

Crónica de  
Doctrina  
Judicial y  
Novedades  
Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD)*

*DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

*UNIVERSIDAD DE GRANADA*

LABORUM



## Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

### **1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

### **2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

#### **Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16. Caso Hof van Cassatie (Tribunal de Casación, Bélgica) contra Ömer Altun y Otros (JUR 2018\32841)**

Procedimiento prejudicial – Trabajadores migrantes – Seguridad social – Legislación aplicable – Reglamento (CEE) n.º 1408/71 – Artículo 14, punto 1, letra a) – Trabajadores desplazados – Reglamento (CEE) n.º 574/72 – Artículo 11, apartado 1, letra a) – Certificado E 101 – Fuerza probatoria – Certificado obtenido o invocado fraudulentamente.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 14, punto 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y el artículo 11, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, deben interpretarse en el sentido de que, cuando la institución del Estado miembro al que han sido desplazados los trabajadores presenta ante la institución expedidora de los certificados E 101 una solicitud de revisión de oficio y de retirada de éstos a la luz de información obtenida en una investigación judicial que le ha permitido constatar que los mencionados certificados se han obtenido o invocado fraudulentamente y la institución expedidora no ha tenido en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición, el juez nacional puede, en un procedimiento incoado contra las personas sospechosas de haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de dichos certificados, no tenerlos en cuenta si, sobre la base de esa información, y siempre que se respeten las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo que deben concederse a estas personas, comprueba la existencia de tal fraude.

### **Sentencia del Tribunal Supremo 47/2018, de 24 de enero de 2018 (JUR 2018\49666)**

Acumulación de acciones. No existe acumulación de acciones cuando se reclama la declaración de un grado de invalidez, al tiempo en que se pide su reconocimiento en el Régimen General para lo cual es necesario acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena.

### **3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 2/2018, de 3 de enero de 2018 (RJ 2018\1)**

Competencias de la TGSS. Calificación de la baja de trabajador derivada de ERE. Modificación de la causa de la baja, improcedencia. No es baja voluntaria.

Afirma el Tribunal Supremo: “No puede considerarse, en definitiva, que para la comprobación y, en su caso, alteración de la naturaleza de la baja del trabajador, calificada por el empresario como voluntaria, haya de acudirse necesaria o exclusivamente, por dicho trabajador, a la jurisdicción social, para que sea el Juez de lo Social el que determine si es conforme o no a Derecho, esa calificación dada por el empresario y asumida por la Administración, pues estamos ante un acto administrativo impugnado en esta jurisdicción contencioso-administrativa. El trabajador también puede dirigirse, por tanto, como ha hecho en este caso, a la Administración, ante la incorrección detectada en la calificación de su baja, para que la Tesorería General de la Seguridad Social realice los actos de comprobación precisos que permitan, en su caso, variar dicha calificación, según las competencias legal y reglamentariamente reconocidas a dicha Administración en los términos antes expuestos. Del mismo modo que el empresario podría también acudir ante esta misma jurisdicción contencioso-administrativa si la Administración hubiera alterado la calificación de la baja. En definitiva, ese acto administrativo negando o accediendo a dicha variación de la baja del trabajador puede ser impugnado, como cualquier acto administrativo relativo al alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, ante ésta jurisdicción contencioso-administrativa.

Conviene ilustrar, en fin, sobre la notoriedad del carácter involuntario de la baja, además de lo declarado por la STS de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8072), Sala Cuarta, antes citada y que dejamos para el final, que el informe de la Dirección General de Empleo, de 11 de febrero de 2014, transcrito en parte por la sentencia recurrida, ya señalaba que *«teniendo en cuenta que los trabajadores afectados de la empresa en cuestión causaron baja en la empresa por prejubilación, como consecuencia del expediente de regulación de empleo NUM000, desde nuestra óptica no se puede considerar que la extinción de sus contratos sea por la libre voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, sino que en todo caso, los trabajadores tuvieron que elegir entre una u otra medida, dado que el expediente de regulación de empleo fue presentado por la parte empresarial, fundamentado en las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas establecidas en el art. 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores (RCL 1995, 997) –ajenas a la voluntad de los trabajadores– donde ya se había establecido unos excedentes de plantilla. Así pues, a nuestro entender, ha de considerarse que los ceses de la empresa deben tener el carácter de involuntarios, y realizados de conformidad con lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y su normativa de desarrollo, con todas las consecuencias*

y efectos que tales extinciones producen en orden al reconocimiento de posibles prestaciones».

Del mismo modo que el Informe de la inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 23 de septiembre de 2014, concluye que *«las bajas mediante prejubilaciones a que se refieren los denunciados tienen causa en la situación descrita por Banca Cívica, S.A. en la Memoria del ERE NUM000, causas económicas, organizativas y productivas, conforme al art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y no al art. 49.1.a) de la norma citada (...) La STS 6920/2006, en unificación de doctrina, es muy clarificadora. La adscripción a las medias pactadas en un ERE es voluntaria, pero la causa de la extinción del contrato es el ERE, basado en causa económica, organizativa o productiva, y por tanto involuntaria, sea cual sea la formalización que haya realizado la empresa. (...) En consecuencia se estima que las bajas mediante Prejubilaciones habidas con ocasión del ERE NUM000 tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)».*

En fin, también transcribimos en parte la citada Sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo que ya señaló, en un supuesto similar, que *«el contrato no se ha extinguido “por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación”. (...) Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado».*

En consecuencia procede desestimar los motivos invocados y declarar que no ha lugar al recurso de casación”.

#### **4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)**

##### **Sentencia del Tribunal Supremo 2063/2017, de 21 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5904)**

SEGURIDAD SOCIAL: Afiliación: baja: calificación por el empresario como voluntaria: solicitud de modificación ante la Administración: cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato por ERE: causa no imputable a la libre voluntad del trabajador: modificación procedente: casación: desestimación. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: Ámbito objetivo: Seguridad Social: afiliación: baja: calificación por el empresario como voluntaria: solicitud de modificación ante la Administración para la realización de los actos de comprobación necesarios por la TGSS: acto administrativo impugnado: existencia.

#### **5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

### **6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 981/2017, de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6010)**

Nueva calificación de Incapacidad Permanente (IP) por el TSJ sin alterar los hechos probados. CUESTIONES ABORDADAS.- 1) Es posible que la sentencia de suplicación, sin variar los hechos probados, altere la calificación de la IP porque es una cuestión jurídica. Aplica doctrina de SSTS 26 diciembre 2000 (rec. 2342/1999), 17 enero 2001 (rec. 563/2000), 6 marzo 2001 (rec. 2344/1999), 16 mayo 2001 (rec. 3676/2000), 25 junio 2001 (rec. 3791/2000), 19 julio 2001 (rec. 2882/2000) y 23 abril 2013 (rec. 729/2012). 2) No existe contradicción entre las sentencias opuestas calificando la IP de auxiliar de enfermería que precisa muletas. Aplica doctrina de SSTS 23 (2) de junio de 2005 (rec. 1711/2004 y 3304/2004; Pleno), 2 noviembre 2005 (rec. 3117/2004), 13 noviembre 2007 (rec. 81/2007), 17 febrero 2010, rec. 52/2009) y 17 febrero 2016 (rec. 2931/2014), entre otras. FALLO.- De acuerdo con Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a STSJ Madrid491/2015 de 26 de mayo.

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2018, Asunto C-431/16. Caso Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y José Blanco Marqués (JUR 2018\75200)**

Procedimiento prejudicial – Seguridad social de los trabajadores migrantes – Reglamento (CEE) n.º 1408/71 – Artículos 12 y 46 bis a 46 quater – Prestaciones de la misma naturaleza – Concepto – Norma que prohíbe la acumulación – Concepto – Requisitos – Norma nacional que establece un complemento de la pensión de incapacidad permanente total para los trabajadores mayores de 55 años – Suspensión del complemento en caso de empleo o de percepción de una pensión de jubilación.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

1) Una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el complemento de pensión de invalidez permanente total queda suspendido durante el período en el que el beneficiario de la pensión percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza, constituye una cláusula de reducción en el sentido del artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) n.º 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008.

2) El artículo 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «legislación del primer Estado miembro» que figura en dicha disposición incluye la interpretación que un órgano jurisdiccional supremo ha realizado de una disposición legislativa nacional.

3) Debe considerarse que un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008.

4) El artículo 46 ter, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, no es de aplicación a una prestación calculada con arreglo al artículo 46, apartado 1, letra a), inciso i), de este Reglamento si esta prestación no está incluida en el anexo IV, parte D), del mismo Reglamento.

### **Sentencia del Tribunal Supremo 174/2018, de 21 de febrero de 2018 (JUR 2018\72670)**

GRAN INVALIDEZ. Reconocida la prestación en el RETA. Compatibilidad con prestación de Gran Invalidez reconocida en el RGSS teniendo en cuenta cotizaciones diferentes. La cuestión que se plantea es si es compatible el reconocimiento de GI en dos regímenes de la Seguridad Social distintos, teniendo en cuenta cotizaciones distintas, art. 122 LGSS. Se declara el derecho a pensión por el RGSS y por el RETA en compatibilidad, si bien solo una de ellas será calificada como gran invalidez con el correspondiente complemento, pudiéndose optar por el del régimen que se estime oportuno.

### **6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, Asunto C-103/16. Caso Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A. y Otros (TJCE 2018\6)**

Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 92/85/CEE – Medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia – Artículo 2, letra a) – Artículo 10, puntos 1 a 3 – Prohibición de despido de una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad – Ámbito de aplicación – Casos excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora afectada – Directiva 98/59/CE – Despidos colectivos – Artículo 1, apartado 1, letra a) – Motivos no inherentes a la persona de los trabajadores – Trabajadora embarazada despedida en el marco de un despido colectivo – Motivación del despido – Prioridad de permanencia de la trabajadora en la empresa – Prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la

Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

2) El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

3) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

4) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2018, Asunto C-651/16. Caso DW contra *Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra* (JUR 2018\72572)**

Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Prestación de maternidad – Cálculo del importe sobre la base de los ingresos de la asegurada durante un período de referencia de doce meses – Persona que ha estado durante ese período prestando servicios en una institución de la Unión Europea – Normativa nacional que establece la fijación del importe controvertido en el 70 % de la base media de cotización – Restricción de la libre circulación de los trabajadores – Principio de cooperación leal.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que, a efectos de determinar la base media de cotización para el cálculo de la prestación de maternidad, asimila los meses del período de referencia durante los que la interesada ha prestado servicios en una institución de la Unión y no ha estado afiliada al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro a un período de desempleo y les aplica la base media de cotización en dicho Estado miembro, lo que tiene por efecto reducir sustancialmente el importe de la prestación de maternidad concedido a dicha persona en relación con el que esta habría podido obtener si hubiera ejercido una actividad profesional únicamente en ese mismo Estado miembro.

### 6.3. Jubilación

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 1014/2017, de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6124)**

Pensión de Jubilación anticipada por discapacidad. Trabajador afectado de Agnesia por Talidomida. La patología congénita que padece el actor y sus limitaciones funcionales, no han experimentado cambio desde el nacimiento. Se estima el recurso, reconociéndolo la prestación solicitada.

“El actor postula el reconocimiento de una jubilación anticipada por discapacidad, siendo de aplicación al caso la siguiente normativa:

A.- Conforme al art. 161 de la LGSS que reproduce la sentencia (JUR 2015, 295809) recurrida: “Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del art. 124, reúnan las siguientes condiciones:

a) Haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias y, por su parte, el primero de los preceptos que entiende infringidos art.161 bis, “Jubilación anticipada” que:

1.-La edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto para seguir normando que “De igual modo, la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años”.

B.- Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento establece en su Art. 1, ámbito de aplicación, que “Lo dispuesto en este real decreto se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo siguiente y que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento”.

Para el presente supuesto de discapacidad, entiende la sentencia (JUR 2015, 295809) recurrida, que son tres los requisitos exigidos para el acceso a la Jubilación anticipada:

a) Tener al menos 56 años (Art. 3 RD citado); b) Encontrarse de alta o asimilada al alta; c) Tener un grado de discapacidad igual o mayor al 45 % acreditándose que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo siguiente y que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento.

4.- Partiendo de ello, es claro que ha de rechazarse la solución de instancia en cuanto que parte de que no se trata de una de las discapacidades reglamentariamente determinadas, y que no alcanza el grado de minusvalía del 45 %, puesto que en la fecha del hecho causante –entiende– es del 40 %, y que “solo a partir del 23 de mayo de 2013, que solicita revisión de grado, se le reconoce el 75 % conforme al RD 1971/1999 que altera el baremo”, así como que no es dable revisar una resolución veinte años después de su firmeza, y que en definitiva no ha completado todo el período mínimo de cotización con una discapacidad superior al 45 %.

Pues bien, en primer lugar cabe centrar la cuestión, para clarificar que nos encontramos ante una solicitud de prestación de jubilación anticipada por discapacidad, que por resolución del INSS de fecha 20.09.2013 (confirmada por la de 27.12.2013 desestimatoria de la reclamación previa), es denegada exclusivamente (h.p. segundo), “porque a la fecha del hecho causante 24.08.13 acredita haber trabajado con un grado de discapacidad del 45 % producida como consecuencia de una de las enfermedades reglamentariamente determinadas durante 94 días, en lugar de los 5.475 días exigidos legalmente para poder acceder a una jubilación anticipada por esta causa, según lo establecido en el art. 161 bis 1 de la LGSS y el art. 1 del RD 1851/2009 de 4 de diciembre “

No discute el INSS la concurrencia de los requisitos de edad, discapacidad ni de cotización exigibles. Y la discusión se sitúa exclusivamente en el hecho de que al actor por resolución de 6 de julio de 1992, de conformidad con lo establecido en el RD 1723/81 se le reconoció una minusvalía del 40 % (no del 45 %) y que fue por resolución de 23 de mayo de 2013 cuando se le reconoció el 75 % conforme al RD 1971/1999. A partir de este dato se desestima la pretensión al constar que solo acredita haber trabajado 94 días (que sitúa a partir de 2013) con el grado de discapacidad requerido del 45 %.

Al respecto, ha de señalarse que el grado de minusvalía del actor nunca ha sido revisado, pues ello sólo procede en los casos de agravación o mejoría y en los de error de diagnóstico. No cabe cuando, como es el caso, simplemente se trata de aplicar el nuevo Baremo establecido para la valoración de las minusvalías. Por lo tanto, en el caso, el grado de discapacidad del actor del 75 % (conforme al RD 1971/1999) solo actualiza conforme a la vigente normativa el grado de discapacidad reconocido en resolución de 6 de julio de 1992. Conclusión a la que se ha de llegar aplicando la doctrina de esta Sala IV/TS contenida, entre otras en la STS/IV de 14/11/2007 (RJ 2008, 1003) (rcud. 890/2007 ), –si bien relativas al plazo a partir del cual puede instarse la revisión–, que señala que : *“La cuestión relativa a cuando procede la revisión del grado de minusvalía ya reconocido y la de si la existencia de un nuevo Baremo para la valoración del grado de minusvalía es causa bastante para esa revisión ha sido ya resuelta por esta Sala en sentencias de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 2672) (Rec. 2597/03 ), 17 de enero de 2005 (RJ 2005, 1615) (Rec. 6540/03 ), 30 de septiembre de*

2005 (RJ 2005, 8094) (Rec. 335/04 ), 25 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6686) (Rec. 3167/05 ) y 15 de febrero de 2007 (RJ 2007, 4624) (Rec. 357/06 )”.

En el presente caso, no nos encontramos ante una revisión, sino una actualización del baremo, por lo que el periodo total cotizado por el actor lo ha sido habiendo trabajado con un grado de discapacidad superior al 45 %, en concreto del 75 %, que ha de surtir a efectos de la pensión de jubilación anticipada por discapacidad, plenos efectos desde la fecha de la solicitud (es decir, a partir de la resolución de fecha 6/7/1992). No cabe olvidar que, conforme se constata en el hecho probado quinto, “El actor padece una patología congénita consistente en agenesia de ambos antebrazos y dedos 1º y 3º de la mano derecha y 1º, 3º y 4º de la mano izquierda. Las limitaciones funcionales no han experimentado cambio desde el nacimiento”.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 67/2018, de 25 de enero de 2018 (RJ 2018\424)**

Jubilación parcial de funcionaria que, al amparo de un acuerdo colectivo convierte su relación funcionarial en laboral. Determinación sobre si un motivo por el que no procedería conceder la prestación (existencia de fraude) que consta en el expediente administrativo y que no se alegó en la resolución administrativa puede incorporarse al proceso, y si la prueba propuesta para acreditar el fraude, con anterioridad al juicio y reiterada en éste, puede ser desconocida por el órgano judicial o desestimada tácitamente. Denegación de prueba y derecho a la tutela judicial efectiva.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 82/2018, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018\557)**

Pensión de jubilación. Trabajador migrante que acredita períodos de cotización en España y Bélgica. Fórmula de cálculo de la base reguladora de la prestación a cargo de la Seguridad Social española: se tienen en cuenta las últimas bases reales por las que cotizó en España y no las bases medias de cotización correspondientes al período previo al hecho causante en que trabajó en Bélgica. Rectifica doctrina STS 24-10-2017 (rec. 2006/2015).

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 77/2018 de 31 de enero de 2018 (RJ 2018\414)**

JUBILACIÓN PARCIAL. Se reconoce la jubilación parcial en un porcentaje del 85 % y empresa y trabajador suscriben un contrato a tiempo parcial del 15 % de la jornada hasta que el trabajador cumpla 65 años, suscribiendo la empresa un contrato de relevo con otro trabajador, a tiempo completo, hasta el cumplimiento de 65 años por el jubilado parcial. Empresa y trabajador privadamente acordaron que el trabajador prestará servicios 40 horas semanales del 1 de diciembre de 2008 al 10 de mayo de 2009, fecha en la que se completará la totalidad de la jornada a tiempo parcial que pactó con la empresa, habiendo prestado servicios durante dicho periodo. No es contrario a la regulación legal. Reitera doctrina (sentencia de 19 de enero de 2015, recurso 627/2014 y de 29 de marzo de 2017, recurso 2142/2015).

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 173/2018 de 20 de febrero de 2018 (JUR 2018\58393)**

Pensión de jubilación anticipada. Inscripción ininterrumpida como demandante de empleo a efectos de acreditar la situación de asimilada al alta. Desde la última ocupación cotizada se han producido diversas interrupciones en la inscripción que totalizan un total de 2

años y 9 meses, sin que concurra ninguna especial circunstancia personal o familiar que lo justifique. Se evidencia con ello la voluntad de apartarse del mundo laboral que impide aplicar la doctrina del “paréntesis”.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 191/2018 de 21 de febrero de 2018 (JUR 2018\74184)**

Pensión de jubilación. Trabajador que, tras prestar servicios encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, pasa al RETA, continuando realizando la misma actividad. Cuando pasa a este régimen está exonerado del pago de cuotas –excepto las correspondientes a IT– por haber cumplido 65 años y tener más de 35 cotizados. Accede a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social. Forma de cálculo de la base reguladora de la pensión en el periodo en el que el trabajador estuvo exonerado de cotizar: Se aplican las reglas del Régimen en el que se concedió la pensión, es decir, del Régimen General de la Seguridad Social, calculándose las bases atendiendo a las bases por las que hubiera cotizado en el año inmediatamente anterior.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 212/2018 de 27 de febrero de 2018 (JUR 2018\72675)**

Responsabilidad en el abono de la pensión de vejez SOVI. La empresa para la que prestaba servicios la trabajadora no ha cotizado por trabajos posteriores al 1 de julio de 1959 y anteriores a 1 de enero de 1967, acreditando 1735 días de cotización al SOVI.

#### **6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 84/2018, de 24 de enero de 2018 (RJ 2018\130)**

Pensión de viudedad de clases pasivas del Estado. Poligamia. Convenio Bilateral con Marruecos, distribución de la pensión entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el súbdito marroquí causante de la pensión. Voto particular.

En contra de la opinión mayoritaria, el voto particular a esta sentencia indica:

“1º La sentencia mayoritaria aplica el artículo 23 del Convenio entre España y Marruecos en materia de Seguridad Social (RCL 1982, 2695), que prevé el supuesto de matrimonio polígamo y acuerda que la única pensión de viudedad que se reconozca se dividirá por partes iguales entre las que resulten ser beneficiarias conforme a la legislación marroquí.

2º Tal norma convencional se refiere al derecho a las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, mientras que en el caso de autos se trata del reconocimiento de la pensión conforme al régimen especial de Clases Pasivas. Admito que es fácil llegar a una aplicación analógica de lo previsto en ese Convenio a supuestos como el de autos, máxime desde la aplicación del artículo 14 de la Constitución (RCL 1978, 2836) tal y como hace la sentencia mayoritaria.

3º Sin embargo la llamada que hace la Abogacía del Estado y la sentencia impugnada al orden público es relevante y debería llevar, más bien, una aplicación no expansiva, no

integradora, sino restrictiva de lo previsto en ese Convenio en relación al artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas (RCL 1987, 1305).

Sin entrar en las circunstancias que aconsejaron la suscripción del citado Convenio, su previsión implica reconocer una pensión que, por definición y naturaleza, sólo puede reconocerse en España en quien concurra un doble presupuesto: haber estado unido en matrimonio y un matrimonio conforme a la legislación española y, en todo caso, reconocible desde las señas de identidad de tal instituto conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

4º Desde esta perspectiva sostengo la aplicación restrictiva del citado Convenio pues lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español.

Podrá decirse que ese Convenio no ha sido denunciado, pero que eso no sea así no debe llevar - como hace la sentencia mayoritaria - a aumentar, expandir una previsión puntual sólo prevista para los nacionales marroquíes y para las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, es más, su artículo 2.1.A.2 expresamente excluye el régimen especial de clases pasivas.

5º Son numerosas las sentencias - de las que se hace eco la sentencia de la que ahora discrepo - que vienen declarando la improcedencia de reconocer a efectos del régimen general de extranjería o de nacionalidad a uniones polígamas. Tales pronunciamientos se asientan, como no puede ser de otra forma, en el adecuado entendimiento del concepto de orden público y es que a una figura que pugna con nuestra mentalidad - el matrimonio polígamo - sólo admite una interpretación restrictiva que evite además la fragmentación de un instituto como es el matrimonio.

6º Por último no debe perderse de vista que es muy distinta la situación social de España al tiempo de firmarse el Convenio al que se hace referencia con la situación actual. Hoy día son varios millones las personas que viven legalmente en España y que proceden de países de religión musulmana. Sin entrar ahora en disquisiciones que no son del caso, es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer.

Con pronunciamientos como el de la sentencia mayoritaria se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad, y que su aplicación sea en un aspecto muy limitado no quita para que, dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables”.

### **Sentencia del Tribunal Supremo 1010/2017, de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5960)**

Pensión de viudedad. Disolución del vínculo matrimonial. Sentencia de divorcio dictada después del 1/1/2008. Interpretación de la DT 18ª de la LGSS.

**Sentencia del Tribunal Supremo 1015/2017, de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\61269)**

Pensión de viudedad con beneficiarios concurrentes, estando topada la del excónyuge. CRITERIOS.- 1) Diferencias entre la anterior regulación (tesis atributiva) y la vigente tras las Leyes 40/2007 y 26/2009 (tesis distributiva). Recuerda doctrina de SSTS 23 junio 2014 (rec. 1233/2013; Pleno) y 786/2017 de 11 octubre (rec. 3911/2015; Pleno). 2) Si la cuantía correspondiente al antiguo cónyuge supera el importe de la pensión compensatoria, el exceso revierte en favor de quien sea cónyuge (o asimilado) en el momento del fallecimiento. 3) Conclusión alcanzada superando una interpretación literal de la norma, que realmente no ha regulado el problema suscitado. Acudimiento a criterios sistemáticos, teleológicos y lógicos. FALLO.- Casa la STSJ Madrid 162/2016 de 26 febrero.

**Sentencia del Tribunal Supremo 58/2018, de 25 de enero de 2018 (RJ 2018\515)**

Pensión de viudedad. Pareja unida por rito gitano. Para generar la pensión es preciso cumplir el requisito de inscripción en el registro de parejas de hecho. La pertenencia al colectivo gitano no exime de cumplir los requisitos generales ad solemnitatem. Y no cabe alegar buena fe concurrente, por errónea creencia, cuando en todos los documentos oficiales (libro de familia; inscripciones de nacimiento) constan los miembros de la pareja como “solteros” y sus hijos como “extramatrimoniales” o “naturales”. Inaplicabilidad de la STEDH 08/12/09 [asunto Muñoz Díaz]. Voto particular.

**Auto del Tribunal Constitucional número 167/2017 de 12 de diciembre de 2017 (RTC 2017\167 AUTO)**

PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: Pensión de viudedad: beneficiarios: parejas de hecho: cuestión de inconstitucionalidad respecto del último inciso del primer párrafo del apartado tercero del artículo 174 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio en la redacción dada por el artículo 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación en relación con el artículo 10 CE: fijación como requisito para acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho un determinado límite de ingresos que es diferente en función de que existan o no hijos comunes de la pareja con derecho a pensión de orfandad: finalidad de dispensar mayor protección a aquellas situaciones de necesidad en las que existan cargas familiares para el superviviente de la pareja de hecho: diferencia de trato que responde a una justificación objetiva y razonable: cuestión notoriamente infundada: inadmisión.

**Auto del Tribunal Constitucional número 4/2018, de 23 de enero de 2018 (RTC 2018\4AUTO)**

PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: Pensión de viudedad: beneficiarios: personas divorciadas: cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 220.1, párrafo segundo, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre: reconocimiento del derecho en caso de separación o divorcio condicionado a la existencia de pensión compensatoria previa a cargo del causante: anudación del derecho al dato objetivo de la preexistencia de una

prestación económica de carácter periódico, que trae causa del desequilibrio patrimonial que el fin de la convivencia matrimonial comporta para uno de los contrayentes respecto del otro: disminución de ingresos que resulta equiparable a la minoración patrimonial que sufre el cónyuge superviviente en situaciones de convivencia matrimonial: inadmisión de la cuestión.

### **Sentencia del Tribunal Supremo 222/2018 de 27 de febrero de 2018 (JUR 2018\72718)**

Pensión de orfandad reconocida a favor de tres huérfanos absolutos. Fecha de efectos. El INSS retrotrae los efectos a los tres meses anteriores a la solicitud formulada por el tutor. El tutor solicitó la pensión dentro de los tres meses siguientes a su aceptación del cargo. El causante falleció el 26 de abril de 2013 y los abuelos de los huérfanos fueron designados tutores y aceptaron el cargo el 25 de febrero de 2015. Hasta que aceptaron el cargo no existía sujeto con capacidad para solicitar la pensión de orfandad. El plazo de tres meses ha de computar desde que se pudo reclamar la pensión, es decir, desde que los tutores aceptaron el cargo por lo que sus efectos han de retrotraerse a la fecha del hecho causante.

Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primera: No hay norma alguna que establezca quien o quienes pueden solicitar la pensión de orfandad.

Segunda: El artículo 174.3 de la LGSS establece que “La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.

Por su parte el artículo 11 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, dispone: “Abono de la pensión de orfandad.- La pensión de orfandad se abonará:

a) En el caso de beneficiarios menores de dieciocho años, a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan las obligaciones de mantenerlos y educarlos”.

Las citadas normas se limitan a establecer a quien se va a abonar la pensión de orfandad pero no disponen que sean los que tienen a su cargo a los huérfanos los que han de solicitar la pensión de orfandad.

Tercera: La situación de los abuelos, antes de ser designados tutores es una situación de hecho que no se ajusta a ninguna de las situaciones reguladas en el Código Civil (LEG 1889, 27).

Así, la situación que más podría asemejarse a la contemplada en este supuesto es la prevista en el artículo 173 bis. 1º del Código Civil que contempla el acogimiento familiar simple señalando “que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable”. Sin embargo, en el asunto examinado no consta que se adoptara dicha modalidad ya que la misma requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 173.2 del Código Civil, que se formalice por escrito, con consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciban al menor y de este si tuviera doce años cumplidos, fijando a continuación los

extremos que debe contener el documento de formalización del acogimiento familiar. En el apartado 1 del precepto se señalan las obligaciones del acogedor.

Al tratarse de una situación de hecho no aparecen definidas las obligaciones que incumben al que tiene a su cargo al menor.

Cuarta: La única referencia explícita al guardador de hecho aparece en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016, 1354), de Jurisdicción voluntaria, posterior a los hechos acaecidos y, por tanto no aplicable. Dicho precepto dispone:

«1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2.- El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.»

Quinta: La Convención sobre los derechos del niño establece:

Artículo 2: «Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación»

Artículo 3: «Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior».

Sexta: La LO 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, establece:

Artículo 2. Interés superior del menor:

«1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concierne a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

«2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas...».

Séptima: El artículo 39 de la Constitución dispone en su apartado 1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y en el apartado 2 que los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, principios que han de servir de guía para la interpretación de las normas.

3.- Por todo lo razonado, no existiendo una norma que expresamente establezca que el que tenga a su cargo a los huérfanos ha de solicitar la pensión de orfandad, no cabe interpretar las normas de Seguridad Social anteriormente consignadas de forma que perjudiquen gravemente los intereses de los menores, por el contrario se han de interpretar desde la perspectiva de la protección del interés superior del menor y a la luz de los preceptos constitucionales, artículo 39, apartados 1 y 2, que disponen que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos. No cabe privar a los menores de una parte de su derecho a la pensión de orfandad cuando no aparece claramente establecido quien ha de solicitar dicha pensión, es decir, se les acarrea un perjuicio por la inacción de un obligado a solicitar la pensión que no aparece expresamente identificado en la normativa aplicable.

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado.

## **6.5. Prestaciones familiares**

### **Sentencia del Tribunal Supremo 192/2018 de 21 de febrero de 2018 (JUR 2018\72857)**

SUBSIDIO POR CUIDADO DE MENOR afectado por una enfermedad grave (Diabetes Mellitus Tipo I) y escolarizado desde antes de su detección. FALTA DE CONTRADICCIÓN: 1) En el presente caso la escolarización preexiste a la concesión y es invocada (dos años más tarde) como causa de la extinción. 2) En el caso referencial se analiza si concurren los presupuestos fácticos para lucrar la prestación. Aplicación de la doctrina contenida en SSTS 568/2016 de 28 junio (la escolarización es compatible con la prestación) y 93/2018 de 5 de febrero (necesidad de que las sentencias comparadas resuelvan sobre problemas análogos). DESESTIMACIÓN del recurso interpuesto por la Mutua frente a STSJ Comunidad Valenciana.

## **6.6. Desempleo**

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5795)**

Recurso de Casación (LEY 7/2015, DE 21 JULIO): Interés casacional objetivo: para la formación de jurisprudencia: Seguridad Social: acta de liquidación: actividades de colaboración que pueden desarrollar los perceptores de prestaciones de desempleo para las Administraciones Públicas: interpretación de la disp. final 2ª del RD-Ley 17/2014: determinación de si aquellas Administraciones Públicas que, teniendo trabajadores en régimen de colaboración social, han cumplido la normativa y doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión y por ende han procedido a su regularización antes de la entrada en vigor del RD-Ley, han de verse castigadas por dicho cumplimiento con el abono de las cantidades

exigidas por la inspección de la Seguridad Social, y si eso es así, determinar si tal diferencia de trato es compatible con los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe: admisión procedente.

**Sentencia del Tribunal Supremo 1033/2017, de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6125)**

Prestaciones por desempleo: a efectos de determinar su duración no se computa el período durante el cual un trabajador extranjero prestó servicios en situación irregular. Reitera doctrina.

**Sentencia del Tribunal Supremo 24/2018, de 16 de enero de 2018 (RJ 2018\160)**

Importe máximo de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial que pierden su único empleo. Aplicación del porcentaje de parcialidad: procedencia. Reitera doctrina.

**Sentencia del Tribunal Supremo 74/2018, de 30 de enero de 2018 (JUR 2018\49551)**

Base reguladora de la prestación por desempleo: Se calcula en atención a las cotizaciones a la Seguridad Social de los últimos 180 días cotizados antes de la situación por desempleo. Reclamación de diferencias en cuantía inferior a 3.000 euros. Afectación general. Se estima que concurre y se entra a conocer del fondo. Reitera doctrina STS/IV 16-enero-2018 (rcud.1552/2017) que cambia criterio respecto a la apreciación de afectación general.

**Sentencia del Tribunal Supremo 136/2018, de 13 de febrero de 2018 (JUR 2018\72816)**

RETA.- Prestaciones por cese de actividad. Para que el pago de cuotas adeudadas surta el efecto de considerar al afiliado al corriente en el pago de las cotizaciones se requiere contar en la fecha del hecho causante con la cotización necesaria. Reitera doctrina STS 27-10-2015 (Rcud. 2663/2014).

### **6.7. Prestaciones Sanitarias**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2017, de 30 de noviembre de 2017 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2018)**

Recurso de inconstitucionalidad 501-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos legales autonómicos que modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos (STC 134/2017). Voto particular.

**Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2017, de 14 de diciembre de 2018 (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018)**

Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

**Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2018, de 11 de enero (BOE núm. 34 de 07 de febrero de 2018)**

Recurso de inconstitucionalidad 2002-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con distintos preceptos de la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Competencias sobre extranjería, legislación procesal, asistencia social y sanidad: nulidad de los preceptos legales autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017) y establecen la inembargabilidad de unas ayudas extraordinarias de apoyo social para contingencias. Votos particulares.

**7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

**8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

**9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

**9.1. Mejoras Voluntarias**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

**9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

### 9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

#### **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 668/2017 de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5355)**

Naturaleza privativa o ganancial de la indemnización en concepto de incapacidad permanente absoluta percibida por uno de los cónyuges antes del divorcio (póliza de seguro colectivo concertada por la empresa en la que trabajaba). Carácter privativo.

El razonamiento de esta sentencia era el siguiente:

«Debe distinguirse, al efecto de atribuir dicha suma indemnizatoria el concepto de bien de conquistas, entre capacidad laboral como derecho integrado en la personalidad del trabajador, y que se incluye en sus bienes inherentes a dicha personalidad, y las consecuencias o productos de su trabajo, es decir, el rendimiento económico del trabajo, que tanto la Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456) (ley 83-1), como el Código Civil (LEG 1889, 27) (art. 1347-1.º) incluyen entre los bienes de conquista o gananciales, y en tal concepto estas ganancias no son bienes inherentes a la persona y no transmisibles inter vivos, excluidos de la consideración de gananciales por el art. 1346, n.º 5.º del Código civil (LEG 1889, 27). Y tampoco son bienes inherentes a la personalidad las indemnizaciones que, como la discutida, proceden de la relación de trabajo y se generaron al amparo de la misma, de modo que no tendrían explicación si se prescindiera de tal relación laboral, y toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial basado en su derecho al trabajo, derecho personalísimo, pero que no se confunde con éste por ser una consecuencia económica y pecuniaria que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresado en el patrimonio conyugal, integrado al disolverse la sociedad de conquistas parte de estos bienes a liquidar y repartir entre ambos cónyuges o sus herederos. Al no tener la indemnización discutida su fundamentación en un resarcimiento de daños, sino en una póliza de seguro contra el riesgo de invalidez permanente absoluta para el trabajo, no puede acogerse al n.º 6.º del art. 1346 del Código Civil, referido como su texto indica “a los daños inferidos a la persona” de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, todo ello aun considerando que la normativa del Código civil (LEG 1889, 27) tiene en este punto aplicación supletoria a Navarra por virtud de lo dispuesto en la ley 91 de la Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456) de dicha región foral. De todo lo cual se deduce que no hubo infracción de la ley 83 del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456), ni de la ley 91 del mismo Cuerpo Legal, pues ni consta la pertenencia privativa de la indemnización litigiosa, y por tanto se presume de conquistas, ni hay inconveniente para acudir como criterio interpretativo a las normas del Código civil (LEG 1889, 27) siguiendo el mandato de la ley citada 91».

Esta sala, por el contrario, apartándose del criterio de este precedente, entiende que concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo.

Ello por las razones que se exponen a continuación.

1.ª) En ausencia de norma expresa sobre el carácter privativo o ganancial de determinado bien o derecho, la resolución de los conflictos que se susciten debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce, aplicando los criterios que la ley tiene en cuenta para supuestos semejantes.

2.ª) La invalidez permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

En la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. En particular, lo característico de la incapacidad permanente absoluta es que el trabajador está inhabilitado por completo para toda profesión u oficio, con independencia de que la situación sea revisable y de que el cobro de la pensión vitalicia sea compatible, hasta la edad de acceso a una pensión de jubilación, con actividades lucrativas compatibles con la incapacidad absoluta (arts. 136 , 137 , 139 y 141 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 2015, 1700) , objeto de modificaciones puntuales en varias ocasiones y de desarrollos reglamentarios y, en la actualidad, de lo dispuesto en los arts. 193, 194, 196.3, 198 y disposición transitoria vigésima sexta del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En consecuencia, por su propia naturaleza y función, la titularidad de esta pensión guarda una estrecha conexión con la personalidad [es inherente a la persona, art. 1346.5.º CC (LEG 1889, 27)] y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6. CC, con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común).

Atendiendo, por tanto, a los criterios presentes en los apartados 5.º y 6.º del art. 1346 CC, la titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa. En efecto, la pensión derivada de una incapacidad permanente dispensa protección a quien ve mermada su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad o de un accidente: se dirige a compensar un daño que afecta a la persona del trabajador, la ausencia de unas facultades que tenía y que ha perdido, lo que en el futuro le mermará las posibilidades de seguir obteniendo recursos económicos por la aplicación de esas facultades.

El reconocimiento del carácter privativo de la pensión tiene como consecuencia que, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge (ni, en su caso, con los herederos del cónyuge premuerto).

Cuestión distinta es que, en ausencia de norma específica que diga otra cosa, las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el art. 1349 CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa

durante la vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (arts. 210.2.g . y 212 del Código del Derecho foral de Aragón (LARG 2011, 118) ).

3.ª) Junto a las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública, son posibles mejoras voluntarias implantadas por la iniciativa privada, dirigidas a incrementar las coberturas. Una de las fórmulas para instrumentar los compromisos asumidos por las empresas es la del seguro. Así sucede en el presente caso, en que Telefónica tenía concertada con Antares una póliza de seguro colectivo.

La indemnización pagada por la aseguradora que cubre la contingencia de incapacidad permanente se dirige, al igual que el reconocimiento de la pensión derivada de la incapacidad, a reparar el daño que deriva de la merma de la capacidad laboral y sus consecuencias económicas respecto de los eventuales ingresos derivados del trabajo. Con independencia de que el pago de las cuotas del seguro lo realizara la empresa para la que trabajaba el beneficiario, el hecho generador de la indemnización es la contingencia de un acontecimiento estrictamente personal, la pérdida de unas facultades personales que en cuanto tales no pertenecen a la sociedad. Que la sociedad se aproveche de los rendimientos procedentes del ejercicio de la capacidad de trabajo no convierte a la sociedad en titular de esa capacidad.

El contenido económico de la indemnización y que, una vez percibida, resulte transmisible, no hace perder a la indemnización su carácter privativo e inherente a la persona. Puesto que la indemnización está destinada a asegurar una utilidad personal al cónyuge beneficiario no sería razonable, dada su función, que al disolverse la sociedad correspondiera una parte al otro cónyuge (o incluso, en su caso, a los herederos del cónyuge).

## Novedades Bibliográficas

### 1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BLASCO LAHOZ, J.F. (Ed.): *Ley General de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, 12ª ed., 2018, 533 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *Introducción a la protección social*, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2018, 192 páginas.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.): *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín Librero-Editor, 6ª ed., 2018, 461 páginas.

TARANCÓN PÉREZ, E., ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2018, 320 páginas.

### 2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La protección sanitaria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Albacete, Bomarzo, 2017, 274 páginas.

- MARTÍN PALOMO, M. T.: *Cuidado, vulnerabilidad e interdependencias. Nuevos retos políticos*, Madrid, CEPC, 2017, 220 páginas.
- MARTINEZ GARCÍA, M.L.: *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 335 páginas.
- MARTÍNEZ MATEO, C.J.: *Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017, 462 páginas.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017, 174 páginas.
- MORENO GENÉ, J., ROMERO BUSTILLO, A.M.: *Los trabajadores maduros entre el trabajo y la jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch 2018, 489 páginas.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *Accidentes de trabajo. Análisis jurisprudencial y acción de responsabilidad por daños*, Granada, Dauro, 2017.
- SANZ DE GALDEANO: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Navarra, Aranzadi, 2018, 518 páginas.
- SANZ SÁEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y de futuro*, Albacete, Bomarzo, 2017, 190 páginas.
- VV.AA.: *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y VILA TIERNO, F. (Dirs.), Granada, Comares, 2017, 651 páginas.

### **3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

- CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.): *Manual de protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2017.

### **4. RECENSIONES**

- AA.VV., *Dependencia (longtermcare) y empleo en el Estado del bienestar* (dir. Molero Marañón, M<sup>a</sup> Luisa), edit. ARANZADI, Madrid, 2017, 503 págs., ISBN: 978-84-9177-448-8.

JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ

PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El establecimiento de un sistema integrado de atención a la dependencia, llevado a cabo por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha constituido la medida de mayor trascendencia en materia de protección social que se ha adoptado en nuestro país en los tiempos más recientes. No solo por la importancia vital del reto que dicho sistema debe

afrontar, cual es el de, como afirma la exposición de motivos de la Ley, “atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”, sino por la complejidad que el funcionamiento de tal sistema implica a nivel organizativo, financiero y de gestión. Por otro lado, siendo la dependencia un fenómeno en el que se ven involucrados numerosos aspectos (laborales, fiscales, patrimoniales, competenciales, entre otros), el enfoque para su tratamiento debe ser necesariamente transversal, combinándose diferentes perspectivas que han de ser consideradas a la hora de edificar un sistema amplio de protección de las personas en situación de dependencia.

Habiéndose cumplido en enero de 2017 diez años desde la entrada en vigor de la Ley 39/2006, resulta muy pertinente examinar cuál ha sido el desarrollo de la misma y cuáles son los problemas y dificultades existentes para el avance del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Tarea que se aborda con gran profundidad en la presente obra, fruto de un exhaustivo proyecto de investigación desarrollado por los autores (muchos de los cuales acreditan ya una larga dedicación al estudio de esta materia) que, desde un planteamiento multidisciplinar, no se limita a efectuar un riguroso análisis del actual estado de situación del SAAD, sino que se proyecta a la formulación de numerosas propuestas de perfeccionamiento del mismo.

La obra se estructura en dos bloques diferenciados, uno dedicado a los retos para la consolidación de un sistema eficaz de cuidados de larga duración (capítulos I a VIII) y otro a los aspectos relacionados con el retorno del empleo como incentivo decisivo a la inversión en el sistema de cuidados de larga duración (capítulos IX a XIII).

El capítulo I (M<sup>a</sup> Luisa Molero Marañón) propone un replanteamiento del modelo español de atención a la dependencia en consideración al contexto europeo; partiendo de que en el modelo español el cuidado predominante es el familiar o informal prestado por la mujer o el servicio doméstico, aboga por que dicho papel sea reconocido como el eje principal del sistema, proponiéndose la priorización de las prestaciones económicas frente a la opción legal por la prestación de los servicios, así como que los servicios profesionales se pongan al servicio del cuidado principal que se desenvuelve en el hogar.

En el capítulo II (M<sup>a</sup> José Serrano García) se aborda la compleja cuestión de la distribución constitucional de competencias en el ámbito de la dependencia, a cuyo efecto se analiza la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los ámbitos de actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como la más reciente recaída con motivo de la reforma de la legislación sobre régimen local, planteándose, a la luz de dicha doctrina, el posible desacierto técnico del legislador al alejar el SAAD del sistema de la Seguridad Social.

En el capítulo III (Manuela Durán Bernardino), sobre la evolución de la acción protectora de las prestaciones de servicios y el impacto al respecto de las reformas del año 2012 adoptadas en el marco de la reducción del déficit público, se analizan los resultados que se han obtenido con la implantación de tales medidas y se examinan las nuevas reglas de compatibilidad entre prestaciones, defendiéndose la no priorización de unas prestaciones

sobre otras sino una amplia garantía para que las personas dependientes y sus familiares puedan elegir entre el mayor abanico posible de opciones.

El capítulo IV (Mónica Llano Sánchez) se dedica al estudio de los cuidados informales tras diez años de aplicación de la Ley 39/2006, examinándose la afectación que el régimen de tales cuidados experimentó tras las reformas de 2012-2013 en cuanto a la mayor dificultad para la concesión de la prestación económica por cuidados familiares, la involución en la protección de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales y la limitada promoción de las acciones de apoyo a estos últimos. Asimismo, se plantea la necesidad de regular la figura del asistente personal y, entre otras propuestas, revisar las reformas relativas al servicio de ayuda a domicilio.

En el capítulo V (Susana Roldán Ayuso) se analizan los fundamentos y el funcionamiento del sistema de financiación de la dependencia en los distintos niveles de protección, señalándose la necesidad de un replanteamiento de dicha financiación. También se examina el endurecimiento producido en el régimen del copago, formulándose propuestas dirigidas a reformar el sistema vigente.

La cuestión de la garantía judicial en la protección de las personas dependientes es objeto del capítulo VI (Jorge Torrens Margalef), en el que se exponen las controversias que se plantean en el ámbito de la dependencia, se analiza la naturaleza de las prestaciones y las cuestiones sobre competencia jurisdiccional y la problemática que plantea la diferida atribución competencial al orden social para conocer de las cuestiones litigiosas relativas a la Ley 39/2006.

En el capítulo VII (Isidoro Martín Dégano) se examina el tratamiento de la situación de dependencia en el ámbito tributario, analizándose los beneficios fiscales en el IRPF (exenciones, hipoteca inversa, reducciones de la base imponible) así como la consideración de la dependencia en el IVA. Asimismo, se ponen de relieve las disfunciones a efectos fiscales derivadas del tratamiento dispar de la discapacidad y la dependencia y se formulan propuestas para corregirlas.

El capítulo VIII (Francisco Millán Salas) trata de los instrumentos de financiación privada para personas dependientes, en particular el contrato de alimentos y el contrato de renta vitalicia, y en él se analiza el concepto, caracteres, los elementos personales, reales y formales, las garantías del cumplimiento y las causas de extinción en ambos contratos, como medios de financiación privada de las necesidades vitales de personas dependientes (enfermas, discapacitadas o de avanzada edad) que no tienen familia o teniéndola se encuentran desamparadas, pero que cuentan con un patrimonio suficiente como para no poder beneficiarse de los servicios públicos asistenciales.

Entrando ya en el segundo bloque, el capítulo IX (Ricardo Escudero Rodríguez) cuestiona la injustificable desconexión, a nivel normativo, entre el trabajo de cuidados en el hogar familiar y la protección de la dependencia y, tras exponerse las variantes del empleo en el sector de la dependencia, se critica el desconocimiento por el legislador del trabajo de cuidados desarrollado por personas contratadas por la persona dependiente o sus familiares y se propone la inclusión del trabajo al servicio del hogar

familiar en la órbita de la protección de la dependencia y una reformulación del mismo que tenga en cuenta, específicamente, la realidad de la atención a las personas dependientes.

El capítulo X (Guillermo L. Barrios Baudor) se centra en las modalidades contractuales en el sector de la dependencia, examinándose las previsiones del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes en relación con el período de prueba, los criterios generales de contratación (estabilidad en el empleo, copia básica, personal discapacitado) y los tipos de contrato (indefinidos y temporales), identificándose los aspectos en los que la regulación convencional introduce especialidades en relación con la regulación legal común. Asimismo, se analiza la regulación convencional en materia de subrogación en caso de sucesión de contratados.

En el capítulo XI (Macarena Castro Conde) se contemplan, también sobre la base de la regulación del VI Convenio colectivo marco estatal, el régimen salarial y el de la ordenación del tiempo de trabajo en el sector de la atención a las personas dependientes. En relación con el primero se examina la estructura salarial y se pone de manifiesto la limitación salarial que se ha operado en los últimos años; en relación con el segundo se advierte la amplia flexibilidad reconocida a la empresa, la falta de regulación de las medidas de conciliación, al igual que en materia de descansos, que se ajustan a los mínimos legales.

El capítulo XII (M<sup>a</sup> Begoña García Gil) analiza en primer lugar, desde la perspectiva de la clasificación profesional, las actividades profesionales involucradas en los distintos servicios comprendidos en el SAAD y, a continuación, los aspectos formativos relacionados con las distintas tareas que deben ser desarrolladas en el marco de la prestación de tales servicios.

Finalmente, el capítulo XIII (M<sup>a</sup> José Dilla Catalá) se ocupa de los derechos y políticas de conciliación en relación con los cuidados de las personas dependientes, examinándose las previsiones legales, los pronunciamientos judiciales y la regulación convencional, poniéndose de manifiesto la escasa atención que la dependencia ha tenido en la configuración de los instrumentos de conciliación, y se describen las políticas europea y nacional en la materia, efectuándose propuestas de futuro.

Debe destacarse la importancia que en el tratamiento de las distintas cuestiones se atribuye a la perspectiva comparada, exponiéndose numerosos aspectos de la regulación existente en otros Estados europeos que pueden aportar elementos para la mejora de nuestro sistema.

Todo ello hace que se trate de una obra del mayor interés, que pone a disposición de cualquier persona, no solo de los profesionales del Derecho, una exposición completa de esta materia y la compleja problemática que la rodea.