenada recurrió la resolución ante la Cour du Travail de Bruxelles que planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Corte de Bruselas plantea al Tribunal de Justicia si se opone al principio de cooperación leal determinado en el artículo 4.3 TUE y a lo establecido en el artículo 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, a efectos de reconocer el derecho a prestaciones de desempleo, por un Estado miembro cuando:

- No tenga en cuenta los periodos de servicios prestados como agente contractual al servicio de una institución de la Unión Europea con sede en ese Estado miembro, en particular, cuando, tanto antes como después del periodo de ocupación como agente contractual, se ha prestado servicios como trabajador por cuenta ajena con arreglo a la normativa del Estado miembro de que se trate.

- No asimile los días en que se ha percibido la asignación por desempleo en el marco del (ROA) a días trabajados, mientras que los días en que se ha percibido la asignación por desempleo con arreglo a la normativa de dicho Estado miembro, si pueden acogerse a tal asimilación.

Hay que hacer una precisión, y es que la resolución de la Oficina de empleo impugnada por la actora se dictó el 26 de agosto de 2009 y por lo tanto antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por tanto, lo que en esencia la Corte de Bruselas pretende conocer es si el principio de cooperación leal del Tratado de las Comunidades Europeas y el artículo 34.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se oponen a una norma interpretada en el sentido de que, para poder tener derecho a las prestaciones por desempleo, no se toman en consideración los periodos de trabajo como agente contractual en una institución con sede en ese Estado miembro, y no se asimilan los días en los que percibe una asignación por desempleo en virtud del ROA, mientras que los días en los que se percibe una prestación por desempleo con arreglo a la normativa de dicho Estado miembro se benefician de tal asimilación.

Los agentes contractuales de la UE trabajan para la Comisión Europea dividiéndose en dos categorías:

La primera es la de quienes trabajan en las direcciones generales de la Comisión en tareas manuales o administrativas; en las oficinas de la Comisión adjuntas a una dirección general, como las dos Oficinas de Infraestructuras y logísticas de Bruselas y Luxemburgo y la Oficina de gestión y liquidación de los derechos individuales; en las agencias; o en las representaciones y delegaciones de la Comisión. Estos agentes tienen una perspectiva de empleo con un contrato inicial de cinco años, renovables por un máximo de otros cinco, aunque pueden convertirse en contratos de duración indeterminada.

La segunda categoría es la de los agentes contractuales contratados por las direcciones generales de la Comisión para realizar tareas distintas de las manuales o administrativas auxiliares, es decir, los contratados para: a) sustituir temporalmente a funcionarios ausentes por enfermedad, permiso de maternidad, etc.; b) suplir una escasez grave de personal en periodos de mucho trabajo; c) realizar tareas temporales y servir de refuerzo en campos especializados en los que haya escasez de funcionarios con las cualificaciones requeridas. Este tipo de agentes contractuales son contratados por corto plazo, con contratos de hasta 6 años, siendo la duración mínima de estos contratos de 3 meses.

Conviene también señalar que el artículo 96 del Reglamento (CEE, Euratom, CECA) nº 259/68, de 29 de febrero, regulador del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades (ROA), dispone que Todo antiguo agente contractual que se encuentre sin empleo después de haber cesado en una de las instituciones de la Comunidad: a) que no sea titular de una pensión de jubilación o una asignación por invalidez a cargo de la Comunidad; b) cuyo cese en el servicio no haya sido debido a una renuncia o rescisión del contrato por motivo disciplinario; c) que haya prestado servicios durante al menos seis meses; d) y que sea residente de un Estado miembro, se beneficiará de una asignación mensual por desempleo en las condiciones que se determinen.

En este sentido, cuando no pueda acogerse a una asignación por desempleo al amparo de un régimen nacional, deberá declararlo a la institución de la que dependa, la cual informará inmediatamente a la Comisión. En tal caso, la cuantía de esta asignación será deducida de la que percibe.

Para beneficiarse de la asignación por desempleo, el antiguo agente contractual deberá: a) estar inscrito, a petición propia, como solicitante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro donde fije su residencia; b) satisfacer las obligaciones previstas por la legislación de dicho Estado miembro que incumben al titular de las prestaciones por desempleo con arreglo a dicha legislación; c) transmitir mensualmente a la institución de la que dependía, la cual no transmitirá inmediatamente a la Comisión, un certificado del servicio nacional competente en el que se precise si ha satisfecho o no las obligaciones establecidas en la letras a) y b).

La prestación podrá ser otorgada o mantenida por la Comunidad, a pesar de que no se cumplan las obligaciones nacionales contempladas en la letra b), en caso de enfermedad, accidente, maternidad, invalidez o situación reconocida como análoga de dispensa para satisfacer dichas obligaciones por parte de la autoridad nacional competente.

Para financiar el seguro contra el desempleo todo agente contractual contribuirá, en un tercio a dicha financiación. Por otra parte, los servicios nacionales competentes en materia de empleo y desempleo, actuando dentro del marco de su legislación nacional, y la Comisión mantendrán una cooperación eficaz para la buena aplicación de lo dispuesto para esta asignación.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Libertad de los Estados para configurar sus sistemas de Seguridad Social y sus límites

El derecho de la Unión Europea como regla general otorga una amplia libertad a los Estados para configurar sus sistemas de Seguridad Social, tanto el elenco de prestaciones, los requisitos para obtenerlas, o su contenido y financiación, lo que en gran medida es lógico teniendo en cuenta el diverso origen de los sistemas, unos de corte bismarckiano y otros con origen en el modelo de Beveridge, la diferentes capacidades financieras de unos y otros Estados de la Unión y la diversidad en las necesidades sociales. Así los Estados son libres para determinar la obligación de afiliación a un régimen de Seguridad Social así como los requisitos que confieren las prestaciones.

No obstante, esa libertad de configuración encuentra algunos límites en el propio derecho de la Unión Europea¹ que el Juez nacional debe aplicar al estar obligado a garantizar la plena eficacia de las disposiciones del derecho de la Unión, incluso dejando inaplicada la norma nacional contraria sin necesidad de solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o por cualquier otro procedimiento nacional². Es más, un tribunal inferior no debe entenderse vinculado por valoraciones jurídicas realizadas en la doctrina de casación cuando se estimen que esas valoraciones son contrarias al derecho de la Unión Europea³.

Así por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 2003, *Kristiansen* (C-92/02) señala que una norma determinada en un Reglamento de la Unión Europea tiene un alcance general y es obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros y por ende, despliega efectos en el orden interno por lo que obliga a la Administración del Estado cuando sea necesaria su aplicación. Estas limitaciones se manifiestan patentes en materia de Seguridad Social, y concretamente en materia de asistencia sanitaria, en relación con restricciones que a las libertades de libre circulación de personas, de mercancías y libertad de establecimiento, determinaban las prácticas nacionales en la autorización previa para recibir asistencia sanitaria programada en otro Estado⁴.

Pues bien, uno de estos límites sería el de la cooperación leal de los Estados con la Unión, establecido en el artículo 10 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en el sentido de que los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las medidas derivadas del Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad, y facilitarán el cumplimiento de su misión. En tal sentido los Estados se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realidad de los fines del Tratado obligación que en la actualidad se recoge en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea y que añade a lo ya establecido por el artículo 10 del Tratado de las Comunidades, que conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

En relación con este principio de leal cooperación las sentencias *My* (EU:C:2004:821) y *Comisión/Bélgica* (EU:C:1981:237) han declarado que Estatuto de Funcionarios de la Unión Europea pretendía facilitar el paso desde los empleos nacionales, públicos o privados, a la Administración comunitaria, garantizando de ese modo a las Comunidades las mejores posibilidades de selección de un personal cualificado dotado ya de una adecuada experiencia profesional, de manera que su infracción habría podido hacer más difícil la selección, por parte de la Comunidad, de funcionarios nacionales con una determinada antigüedad.

¹ Sentencia 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* C-157/99)

² Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978 *Simmental* (asunto 106/77 apartado 24); de 9 de marzo de 1978 *Filipiak* (Asunto C-314/08 apartado 81))

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2010 *Elchinov* C-173/09).

⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2006 *Watts* C-372; 15 de junio de 2010 *Comisión/España* C-211/08); Sentencias de 28 de abril de 1998 *Decker* C-120/95 y *Kohll* C-158/96, 12 de julio de 2001 *Vanbraekel* y otros C-368/98, 23 de octubre de 2003 *Inizan* C 56/01; 19 de abril de 2007 *Stamatelaki* C-444/05 y 5 de octubre de 2010 *Elchinov* C-173/09)-

Asimismo el Tribunal en las citadas sentencias señalaba que también se dificultaba la selección del personal por parte de las Comunidades Europeas, cuando un Estado miembro se negaba a computar los periodos de actividad laboral cubiertos bajo el régimen comunitario de pensiones, en orden al reconocimiento de un derecho a pensión de jubilación anticipada en virtud de su régimen.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió afirmar en las sentencias citadas que se incumple la obligación de facilitar el cumplimiento de su misión por la Unión, vulnerando el principio de cooperación leal en combinación con lo establecido en el Estatuto de los Funcionarios, cuando el Estado miembro adopta una normativa que puede desalentar una actividad profesional en una institución de la Unión, añadiendo la sentencia My que para cumplir la obligación los tribunales podrían aplicar dicho principio que puede producir efectos jurídicos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los justiciables. Las sentencias citadas versaban sobre la posibilidad de computar los años de prestación de servicios prestados como funcionarios en el reconocimiento de pensiones.

En el caso que nos ocupa, como señala el Abogado General en su escrito de conclusiones, las instituciones, agencias u otros organismos de la Unión Europea contratan agentes contractuales para ejercer funciones determinadas o sustituir a funcionarios o agentes temporales de una institución que se ven en la imposibilidad temporal de ejercer sus funciones y se les contrata mediante contratos de corta duración, entre tres meses y tres o cinco años, renovables. Por tanto, desde una perspectiva de los trabajadores que ocupan estos puestos, a corto o medio plazo, de reincorporarse al mercado de trabajo nacional, y la perspectiva de tener dificultades para encontrar trabajo en un mercado con cada vez mayor precariedad y discontinuidad en las relaciones laborales, es realista que una norma que no tenga en cuenta estos periodos, a efectos de la adquisición de la prestación por desempleo, puede hacer poco atractiva para los trabajadores la posibilidad de incorporarse a la Administración de la Unión Europea.

Por otra parte, otros de los límites el artículo 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece: “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos de maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como la pérdida de empleo según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

En relación con ese artículo 34.1 Las Explicaciones realizadas por la Convención (Documento CHARTRE 4487/00 Convent 49 del 11.10.2000, elaborado por el Presidium que redactó el Proyecto de Carta, señalaba que el principio enunciado se basaba en los artículos 137 y 140 del Tratado CE así como en el artículo 12 de la Carta Social Europea, y en el punto 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

El artículo 137 TCE (actual 153 TFUE) establecía que la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la Seguridad Social y protección social de los trabajadores, mientras que el artículo 140 (actual artículo 156 TFUE) establecía que la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará

la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en materias relacionadas con la Seguridad Social.

Por otra parte el artículo 13.3 establece que las partes contratantes se comprometen a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. Por último, el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de los trabajadores establece que con arreglo a las modalidades propias de cada país, todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de Seguridad Social de nivel suficiente. Igualmente se establece con arreglo a las modalidades propias de cada país que las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal.

2.2. La fundamentación y fallo de la sentencia

La sentencia del Tribunal de Justicia que comentamos fundamenta su decisión en el hecho de que la normativa nacional aplicada a un agente de la unión Europea podría vulnerar el principio de leal cooperación con las instituciones europeas. En tal sentido, considera que una normativa que deniegue tomar en cuenta, para el reconocimiento del derecho a prestaciones por desempleo, los periodos de servicio prestados como agente contractual en una institución de la Unión establecida en dicho Estado miembro, también puede hacer más difícil la contratación, por parte de estas instituciones, de agentes contractuales, pues tal normativa puede disuadir a los trabajadores que residen en un estado miembro de aceptar un empleo en una institución de la Unión cuya duración, limitada por la normativa, les coloca en la tesitura de tener que incorporarse o reincorporarse en su momento al mercado laboral nacional, dado que, debido a dicho empleo, corren el riesgo de no totalizar el número de días trabajados requeridos por dicha normativa para percibir prestaciones por la contingencia de desempleo.

Igualmente la sentencia señala que corre el riesgo de generar el mismo efecto disuasorio en lo que atañe a la falta de asimilación de los días en los que se ha percibido una asignación por desempleo en virtud del Reglamento de los Funcionarios de las Unión europea (ROA) a días trabajados para el reconocimiento del derecho a prestaciones por desempleo en ese Estado miembro, dado que los días en los que percibe una prestación por desempleo con arreglo a la normativa de ese Estado, se benefician de tal asimilación.

Considerando que se puede entender vulnerado el artículo 10 del TCE el Tribunal renuncia, por no considerarlo necesario, a analizar si la norma nacional es incompatible con el artículo 34.1 de la Carta de la Unión Europea. No obstante, el Abogado General en su informe realiza una reflexión que merece la pena considerar.

El Abogado General señala que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 51.2 y 52 de la Carta de Derechos Fundamentales, las disposiciones de ésta que enuncian principios se dirigen ante todo a los poderes públicos y tienen únicamente carácter programático por oposición al carácter obligatorio de los derechos, y necesitan actos de aplicación, por lo tanto

en el plano de la invocabilidad, no generan, al menos si no existe mediación normativa, derechos a una acción positiva por parte de las autoridades de los Estados miembros y sólo pueden alegarse ante los tribunales como referentes interpretativos o parámetros del control de la legalidad de los actos. No obstante, considera el Abogado General que la normativa controvertida en el litigio principal supone la concretización a escala nacional de los principios de solidaridad y de protección, de los que el artículo 34.1 de la Carta constituye su expresión a escala de la Unión. Por tanto, la aplicación de esta normativa en una situación incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debe hacerse respetando esta disposición de la Carta. De esta manera una interpretación de la norma que provoque la exclusión para conceder el derecho a prestaciones por desempleo a nacionales, de la totalización de los periodos trabajados por los que ha cotizado al régimen nacional de seguridad social y de los que dieron lugar al pago de cotizaciones al régimen establecido en el ROA que determina la denegación de la prestación, supone una vulneración del artículo 34.1 de la Carta.

En todo caso, la sentencia del Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial en el sentido de que el artículo 10 CE, en relación con el ROA, se opone a una norma de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, interpretada en el sentido de que, para poder tener derecho a prestaciones por desempleo, no se tomen en consideración los periodos de servicios prestados como agente contractual en una institución de la Unión Europea con sede en ese Estado miembro y no se asimilen a días trabajados, los días en que se percibe una asignación por desempleo en virtud del ROA, mientras que los días en que se ha percibido una prestación por desempleo con arreglo a la normativa de dicho Estado miembro se benefician de tal asimilación.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos extiende a la prestación por desempleo la doctrina que el Tribunal de Justicia, entonces de las Comunidades Europeas, ya dictó en materia de pensiones en las sentencias My (EU:C:2004:821) y Comisión/Bélgica (EU:C:1981:237) al objeto de permitir totalizar a los agentes contractuales de la Unión Europea, los periodos de empleo al servicio de las instituciones y organismos de la Unión.

Tradicionalmente el fundamento de la asimilación de condiciones en materia de Seguridad Social, en particular de la posibilidad de totalizar periodos de seguro, empleo o residencia a efectos de la adquisición de una prestación de Seguridad Social, tenía su fundamento en la salvaguarda de las grandes libertades comunitarias, y especialmente para garantizar la libertad de circulación de trabajadores de manera que ésta no se viera mediatizada o limitada por la libertad de los Estados para configurar su sistema de Seguridad Social. En cambio, la sentencia que comentamos y aquellas otras de las que traen causa, mediatizan la libertad de configuración de los sistemas nacionales de Seguridad Social para la aplicación de un principio, si se quiere doméstico, el de la leal cooperación de las instituciones comunitarias para su normal desenvolvimiento, y en este caso, para el ejercicio más eficiente de las potestades de auto organización. De este modo, se sujetan los ordenamientos nacionales de la Seguridad Social a una finalidad distinta a la encomendada por sus ordenamientos constitucionales, la de permitir una más eficiente selección de personal por parte de las instituciones comunitarias y, en tal sentido, que la no consideración como periodos de seguro de los periodos trabajados en las instituciones europeas, no

suponga una traba para las personas que deseen prestar servicios en dichas instituciones como agentes contractuales.

No dice nada la sentencia en relación con la técnica de asimilación o totalización de los periodos de empleo y de desempleo que entiende que se deben totalizar, pero consideramos que sería el mismo que el establecido en el artículo 61.1 Reglamento (CE) 883/2004 en virtud de cual “la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica”. En este caso se reconocerá el periodo de empleo en una institución comunitaria como si se hubieran cubierto bajo la legislación belga.

Por último, hubiera sido deseable un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la eventual incompatibilidad entre la legislación nacional y el artículo 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea pues podría haber proporcionado elementos interpretativos del alcance de dicha norma.

8. Acumulación de prestaciones

Laborem

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12.2.2015, C-114/13
(Theodora Hendrika Bouman): el concepto comunitario de
seguro voluntario

Judgement of the ECJ of 12.2.2015, case 114/13 (Theodora
Hendrika Bouman): the Community concept of voluntary
insurance

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA¹

Resumen

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento 1408/71. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Bouman y la Administración belga que le reclama la devolución de prestaciones indebidamente abonadas.

Abstract

This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 46a (3)(c) of Regulation 1408/71. The request has been made in proceedings between Mrs Bouman and the Belgian Administration that claims for recovery of benefits wrongly paid.

Palabras clave

procedimiento prejudicial, Seguridad social, acumulación de prestaciones, Reglamento 1408/71, seguro voluntario

Keywords

request for a preliminary ruling, Social Security, overlapping of benefits, Regulation 1408/71, voluntary insurance

1. LA APLICACIÓN DEL DEROGADO REGLAMENTO 1408/71

El 01.05.2010 entraron en vigor el Reglamento 883/2004 sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social y su Reglamento de desarrollo que derogaron a los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La distinción entre la fecha de promulgación y la de aplicación del Reglamento 883/2004 resulta relevante ya que conforme a su artículo 87.1 el mismo “no origina ningún derecho para un período anterior a la fecha de su aplicación”.

Más de un lustro después, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo aun sigue dictando sentencias sobre litigios que se iniciaron bajo la vigencia del Reglamento actualmente derogado.

Este es el caso de la sentencia analizada y fechada el 12.2.2015, que trae causa de la cuestión prejudicial planteada por un tribunal belga y que tuvo entrada en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en 2013.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídicas para Reducir el Gasto Social” (DER2012-32111).

El órgano jurisdiccional nacional cuestiona la interpretación del artículo 46 bis, apartado 3, letra c), del Reglamento 1408/71 con ocasión de la reclamación que en 2009 la Oficina Nacional de Pensiones belgas realizó a la Sra. Bouman de devolución de prestaciones indebidamente abonadas.

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La Sra. Bouman, ciudadana holandesa, que ha residido tanto en su Estado de origen como en Bélgica, ha estado cobrando durante décadas una pensión de viudedad belga.

Tras haber causado derecho a cobrar pensión holandesa por los períodos cotizados al seguro holandés AOW –que conforme al certificado expedido por la institución competente holandesa se ha de calificar como seguro obligatorio– las autoridades belgas procedieron a aplicar las normas anticúmulo nacionales para reducir el importe de la pensión de viudedad y a reclamar a la Sra. Bouman las cantidades indebidamente abonadas.

En esta cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha de dilucidar, básicamente, dos temas:

-Por un lado, el alcance del certificado expedido por la institución competente de otro Estado miembro (Holanda) en lo relativo a la calificación jurídica de la pensión AOW que este Estado abona a la Sra. Bouman.

-Y, en segundo, lugar, ha de interpretar qué se entiende a efectos del Reglamento de coordinación por seguros voluntarios o facultativos. Cuestión ésta última de gran trascendencia práctica ya que a los mismos con carácter excepcional no se le aplican las reglas generales anticúmulo para el cobro de dos o más pensiones.

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

3.1. El alcance del certificado expedido por la institución competente de otro estado miembro

Resulta incuestionable que la institución competente belga ha de tomar en consideración los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación holandesa para calcular el importe de la pensión belga de viudedad y aplicar, consiguientemente, la normativa nacional anticúmulo.

Tema distinto es si, además, el órgano jurisdiccional belga puede cuestionar la calificación jurídica atribuida al seguro AOW en el certificado emitido por las autoridades holandesa a los efectos de aplicar las previsiones contenidas en el Reglamento 1408/71 para el cálculo de pensiones causadas bajo las legislaciones de dos o más Estados miembros.

Aunque en ningún momento se cuestiona la validez del documento administrativo en lo que se refiere a la certificación de los datos sobre cuya base se ha expedido, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo llega a la conclusión de que “un certificado expedido por la institución competente de un Estado miembro, en el que se especifiquen los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de dicho

Estado miembro, no constituye una prueba irrefutable para la institución competente de otro Estado miembro ni para los tribunales de este último”.

3.2. El seguro de vejez holandés (AOW): ¿voluntario o facultativo?

Una de las peculiaridades del régimen holandés de Seguridad Social es la existencia de un seguro general financiado mediante porcentaje sobre el impuesto sobre la renta –que se califica como cotización social– y protege tanto a los residentes en los Países Bajos como a quienes sin ser residentes están sujetos por obligación real al impuesto sobre la renta por trabajo personal².

La prestación de vejez de cuantía fija (AOW) se abona a las personas que alcanzan los 65 años y residen o trabajan en los Países Bajos. El importe que se reconoce a una persona que viva sola es el 70% del salario mínimo y el 50% para cada miembro de la pareja. Para tener derecho a la prestación íntegra la persona tiene que haber completado un período de 50 años de seguro. Existe una deducción del 2% por cada año que la persona no ha estado asegurada, es decir, no ha residido en los Países Bajos.

La AOW es, por regla general, un seguro obligatorio. Sólo en dos supuestos concretos los afiliados pueden solicitar una dispensa del seguro obligatorio, en cuyo caso tiene carácter voluntario o facultativo para los residentes.

La compleja naturaleza jurídica de la AOW ha generado hasta la fecha una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo³.

En el caso de la Sra. Bouman, la pensión AOW que cobra procede, en principio, de un régimen de seguro obligatorio al que la Sra. Bouman quedó automáticamente sujeta desde su regreso a los Países Bajos. No obstante, la Sra. Bouman solicitó y obtuvo una dispensa del alta, para los cuatro últimos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación.

Es en relación con ese último período de tiempo respecto al cual tiene que pronunciarse el Tribunal de Justicia sobre si el mismo tiene carácter de seguro obligatorio o facultativo/voluntario.

3.3. El amplio concepto comunitario de “seguro voluntario o facultativo”

El artículo 46 bis, apartado 3, letra c), del Reglamento 1408/71 excluye el seguro voluntario o facultativo continuado de la aplicación de las normas nacionales anticúmulo. Es decir, este precepto garantiza que no se prive al trabajador, en virtud de la normativa nacional que prohíbe la acumulación, del disfrute de los períodos de seguro cubiertos de manera voluntaria bajo la legislación de otro Estado miembro.

² Conclusiones del Abogado General Sr. Federico Mancini presentadas el 21.1.1986 en el asunto -284/84, (Spruyt) Rec.1986, p.686.

³ Entre otras, cfr. sentencias de 30.3.1993, -282/91, (Wit); de 18.4.2013, -548/11 (Mulders); de 15.1.2015, -179/13 (Evans); de 23.4.2015, -382/13 (Franzen); de 4.6.2015, -543/13 (Fischer-Lintjens).

Sin embargo, el Reglamento 1408/71 no sólo no contiene definición alguna de tal concepto sino que “la comparación de las distintas versiones lingüísticas del concepto de seguro voluntario o facultativo continuado pone de manifiesto la existencia de divergencias, si bien todas ellas muestran la intención de abarcar todos los tipos de seguro con un elemento voluntario”.

Para concretar el alcance comunitario del concepto de seguro, el Tribunal de Justicia parte de la base de que la “determinación del significado y del alcance de esta expresión debe efectuarse, tomando en consideración tanto los términos de la disposición de Derecho de la Unión de que se trata como su contexto”.

Teniendo siempre presente que la coordinación de sistemas de Seguridad Social tiene un carácter instrumental al servicio del ejercicio del derecho a la libre circulación.

La finalidad de la coordinación de sistemas de Seguridad Social es que los trabajadores migrantes no sean privados de sus derechos a prestaciones sociales ni vean mermadas sus cuantías por haber ejercitado el derecho a la libre circulación que les reconoce el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A la vista de lo expuesto, el Tribunal concluye, que a tenor del contexto del artículo 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento 1408/71 y de la finalidad de éste, procede interpretar el referido concepto de “seguro voluntario o facultativo continuado en sentido amplio para no privar al interesado del disfrute de todos los períodos de seguro voluntario o facultativo continuado cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro”.

A mayor abundamiento, en palabras del Tribunal de Justicia, “el referido concepto incluye todos los tipos de seguro que tienen un elemento voluntario, careciendo de transcendencia si se trata o no de la continuación de una relación de seguro establecida anteriormente”.

Por lo tanto, el Tribunal falla que procede declarar que la parte de la prestación basada en el período durante el que la interesada tenía, en principio, derecho a una dispensa del alta que no ejercitó, entra dentro del concepto de “seguro voluntario o facultativo continuado” en el sentido del artículo 46 bis, apartado 3, letra c), del Reglamento 1408/71, siempre que esta continuación del alta durante el período en cuestión repercutiera en los períodos de alta y, por consiguiente, en el importe de la futura pensión de vejez de la interesada.

4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Derecho a la libre circulación es la piedra angular que lleva al Tribunal de Justicia a decantarse por una interpretación extensiva del concepto de seguro voluntario o facultativo.

Sin embargo, en la sentencia comentada se obvia un detalle de interés: no está acreditado que la Sra. Bouman cuando trasladó su residencia a Bélgica lo hiciera por su condición de trabajadora, de hecho no hay ninguna referencia en la sentencia que permita concluir que la demandante hubiera trabajador por cuenta ajena o propia en algún momento de su vida ni tan siquiera que se hubiera desplazado a otro Estado miembro para responder a una oferta de trabajo o para buscar un empleo.

A mayor abundamiento, conforme al artículo 2 del Reglamento 1408/71 las personas incluidas en su ámbito de aplicación personal son los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y sus supervivientes. Y los supervivientes de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hubieran estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, independientemente de la nacionalidad de tales trabajadores, siempre y cuando dichos supervivientes sean súbditos de alguno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros.

Dicho lo cual, hay que decir que se comparten las conclusiones a la que llega la sentencia comentada, y no se discute que la Sra. Bouman tuviera derecho a invocar la aplicación del Reglamento de coordinación. Pero en atención a los lectores no familiarizados con los entresijos de los Reglamentos de coordinación es preciso hacer algunas matizaciones:

Para poder invocar el Reglamento 1408/71 (o el Reglamento 883/2004 actualmente) es requisito imprescindible que haya un elemento “transfronterizo” y que el beneficiario/a o el sujeto causante estén o hayan estado sujetos a la legislación de Seguridad Social de uno o más Estados Miembros.

En segundo lugar resulta clave comprender que cuando el artículo 2 del Reglamento 1408/71 utiliza el término “trabajador” no lo hace en una acepción laboral, sino de Seguridad Social.

Y es que por lo que se refiere a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 el Tribunal de Justicia ha defendido que el concepto comunitario de trabajador a los efectos del Reglamento 1408/71 comprende a cuantos, sea bajo la apelación que sea, se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social incluso si no ostentan en el presente un empleo pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral⁴.

Como tempranamente resaltó la sentencia Pierik⁵, aunque no ejerzan actividad profesional alguna, por el simple hecho de encontrarse afiliados a un régimen de Seguridad Social, los beneficiarios de una pensión o de una renta que deba abonarse al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, para el Derecho comunitario no resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado o no al régimen correspondiente, siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable.

⁴ Sentencia de 19.3.1964, -75/63, (Unger) Rec.1964, p.347.

⁵ Sentencia de 31.5.1979, -182/78, (Pierik) Rec., p.1977.

Asimismo, es indiferente a los efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71, el motivo que impulsó los desplazamientos del trabajador⁶.

No es de extrañar, por tanto, que quepa afirmar que más que un concepto laboral nos hallamos ante un concepto de Seguridad Social, que conduce a que los términos de persona asegurada y trabajador se identifiquen.

Buena prueba de ello lo tenemos en el asunto *Kits van Heijningen*⁷ en el que se reconoce expresamente que es la sumisión a una legislación de Seguridad Social de un Estado miembro lo que justifica la aplicación del Reglamento 1408/71, y no el ejercicio de la movilidad profesional.

En resumen, el Reglamento 1408/71 resultará aplicable a aquellos ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que estén o hayan estado asegurados en un Estado miembro en virtud de una o más legislaciones incluidas dentro del ámbito material del Reglamento, contra una o más de las contingencias descritas en su articulado, no siendo requisito imprescindible que realicen o pretendan realizar algún tipo de actividad profesional fuera de las fronteras del Estado del que son nacionales y siendo igualmente irrelevante los motivos que motivaron su desplazamiento. Idénticas conclusiones rigen para sus derechohabientes.

Por tanto, la interpretación jurisprudencial de la noción de trabajador a los efectos de la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social desborda las exigencias de la libre circulación de trabajadores, puesto que prescinde de lo que podríamos denominar el aspecto profesional transfronterizo.

Esto conlleva concluir que el concepto de “trabajador” a efectos del ejercicio del derecho a la libre circulación es un concepto laboral y por tanto, más restringido que el concepto de “trabajador” a efectos del Reglamento 1408/71, que es un concepto de Seguridad Social.

Por todo lo expuesto no puede sino ser acogida la reforma introducida por el Reglamento 883/2004 que, al delimitar su ámbito de aplicación personal prescinde del término “trabajador” para sustituirlo por el del “persona”.

⁶ STJCE de 9.12.1965, -44/65, (Singer) Rec., p.1191.

⁷ STJCE de 3.5.1990, -2/89, (*Kits van Heijningen*) Rec., p.I-1755: una persona entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 si reúne los requisitos exigidos por el artículo 1.a) en conexión con el artículo 2.1 del citado Reglamento, con independencia del tiempo que consagra al ejercicio de su actividad.

El alcance de la regla de no acumulación de pensiones del art.
46 bis.3.c) del reglamento 1408/71
(Comentario a la STJUE de 12 de febrero de 2015, asunto
C-114/13)

The scope of the rule not accumulation of pension article 46
bis.3.c) of Regulation 1408/71
(Commentary of the STJUE of February 12, 2015, case
C-114/13)

CAROLINA GALA DURÁN

*PROFESORA TITULAR (ACREDITADA A CÁTEDRA) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA*

Resumen

En la STJUE de 12 de febrero de 2015 se discute si el período de tiempo en el que puede solicitarse la dispensación del alta en un régimen obligatorio de Seguridad Social, puede considerarse como un “seguro voluntario o facultativo continuado” a los efectos de no aplicar la regla anti acumulación de pensiones prevista en la normativa nacional (art. 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento 1408/71). La respuesta del Tribunal es afirmativa lo que, sin duda, resulta favorable desde la perspectiva de los beneficiarios de pensiones causadas en más de un Estado miembro de la Unión Europea.

Abstract

In the STJUE of 12 February 2015 discussed whether the period of time that may be requested dispensation discharge in a compulsory social security scheme, can be considered a “voluntary or optional continued insurance” for the purposes of not to apply ant pension accumulation under national law rule (art. 46 bis, paragraph 3, point c) of Regulation 1408/71. The Court’s answer is yes what undoubtedly is favorable from the perspective of pension beneficiaries due in more than one member State of the European Union.

Palabras clave

acumulación de pensiones, vejez, supervivencia

Keywords

accumulation of pensions, old age, survival

1. SUPUESTO DE HECHO

Esta interesante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Arbeidshof te Antwerpen belga (Tribunal de lo Social de Amberes) en relación con la interpretación del artículo 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento (CEE) 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad.

La petición de la decisión prejudicial se presentó en el marco del litigio planteado entre la Sra. Theodora Hendrika Bouman y el Rijksdienst voor Pensioenen (Oficina Nacional de Pensiones belga), donde se debatía si debía tenerse en cuenta la pensión de vejez que la Sra. Bouman percibía en los Países Bajos a la hora de aplicar la regla anti acumulación de pensiones prevista en el precepto antes mencionado.

A tales efectos, cabe tener presente que la Sra. Bouman es una ciudadana neerlandesa que residió en los Países Bajos hasta el año 1957, momento en el que se trasladó a Bélgica, donde se casó y al fallecer su marido en 1968, le fue reconocida una pensión de supervivencia belga desde el día 1 de septiembre de 1969.

En 1974 la Sra. Bouman regresó a los Países Bajos y empezó a cotizar para tener derecho a una pensión de vejez neerlandesa en virtud de la Algemene Ouderdomswet, Stb. 1956, nº 281 (AOW). La Sra. Bouman solicitó y obtuvo, conforme a la normativa neerlandesa, una dispensa del alta en el régimen de la AOW durante los últimos cuatro años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación. Por consiguiente, dejó de cotizar al régimen de Seguridad Social neerlandés, lo que tuvo como efecto el que no completara los períodos de cotización para su pensión según la AOW. Como consecuencia de lo anterior, desde el mes de junio de 2007, una vez alcanzada la edad de jubilación, la Sra. Bouman percibe una pensión de vejez pero incompleta.

Al tener constancia de tal situación, la Oficina Nacional de Pensiones belga decidió descontar de la pensión de supervivencia belga la pensión de vejez neerlandesa, reclamando además la devolución de 2.271,81 euros por cantidades indebidamente percibidas.

El problema jurídico que se plantea es si la parte de la prestación de vejez neerlandesa que está basada en un período de seguro durante el cual un residente neerlandés puede renunciar al alta en el régimen de Seguridad Social mediante una simple solicitud, liberándose por tanto de la obligación de cotizar, debe considerarse como una prestación abonada en virtud de un “seguro voluntario o facultativo continuado” en el sentido del artículo 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento 1408/71, de manera que no puede tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación de la norma interna belga que prohíbe la acumulación de las pensiones de supervivencia y vejez.

Cabe recordar que el citado artículo 46 bis, apartado 3, letra c) señala que: “Para la aplicación de las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación de invalidez, de vejez o de supervivencia con una prestación de la misma naturaleza o una prestación de naturaleza distinta o con otros ingresos, se aplicarán las reglas siguientes: c) no se tomará en consideración el importe de las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro y que se hayan abonado sobre la base de un seguro voluntario o facultativo continuado...”.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Para resolver el problema planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea distingue claramente dos cuestiones: a) una de carácter procedimental, consistente en determinar si un órgano jurisdiccional belga puede plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia mediante la que se pretende que se verifique la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un certificado expedido por una autoridad de otro Estado miembro en el marco de la aplicación de sus normas nacionales; y, b) una cuestión material, centrada, como hemos visto, en la interpretación que debe darse en este caso al artículo 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento 1408/71.

2.1. La cuestión procedimental

La Sociale Verzekeringsbank (Oficina nacional de la Seguridad Social de los Países Bajos) fue requerida, en calidad de autoridad nacional competente, para determinar si la prestación de vejez percibida por la Sra. Bouman se abonaba en virtud de un seguro voluntario o facultativo continuado, teniendo en cuenta lo señalado en el mencionado artículo 46 bis, apartado 3, letra c). Y en tal sentido concluyó, en el correspondiente certificado, que dicha pensión no traía causa de ningún período de seguro voluntario, estando basada en su totalidad en períodos de seguro obligatorio.

Pero, partiendo de ello se plantea la siguiente cuestión: ¿puede un órgano jurisdiccional belga plantear una cuestión prejudicial en la que se resuelva precisamente sobre la compatibilidad de ese certificado con el Derecho de la Unión? La respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa, fundamentándose en los siguientes argumentos:

a) Un certificado expedido por la institución competente de un Estado miembro, en el que se especifiquen los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de dicho Estado miembro, no constituye una prueba irrefutable para la institución de otro Estado miembro ni para los Tribunales de éste último (sentencias Knoch¹ y Adanez-Vega²).

b) Dado que la institución belga debe tener en cuenta los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación neerlandesa para determinar el alcance de los derechos de la Sra. Bouman resultantes de la aplicación de las normas belgas que prohíben la acumulación de pensiones, el Tribunal belga puede verificar el contenido del certificado expedido por la autoridad neerlandesa para apreciar su conformidad al Derecho de la Unión.

c) Lo anterior no queda desvirtuado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya declarado que, mientras las autoridades del Estado miembro de expedición no retiren o declaren la invalidez de un certificado expedido en virtud del título III del Reglamento 574/72, dicho documento (certificado E 101) vincula a las instituciones de la Seguridad Social y a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que han sido desplazados los trabajadores de que se trate, en la medida en que certifica el alta de dichos trabajadores en el régimen de Seguridad Social del Estado miembro en que se encuentra establecida su empresa (sentencias FTS³ y Herbosch Kiere⁴).

Y, d) si bien la limitación del control jurisdiccional acerca de la validez de un documento administrativo en lo que se refiere a la certificación de los datos sobre cuya base se ha expedido se justifica por motivos de seguridad jurídica, dicha solución no puede aplicarse automáticamente a un certificado como en el expedido en este caso por la Oficina nacional de la Seguridad Social de los Países Bajos. En efecto, cuando las autoridades del Estado miembro de que se trata deben determinar los derechos de un interesado con arreglo a la normativa de ese Estado miembro, deben también tener la posibilidad de controlar todos

¹ Asunto C-102/91.

² Asunto C-372/02.

³ Asunto C-202/97.

⁴ Asunto C-2/05.

los datos pertinentes que se desprenden de los documentos elaborados por la autoridad que ha expedido el certificado del Estado miembro de origen.

En definitiva, teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que un Tribunal belga está perfectamente legitimado para plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial cuyo objetivo es que se verifique la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un certificado expedido por una autoridad de otro Estado miembro en el marco de la aplicación de las normas nacionales que prohíben la acumulación de las pensiones de vejez y supervivencia.

2.2. La cuestión material

Entrando ya en el fondo de la cuestión prejudicial, cabe destacar que el Tribunal de Justicia analiza, antes de llegar a su conclusión, dos elementos previos: a) la propia finalidad perseguida por el Reglamento 1408/71, como elemento inspirador de su aplicación práctica; y, b) de una forma más concreta, cómo debe interpretarse la referencia que en el artículo 46 bis, apartado 3, letra c) se hace al “seguro voluntario o facultativo continuado” como excepción en el marco de la prohibición de acumulación de pensiones.

En relación con la primera cuestión, el Tribunal de Justicia recuerda que:

1) La finalidad del Reglamento 1408/71 es garantizar la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Unión, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de Seguridad Social. A tal efecto, el Reglamento establece el principio de igualdad de trato de los trabajadores bajo las distintas legislaciones nacionales y pretende garantizar lo mejor posible la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en el territorio de un Estado miembro, así como no penalizar a aquellos que ejerciten su derecho a la libre circulación (sentencia Tomaszewska⁵).

2) El Reglamento 1408/71 debe interpretarse a la luz del artículo 48 del TFUE, que persigue facilitar la libre circulación de los trabajadores e implica, en particular, que los trabajadores migrantes no deben perder los derechos a las prestaciones de Seguridad Social ni sufrir una reducción de su cuantía por haber ejercitado el derecho a la libre circulación que les reconoce el TFUE (sentencias Bosmann⁶ y Hudzinski y Wawrzyniak⁷).

Y, 3) el primer considerando del Reglamento 1408/71 señala que las normas para la coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social que dicho Reglamento establece se insertan en el marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar su nivel de vida (sentencia Bosmann).

Y precisamente llevado por esa finalidad presente en el propio Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia de la Unión lleva a cabo una interpretación muy amplia de los

⁵ Asunto C-440/09.

⁶ Asunto C-352/06.

⁷ Asunto C-611/10 y C-612/10.

términos “seguro voluntario o facultativo continuado” recogidos en su artículo 46 bis, apartado 3, letra c), al considerar que:

a) Ese concepto no se precisa ni en el artículo 46 bis ni en ninguna otra disposición del Reglamento 1408/71. Por ello, la determinación de su significado y alcance debe efectuarse tomando en consideración tanto los términos de la disposición de Derecho de la Unión de que se trata como su contexto (sentencias BLV Wohn-und Gewerbebau⁸ y Lundberg⁹), los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (sentencia Lundberg) y, en su caso, la génesis de dicha normativa (sentencia Pringle¹⁰).

b) Aunque la comparación de las diversas versiones lingüísticas del concepto “seguro voluntario o facultativo continuado” pone de manifiesto la existencia de divergencias, todas ellas muestran la intención de abarcar todos los tipos de seguro con un elemento voluntario (sentencia Liégeois¹¹).

c) El Reglamento 1408/71 establece un sistema de coordinación de todos los regímenes nacionales de Seguridad Social y, en su título II, dicta normas para determinar la legislación aplicable. Estas normas no sólo tienen como finalidad evitar que los interesados, a falta de normativa aplicable, queden sin protección en materia de Seguridad Social, sino que también pretenden que los interesados queden sujetos al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro, de manera que se evite la acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse.

Sin embargo, según el artículo 15.1, este sistema de coordinación no será aplicable en materia de seguro voluntario o facultativo continuado, salvo cuando para la rama de que se trate no exista en un Estado miembro más que un régimen de seguro voluntario.

d) Además, las disposiciones generales del título II sólo son aplicables en la medida en que las disposiciones específicas de las distintas categorías de prestaciones que configuran el título III del Reglamento 1408/71 no contengan excepciones (sentencia Aubin¹²). Y así sucede en el caso que nos ocupa, ya que los titulares de pensiones están sometidos a un régimen especial al que pertenece el propio artículo 46 bis, que excluye el seguro voluntario o facultativo continuado de la aplicación de las normas que prohíben la acumulación, en caso de que la legislación de un Estado miembro contemple tales normas.

e) Las disposiciones del Reglamento permiten que la persona que se ha desplazado dentro de la Unión Europea y que ha optado por cotizar a un seguro voluntario o facultativo continuado para obtener el derecho a una pensión de vejez en otro Estado miembro mantenga los derechos correspondientes a dicha opción. Esta posibilidad se plasma en dos medidas, diferentes pero complementarias. Dicho de otro modo, en este contexto, el legislador de la Unión, por un lado, ha moderado el principio de que una situación determinada ha de regirse por una única normativa nacional y, por otro lado, ha permitido que las prestaciones

⁸ Asunto C-395/11.

⁹ Asunto C-317/12.

¹⁰ Asunto C-370/12.

¹¹ Asunto C-93/76.

¹² Asunto C-227/81.

obtenidas por una persona en un Estado miembro a raíz de un seguro voluntario o facultativo continuado no estén sometidas a las normas que prohíben la acumulación y que reducen la prestación que dicha persona percibe de otro Estado miembro.

Y, f) una interpretación amplia de este concepto se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 9, apartado 2, del Reglamento 1408/71. Esta disposición tiene por objeto facilitar el acceso al seguro voluntario o facultativo continuado, imponiendo al Estado miembro la toma en consideración de los períodos de seguro o de residencia¹³ cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, en la medida necesaria, como si se tratase de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación del primer Estado, cuando su legislación subordine la admisión al seguro voluntario o facultativo continuado al requisito de haber cubierto períodos de seguro. Asimismo, según reiterada jurisprudencia, se incluyen todos los tipos de seguro que tienen un elemento voluntario, careciendo de trascendencia si se trata o no de la continuación de una relación de seguro establecida anteriormente (sentencias Liégois y Hartmann Troiani).

En definitiva, cabe concluir que el concepto de “seguro voluntario o facultativo continuado” del artículo 46 bis, apartado 3, letra c) debe interpretarse en un sentido amplio para no privar al interesado del disfrute de todos los períodos de seguro voluntario o facultativo continuado cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro. Debe excluirse, pues, la posibilidad de que el trabajador resulte privado, en virtud de las normas nacionales que prohíben la acumulación de pensiones, del disfrute de los períodos de seguro cubiertos de manera voluntaria bajo la legislación de otro Estado miembro.

Y, en fin, una vez despejados esos dos elementos previos, el Tribunal de Justicia resuelve el litigio de forma parcialmente favorable a los intereses de la Sra. Bouman, por cuanto concluye que si bien la pensión de vejez de la AOW deriva de un régimen obligatorio de Seguridad Social, aquélla solicitó y obtuvo una dispensa del alta, con arreglo a la normativa neerlandesa, para los cuatro últimos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación. Decisión que, además, tuvo efectos en el cálculo de la correspondiente pensión. Y, como consecuencia de ello, para el Tribunal de Justicia ese período de tiempo debe considerarse como un “seguro voluntario o facultativo continuado” en el sentido del artículo 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento 1408/71 y, por consiguiente, excluirse de la aplicación de la prohibición de concurrencia de pensiones prevista por la normativa belga. Los argumentos adicionales que fundamentan esta última decisión son los siguientes:

1) El carácter voluntario o facultativo de un seguro puede derivarse tanto del hecho de que el interesado deba solicitar su alta en el régimen de seguro o en la continuación del seguro, como del hecho de que tenga derecho a obtener una dispensa del alta. Ambas situaciones implican una opción del asegurado y ponen de manifiesto que el alta, si continúa, es facultativa.

2) Las cotizaciones consideradas durante el período en el que la Sra. Bouman tenía derecho a solicitar una dispensa del alta con arreglo a la normativa neerlandesa le

¹³ Asunto C-368/87.

otorgaron una protección social complementaria y afectaron igualmente al importe de su pensión de vejez.

3) De lo anterior se deriva que la parte de la prestación basada en el período durante el que la interesada tenía derecho a una dispensa del alta entra dentro del concepto de “seguro voluntario o facultativo continuado”, en el sentido del artículo 46 bis, siempre que la continuación del alta durante el período en cuestión repercutiera en los períodos de alta y, por consiguiente, en el importe de la correspondiente pensión de vejez.

Y, 4) en definitiva, el concepto de “seguro o facultativo continuado” comprende también la facultad del interesado de decidir continuar o suspender el alta en un régimen de Seguridad Social obligatorio durante determinados períodos, en la medida que dicha opción repercuta en el alcance de la futura prestación social.

3. CONCLUSIONES FINALES

Esta interesante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se suma a las numerosas sentencias que ayudan a concretar y ajustar la interpretación que cabe realizar de los diversos preceptos que componen el complejo Reglamento 1408/71. Y lo hace en un sentido claramente favorable para los beneficiarios de pensiones de incapacidad permanente, jubilación o supervivencia que perciben esas prestaciones en más de un Estado miembro de la Unión Europea y que se enfrentan a una normativa nacional que, como es habitual, prevé expresamente la prohibición de acumulación o concurrencia de pensiones.

Como hemos visto, en este caso se interpreta que cuando el artículo 46 bis, apartado 3, letra c) del Reglamento 1408/71 excluye de la aplicación de la prohibición de acumulación de pensiones fijada por una normativa nacional a los períodos de “seguro voluntario o facultativo continuado”, dentro de éste se incluye no sólo el voluntario en sentido estricto sino también la parte de una pensión que procede de un régimen obligatorio de Seguridad Social pero que se corresponde con un período durante el cual el interesado tenía derecho a obtener, conforme a la normativa nacional aplicable, una dispensa del alta, dándose la circunstancia de que, durante ese período, el alta repercute en la cuantía de la correspondiente prestación de Seguridad Social. Se extiende, pues, el concepto de “seguro voluntario”, incorporando determinados períodos vinculados directamente con el régimen obligatorio de Seguridad Social.

En definitiva, como decíamos antes, se trata de una solución favorable para los beneficiarios de las pensiones, con el consiguiente coste, eso sí, para los sistemas de Seguridad Social obligatorios de los Estados miembros.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(INSTRUCCIONES DE USO)¹

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior:	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

4. Título

En castellano e inglés.

¹ Archivo: "Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso" (Estudio; Lápiz rosa).

5. Resumen / Abstract

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)...))

8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el título de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)
- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)
- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)...))

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra “times new roman” tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra “times new roman”, editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas **CONCLUSIONES**

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: 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, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

Sin perjuicio de los títulos de los epígrafes y subepígrafes en negrita, tal y como se indicó antes, 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.

10. Extensión

A) Para los “*Estudios doctrinales*” y “*Derechos Comparado y Derecho Extranjero*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los “*Estudios de doctrina judicial*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para “*Crónica legislativa*”: la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para “*Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para “*Economía de la Seguridad Social*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en “*times new roman*”, tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en “*times new roman*”, tamaño 10, 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, págs. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, págs. 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, págs. 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, págs. 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.: *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, págs. 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.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.