# Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2019 nº 21


*Sumario:*

Dirección: José Luis Monereo Pérez


## Editorial

- El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las "bajas laborales"
  *José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta*

## Estudios Doctrinales

- Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial
  *José Luis Lafuente Suárez*
- Internos en centros penitenciarios y facturación del coste de la asistencia hospitalaria dispensada: ¿qué administración debe asumir el pago?
  *Victoria Rodríguez-Rico Roldán*
- La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo
  *Pompeyo Gabriel Ortega Lozano y Sara Guindo Morales*

## Estudios de Doctrina Judicial

- Competencia del INSS para calificar las pensiones de incapacidad permanente reconocidas por entidades gestoras extranjeras a fin de determinar exenciones tributarias
  *Andrés Ramón Trillo García*
- Impugnación de sanción administrativa impuesta por el consejo de ministros por falta de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social: tipo sancionador y causas exculpatorias de la responsabilidad
  *Jesús García Ortega*
- Unificación de doctrina en torno a la determinación del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural
  *Farah Amaadachou Kaddur*
- La vulneración del derecho de igualdad y de la prohibición de discriminación sexista en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial
  *María Angustias Benito Benítez*
- Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial
  *Daniel Toscani Giménez*

## Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- Los límites de la justiciabilidad de los derechos de seguridad social en México
  *Verónica Lidia Martínez Martínez*
- El movimiento pendular de la estabilidad laboral reforzada por salud en Colombia y España
  *Dina Lisbeth Ortega Suescun*

## Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

*María Nieves Moreno Vida*

## Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

*Javier Aibar Bernad y Andrés R. Trillo García*

## Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- El trabajo del futuro: más ocupación y menos jornada laboral
  *Santos M. Ruesga*

## Clásicos de la Seguridad Social

- CARLOS DEL PESO Y CALVO (1910-1992): El largo y controvertido proceso de construcción del sistema de Seguridad Social
  *José Luis Monereo Pérez*

## Conclusiones del III Congreso Internacional y XVI Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

*Olimpia Molina Hermosilla*


Ediciones Laborum

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2019 Nº 21

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf. 968 88 21 81
Fax. 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:
www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/RevSegSoc
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es

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

**DIRECCIÓN:**

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

**SUBDIRECCIÓN:**

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*

**COORDINACIÓN:**

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*

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*
Juan Antonio Maldonado Molina, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*
Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Francisco Ortiz Castillo, *Abogado y Graduado Social*

**CONSEJO ASESOR:**

Mario Ackerman, *Catedrático Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría y del Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires*
Jordi Agustí Juliá, *Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*
Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*
Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*
Ángel Arias Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*
Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sao Paulo (Brasil)*
Guillermo Barrios Baudor, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Francisco Blasco Lahoz, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Paola Bozzao, *Profesora Titular –acreditada a Catedrática– de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*
Umberto Carabelli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Bari "Aldo Moro". Italia*
Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*
María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense. Expresidenta del Tribunal Constitucional*
María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Lance Compa, *Catedrático de Relaciones Laborales, Derecho e Historia. Universidad de Cornel l. Ithaca. Nueva York*
Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*
Luis Enrique De la Villa, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid*
Mikel De la Fuente Lavín, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Aurelio Desdentado Bonete, *Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Marco Esposito, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles. Italia*
Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
José Antonio Fernández Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan Antonio Fernández Bernat, *Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*
Ángel Gallego Morales, *Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. CARL*
Javier Gárate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

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

**COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:**

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguriadad Social. Universidad de León*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

**EDITOR:**

Francisco Ortiz Castillo

## Destinatarios

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

# Índice


## EDITORIAL 11

**EL RESPALDO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL CONTROL INDIRECTO POR LAS EMPRESAS DE LAS "BAJAS LABORALES" (A PROPÓSITO DE LA STC 118/2019, DE 16 DE OCTUBRE, BOE 20 NOVIEMBRE)..... 13**
*José Luis Monereo Pérez*
*Guillermo Rodríguez Iniesta*

## ESTUDIOS DOCTRINALES 23

**LAS COMPETENCIAS DE EMISIÓN DE BAJAS Y ALTAS EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL. SU REVISIÓN JUDICIAL..... 25**
*José Luis Lafuente Suárez*

1. INTRODUCCIÓN..... 25
2. PROCESO INICIAL DE UNA I.T..... 26
3. PROCESO DE I.T. A PARTIR DE LA EXISTENCIA DE BAJA/ALTA EN PROCESO ANTERIOR..... 27
4. LA PETICIÓN DE CAMBIO DE CONTINGENCIA..... 35
5. LA IMPUGNACIÓN DEL ALTA MÉDICA..... 36
6. EL PROCESO JUDICIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL..... 41
7. EL OBJETO DEL PLEITO DE I.T..... 42
8. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE INCAPACIDAD TEMPORAL..... 43
9. CONCLUSIONES..... 47

**INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS Y FACTURACIÓN DEL COSTE DE LA ASISTENCIA HOSPITALARIA DISPENSADA: ¿QUÉ ADMINISTRACIÓN DEBE ASUMIR EL PAGO?..... 49**
*Victoria Rodríguez-Rico Roldán*

1. APUNTES INTRODUCTORIOS SOBRE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS..... 49
2. LA PROBLEMÁTICA EN LA FACTURACIÓN DEL COSTE DE LA ATENCIÓN HOSPITALARIA A INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS..... 53
3. LA RECURRENTE PUGNA ENTRE EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA..... 59
4. CONCLUSIONES FINALES..... 66

**LA ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL: EL AGRAVAMIENTO O RETRASO EN EL PROCESO DE CURACIÓN O LA EVIDENCIA DEL TRABAJADOR APTO PARA TRABAJAR COMO CAUSAS EXTINTIVAS. LA TEORÍA DE LA INCAPACIDAD O ENFERMEDAD COMO CAUSA EQUIPARABLE A DISCAPACIDAD: DISCRIMINACIÓN Y ABSENTISMO ..... 69**

*POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO*
*SARA GUINDO MORALES*

1. INTRODUCCIÓN: ACTIVIDADES DEL TRABAJADOR EN INCAPACIDAD TEMPORAL QUE PUEDEN TRANSGREDIR LA CONFIANZA DEL EMPRESARIO ..... 70
2. CORRIENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL ..... 71
3. LA TEORÍA DE LA INCAPACIDAD O ENFERMEDAD EQUIPARABLE A DISCAPACIDAD: PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*Y PROTECCIÓN POR CIRCUNSTANCIAS BIOLÓGICAS ..... 77
4. ENFERMEDAD, DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD Y DESPIDO POR ABSENTISMO: LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA ..... 80
5. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: COMUNICACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LOS PROCESOS POR INCAPACIDAD Y CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL DESPIDO ..... 84
6. LA CUESTIÓN UNIFICADA RESPECTO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN (CUANDO EXISTE READMISIÓN) EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR ..... 89

**ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 93**

**COMPETENCIA DEL INSS PARA CALIFICAR LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE RECONOCIDAS POR ENTIDADES GESTORAS EXTRANJERAS A FIN DE DETERMINAR EXENCIONES TRIBUTARIAS COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO (SECCIÓN 2) DE 14 DE MARZO DE 2019 (RECURSO DE CASACIÓN 6740/2017) ..... 95**

*ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA*

1. ANTECEDENTES ..... 96
2. LAS RENTAS DERIVADAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA Y GRAN INVALIDEZ COMO RENTA EXENTA ..... 97
3. CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA Y DE GRAN INVALIDEZ ..... 98
4. LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN LOS ESTADOS COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN Y SU ASIMILACIÓN A LA PENSIÓN ESPAÑOLA ..... 99
5. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DE LA EXENCIÓN EN EL IRPF DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ PERCIBIDA DE UN ESTADO EXTRANJERO ..... 110
6. COMPETENCIAS DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ..... 111

7. CRITERIOS INTERPRETATIVOS FIJADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2019 ..... 113
8. VALORACIÓN ..... 113

**IMPUGNACIÓN DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA IMPUESTA POR EL CONSEJO DE MINISTROS POR FALTA DE INGRESO DE LAS CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: TIPO SANCIONADOR Y CAUSAS EXCULPATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD COMENTARIO A LA STS (SOCIAL) NÚM. 969/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE (IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NÚM. 2/2018) ..... 115**
*JESÚS GARCÍA ORTEGA*

1. SUPUESTO DE HECHO ..... 115
2. COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL PARA CONOCER DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL ..... 117
3. PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATRIBUIDOS AL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL DICTADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS ..... 121
4. SANCIÓN ADMINISRATIVA POR INFRACCIÓN GRAVE POR FALTA DE INGRESO DE LAS CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL HABIENDO CUMPLIDO DENTRO DE PLAZO LAS OBLIGACIONES FORMALES ..... 124

**UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: COMENTARIO A LA STS NÚM. 54/2019, DE 24 DE ENERO, SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1ª ..... 135**
*FARAH AMAADACHOU KADDUR*

1. INTRODUCCIÓN ..... 136
2. RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA ..... 136
3. ITINERARIO PROCESAL. CUESTIÓN CONTROVERTIDA Y HECHOS PROBADOS ..... 136
4. ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL BÁSICA ..... 138
5. POSICIONES DE LAS PARTES Y PRECEPTOS RELEVANTES ..... 142
6. COMENTARIO SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADA ..... 145
7. APUNTE FINAL SOBRE LA RESOLUCIÓN ADOPTADA ..... 149

**LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD Y DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN SEXISTA EN EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL ..... 153**
*MARÍA ANGUSTIAS BENITO BENÍTEZ*

1. UN BREVE RECORRIDO POR LA REGULACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: LA AGONÍA PROVOCADA POR MÚLTIPLES REFORMAS ..... 153
2. EL CUESTIONAMIENTO DE LA NORMA DISCUTIDA: EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN ..... 155
3. LA IGUALDAD DE TRATO Y LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA: UN *DÉJÀ VU* EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL ..... 157
4. UN NUEVO RETOQUE EN UNA CUESTIONABLE REFORMA POR GOTEO ..... 161

**LOS PROBLEMAS DEL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES Y A TIEMPO PARCIAL. COMENTARIO A LAS STJUE DE 8 DE MAYO DE 2019 Y STC 91/2019, DE 3 DE JULIO ..... 163**
*DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ*

1. INTRODUCCIÓN ..... 163
2. LA STJUE DE 8 DE MAYO DE 2019 ..... 165
3. STC 91/2019, DE 3 DE JULIO ..... 166
4. TRABAJADORES TEMPORALES ..... 168

**DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 171**

**LOS LÍMITES DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO..... 173**
*VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ*

1. INTRODUCCIÓN ..... 173
2. ANOMIA CONSTITUCIONAL ..... 174
3. INADECUACIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS ..... 180
4. AUSENCIA DE NORMAS PROCEDIMENTALES EN LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL ..... 183
5. EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES ..... 192
6. PROBLEMAS DE RACIONALIDAD NORMATIVA EN LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL ..... 194
7. A MODO DE CONCLUSIÓN ..... 197

**EL MOVIMIENTO PENDULAR DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR SALUD EN COLOMBIA Y ESPAÑA ..... 199**
*DINA LISBETH ORTEGA SUESCUN*

1. INTRODUCCIÓN ..... 199
2. EL INSEGURO MOVIMIENTO PENDULAR DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN COLOMBIA. LAS SENTENCIAS DE LAS ALTAS CORTES ..... 201
3. OTRO MOVIMIENTO PENDULAR INSEGURODE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. EL CASO ESPAÑOL ..... 208
4. UN POSIBLE PUNTO DE EQUILIBRIO DEL PÉNDULO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ..... 212
5. A MANERA DE CONCLUSIÓN ..... 213

**CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 217**
*MARÍA NIEVES MORENO VIDA*

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS ..... 219
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL ..... 228
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS ..... 232
4. NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... 233

## CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 237

**NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ..... 239**
*JAVIER AIBAR BERNAD*

1. NUEVOS SERVICIOS ..... 239
2. GESTIÓN Y PROCEDIMIENTOS ..... 239
3. FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL ..... 241

**DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES ..... 242**
*ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA*

1. INCAPACIDAD TEMPORAL ..... 242
2. PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR ..... 245
3. JUBILACIÓN ..... 246

## ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 249

**EL TRABAJO DEL FUTURO: MÁS OCUPACIÓN Y MENOS JORNADA LABORAL ..... 251**
*SANTOS M. RUESGA*

1. EL FUTURO DEL TRABAJO ..... 252
2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN CLAVE HISTÓRICA ..... 253
3. TECNOLOGÍA Y CREACIÓN DE EMPLEO: LA CLAVE ESTÁ EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS GANANCIAS DE PRODUCTIVIDAD ..... 257
4. REDUCIRLA JORNADA Y REORDENAR EL USO DEL TRABAJO ..... 260
5. SOBRE EL FUTURO DEL EMPLEO SE PUEDE ACTUAR ..... 262

## CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 263

**CARLOS DEL PESO Y CALVO (1910-1992): EL LARGO Y CONTROVERTIDO PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ..... 265**
*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

1. PENSAMIENTO JURÍDICO-SOCIAL: SU APORTACIÓN ESPECÍFICA A LA PREVISIÓN SOCIAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL ..... 265
2. PRODUCCIÓN DOCTRINAL (SELECCIÓN DE LAS OBRAS PRINCIPALES) ..... 273

## CONCLUSIONES DEL III CONGRESO INTERNACIONAL Y XVI NACIONAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL 277

*OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA*

1. CONFERENCIA INAUGURAL: "REPENSAR CRÍTICAMENTE EL MODELO DE REGULACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN" ..... 278
2. PRIMER PANEL: "EDAD DE JUBILACIÓN" ..... 279
3. SEGUNDO PANEL: "JUBILACIÓN Y COLECTIVOS SENSIBLES". ..... 280
4. TERCER PANEL: "SALUD Y ENVEJECIMIENTO ACTIVO" ..... 281

5. CUARTO PANEL: "LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y SUS RETOS: ORDENACIÓN NORMATIVA Y PRAXIS JURÍDICA"..... 284
6. QUINTO PANEL: "LOS DESAFÍOS DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN. LAS RESPUESTAS DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL". ..... 286
7. CONFERENCIA DE CLAUSURA: LA JUBILACIÓN DE LOS CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD EN LOS EEUU DE AMÉRICA..... 287
8. A MODO DE RESUMEN..... 287

# Editorial

Laborum

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las "bajas laborales" (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE 20 noviembre)

# The support of the Constitutional Court for indirect control by the companies of the "work leave" (Regarding the STC 118/2019, of October 16, BOE November 20)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*DIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM*
*PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL*

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE MURCIA*
*SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM*
*SECRETARIO GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL*

> [Entre las condiciones mínimas de una vida digna es preciso] *Que se den las bases sociales del autorrespeto y la no humillación; ser tratado como un ser dotado de dignidad e igual valor que los demás. Eso implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación…"*
>
> M.C. NUSSBAUM[1].

En nuestra editorial del número 17 de esta Revista (4.º cuatrimestre de 2018) titulado *"Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias "control" y necesidad ineludible de "razonalización integral" de su tratamiento jurídico*", hacíamos una valoración del *Plan de intensificación de la actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social para reforzar el control de los procesos por incapacidad temporal antes de que alcancen los 345 días de duración.* Y advertíamos de que el problema en la gestión y control de la IT no era nuevo, ni tampoco los constantes y reiterados intentos en su control; otra cosa era la valoración que nos puedan merecer los mismos en orden a su eficacia. Por lo demás, desde un punto de vista crítico, se advertía de la pervivencia de una marcada obsesión por el control de los sujetos protegidos más que en la mejora de las técnicas de protección de las situaciones objeto de tutela a través de la IT y la

[1] NUSSBAUM, M. C.: *Las fronteras de la justicia,* Barcelona, Ed. Paidós, 2007, págs. 88-89.

necesaria reorganización del régimen jurídico de esta prestación (Asimismo, B.M. López Insua, 2015). Y prueba de ello eran los constantes iniciativas y medidas tendentes a su control: recortando la cuantía de la prestación[2]; limitando el acceso a la situación de incapacidad temporal[3]; modificando su duración[4]; derivando o favoreciendo la gestión a colaboradores con la Seguridad Social[5]; trasladando responsabilidades en la prestación económica a las empresas[6]; incrementando progresivamente las competencias del INSS[7]; favoreciendo y promocionando la colaboración entre administraciones y entes gestores de la prestación de asistencia sanitaria[8]; y normando nuevas contingencias que eviten el uso desviado de la incapacidad temporal[9].

[2] Ley 66/1997, Ley 24/2001 y Ley 40/2007 (reformando el art. 222 LGSS para controlar la concatenación de situaciones IT/Desempleo/IT); y RD-Ley 20/2012 (límites/reducciones en la mejora voluntaria de la IT de los empleados públicos.

[3] Ley 30/2005 (competencia exclusiva del INSS en las nuevas bajas por recaídas tras los 12-18 meses); y Ley 22/2013 (limitaciones para nuevas bajas por recaídas en altas médicas acordadas por el INSS).

[4] Ley 42/1994 (desaparece la Invalidez Provisional, cambio de denominación ILT/IT y separación de la maternidad como causa de IT; Ley 66/1997 (modificación del art. 131 bis ap. 3º de la LGSS/1994); Ley 24/2001 (extinción por incomparecencia injustificada a convocatorias a exámenes y reconocimientos médicos); Ley 40/2007 (eliminación de las denominadas altas médicas a los simples efectos económicos; regulación de impugnación de altas médicas (determinadas) y posibilidad de retrasar la calificación de la IT tras los 18 meses); Ley 22/2013 (nueva modificación del art. 131 bis LGSS/1994); RD 625/2014 (regulación de las consecuencias de las incomparecencias a reconocimientos, citaciones, etc.); y Ley 36/2014 (modificación del art. 131 bis LGSS/1994).

[5] Ley 28/1992 (favoreciendo la colaboración voluntaria de las empresas); Ley 22/1993 (permitiendo con carácter general la opción de cobertura por Mutua o INSS, al suprimir la reserva de aseguramiento en favor del INSS); Ley 42/1994 (opción única a favor de Mutuas para determinados colectivos); Ley 52/2003 (nueva redacción del art. 68 y D. ª 11 LGSS/1994).

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

[7] RD 1300/1995 (competencias del EVI. Competencias para determinar la prórroga de la IT); RD 575/1997 (regulación de las denominadas intenciones de alta); RD 1117/1988 (introduciendo una modalidad de alta "a los simples efectos económicos"); RD 1299/2006 (reserva de calificación a la entidad gestora de las enfermedades profesionales y obligación de comunicación de los facultativos del SPS de sospechas de EP; RD 1430/2007 (desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007); Ley 35/2010 (introduce una DA. 52ª LGSS por la que se reconoce a los inspectores médicos del INSS/ISM de las mismas competencias que los inspectores médicos de los SPS); RD 625/2014 (normas relativas a la determinación de la contingencia, etc.).

[8] Por medio de:

A) Convenios plurianuales con las Comunidades Autónomas (y en su caso con el INGESA) específicos para el estudio de la incapacidad temporal de determinadas patologías; de gestión racional de la IT utilizando criterios sanitarios; para el establecimiento de sistemas informáticos de intercomunicación de las administraciones para gestionar los procesos de IT; y de gestión de mejora de la IT y estudio de los comportamientos de los procesos de corta duración (Los correspondientes a los períodos 2017-2020 (para todas las CC. AA excepto Navarra, País Vasco y Cataluña) fueron aprobados por Resolución de 16 de octubre de 2017 de la Secretaría General Técnica del MEYSS y publicados en los BOES correspondientes a los días 8, 24, 25 de noviembre y 14 de diciembre de 2018 del día 8).

B) Convenios para acceso a las historias clínicas de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (Véanse BOE 2 de noviembre de 2017, que recoge el convenio INSS y Mutua UNIVERSAL MUGENAT; BOE 8 de enero de 2018 entre INSS y Mutua IBERMUTUAMUR; BOE 21 de mayo de 2018 entre INSS y Mutua ASEPEYO; BOE 28 de julio de 2018 entre INSS y Mutua FRATERNIDAD-MUPRESPA).

C) Obligaciones recíprocas de suministro de información entre entidades gestoras y colaboradoras.

D) Facultando a las Mutuas para que puedan llevar a cabo pruebas diagnósticas, tratamientos, etc. en procesos derivados de contingencias comunes.

E) Elaboración y fomento de uso de guías de tiempos estándar hoy sustituidas por la de tiempos óptimos de los procesos de IT de obligado seguimiento.

[9] Aquí podría señalarle las situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y el cuidado de hijo enfermo de cáncer u otra enfermedad grave.

Junto a las anteriores medidas también se hacía referencia a otras favorecedoras de una implicación preventiva de situaciones de incapacidad temporal como los incentivos a la colaboración empresarial[10] y la posibilidad del uso de medidas disciplinarias y extintivas de la relación laboral como el cómputo de índices de absentismo favoreciendo o facilitando el despido objetivo en situaciones de incapacidad temporal[11]. Y a propósito de esta última medida acaba de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional. Aunque es de esperar aportaciones doctrinales sobre la misma y que esperamos darle cabida en la revista, parece oportuno por su trascendencia, que desde la dirección de la misma se haga un breve análisis de ella.

La sentencia del TC da respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social. Lo cuestionado o controvertido podría resumirse así:

**Primero**. El Juez de lo Social se planteó "*la posible contradicción del precepto legal cuestionado con los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), valorando que la regulación legal del despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso puede complicar la evolución de su enfermedad*", y que "*al haber prescindido la actual regulación del índice colectivo de absentismo, difícilmente puede justificarse la previsión legal en el interés empresarial de defender la productividad*.

La cuestión de inconstitucionalidad se formuló por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 de la Constitución Española, respecto del art. 52. D) del Estatuto de los Trabajadores.

**Segundo**. Los concretos datos fácticos tomados en consideración y no controvertidos fueron los siguientes:

A) Resulta que se habían superado los porcentajes de bajas justificadas de asistencia al trabajo (art. 52 d ET) por parte de una trabajadora que prestaba sus servicios en el sector de la atención telefónica, en un período de dos meses continuos y dentro de un período de doce meses. Concretamente en los meses de abril y mayo de 2017 había faltado nueve días de los cuarenta hábiles a efectos laborales (22,50 %), y durante los doce meses en los que se incluye este período bimensual las ausencias habían sido de dieciséis (7,84 %).

B) Siendo, en detalle, los períodos de IT, lo siguientes:

-En dos meses continuos (abril/mayo, 22,50%):

a) De 11-4 a 14-4-2016: 3 días hábiles.

b) De 16-4 a 21-4-2016: 4 días hábiles.

[10] Reducción de aportaciones empresariales por traslados a puestos de trabajo exentos de riesgo, RD. 1430/2009, y sistema de incentivos a la cotización "*bonus-bonus versus bonus-malus"*, RD 404/2010);

[11] Nos referimos a las reformas laborales articuladas por la Ley 35/2010 y RD-Ley 3/2012.

c) De 11-5-2016: 1 día hábil.

d) De 13 al 17-5-2016: 1 día hábil

-En el cómputo de los doce meses anteriores (7,84%):

a) De 3 a 11-3-2016: 2 días hábiles.

b) De 23-3 a 24-3-2016: 2 días hábiles.

c) De 7-6 a 9-6-2016: 2 días hábiles.

d) De 14-7-2016: 1 día hábil.

**Tercero.** El debate planteado por el juzgador.

El planteamiento de juez de lo social gira en torno a: Si existe una contradicción del precepto legal cuestionado (art. 54. d) ET) con los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), valorando que la regulación legal del despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso puede complicar la evolución de su enfermedad", y que "al haber prescindido la actual regulación del índice colectivo de absentismo, difícilmente puede justificarse la previsión legal en el interés empresarial de defender la productividad. En definitiva, la cuestión de inconstitucionalidad se formula por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 de la Constitución Española, respecto del art. 52. d ET.

**Cuarto.** Lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

El TC, con carácter previo recuerda o puntualiza lo siguiente:

— Que el art. 52 d) ET responde a un objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador[12] (véase el art. 38 de la CE).

— Que, como plantea el juez de lo social, existe una cierta conexión entre el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la protección a la salud (art. 43.1 CE).

Y sobre las concretas hipotéticas contradicciones del art. 52. d), del ET, lo siguiente:

A) Sobre la vulneración del art. 15 de la CE

[12] Art. 38 CE, sobre la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Se cita también la STJUE 18-1-2018, C-270/2016.

El art. 52. d) ET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptar el empresario, abonando la indemnización correspondiente pues debe tenerse en cuenta las limitaciones previstas para ello[13].

**B) Sobre la vulneración del art. 43.1 CE**

**Se entiende que** el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad y la protección de la salud y seguridad de los trabajadores[14].

**C) Sobre la contradicción entre el art. 52 d) ET y el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE**:

El TC razona que si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima la protección a la libertad de empresa y la defensa de la productividad[15].

Como se puede adivinar la cuestión de inconstitucionalidad fue rechazada.

**Quinto**. El fallo no fue unánime y hubo cuatro votos en contra (con formulación de votos particulares) que merecen ser reseñados[16].

En uno de los votos particulares se llega entender que hay una clara vulneración del derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 CES[17]. Se razona que "…por legítimo que sea el objetivo de combatir el absentismo, el establecimiento de un *régimen de causalidad extintiva ligado a él debe respetar el contenido esencial del art. 35.1 CE, sin que enunciar la propia legitimidad de la vocación de actuar contra aquel sea suficiente para justificar el límite al derecho constitucional que nos ocupa, o la objetivación de un régimen jurídico con determinadas excepciones. Aquí no se cuestionan las excepciones reguladas sino aquella que se controvierte y no está contenida en la norma, pese a tratarse de estados de enfermedad justificados y ajenos a la voluntad del trabajador [faltas de asistencia «aun justificadas» dice el artículo 52.d) ET*]. A juicio del autor del voto particular el debate, debería de haber girado en torno a si la exclusión de las enfermedades cortas e intermitentes y justificadas son o no compatibles con el art. 35 CE en tanto en cuanto se justifican como causa justa extintiva, y sobre ello no se ha razonado directamente. Por otro lado, tampoco se

[13] Las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. O las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

[14] E insiste en el importante elenco de excepciones a la aplicación del cómputo de faltas de asistencia.

[15] Y sigue insistiendo en las numerosas excepciones que evitan el cómputo como faltas de asistencia.

[16] De los magistrados M. Luisa Balaguer Callejón (con adhesión al mismo del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos) y Fernando Valdés Dal-Re (con adhesión del magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón).

[17] El formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Re.

está conforme con la invocación del art. 38 CE como fundamento de tal limitación que sufre el derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 de la CE. Y ello porque el art. 38 CE lo que protege es la actividad económica en el mercado y no cualquier elemento que pueda tener una incidencia derivada en la empresa. Por ello –se entiende- "… que, si hay justificación de las ausencias y está en peligro el estado de salud, el despido por esa causa segrega, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado solo en la existencia misma de la enfermedad. Y no puede haber causa justa en semejante escenario, contrario a la protección de la salud bajo amenaza de no mantenimiento del puesto de trabajo. Hay, por tanto, inconstitucionalidad por omisión, por lesión del art. 35.1 CE al carecer la medida de justa causa …".

El otro voto particular[18] participando de la argumentaciones del anterior pone énfasis en lo siguiente: a) Que el precepto impugnado da carta de naturaleza a un despido no causal; b) Que el cambio introducido en el art. 52. d) del ET por el RD-Ley 3/2012, excluye los datos de conjunto de los trabajadores y se centra exclusivamente en datos individuales del trabajador afectado, sin que se explique esta concreta modificación y en realidad se admite que de lo que se trata es de los despidos por causas objetiva *"… ya que las empresas tenían dificultad para materializarlos en la redacción anterior, como consecuencia de los criterios garantistas seguidos por los Tribunales en su aplicación*"; c) Que no es asumible que bajo la defensa de la libertad de empresa o de la productividad puedan ser antepuestas al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores; y d) que la norma incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo, con cita de diversos estudios y datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística que lo evidencian.

Pues bien, con independencia de la opinión o posicionamiento que se tenga, a favor de la tesis mayoritaria o bien de la razonada minoritaria, lo cierto es que supone un aval muy peligroso al control indirecto de las situaciones de incapacidad temporal por parte de los empresarios, que bastarán con acreditar esas breves interrupciones de la actividad laboral por enfermedad o accidente no laboral del trabajador para acudir a tan drástico remedio a ese hipotético perjuicio a su libertad de empresa o defensa de su productividad.

En el debate quizás debería de haber estado presente una serie de factores, circunstancias, situaciones, que a lo mejor hubieran llevado a otro planteamiento y solución a lo debatido, como:

-El reconocimiento de una situación de incapacidad temporal (nos centraremos en las derivadas de contingencias comunes) no depende del trabajador afectado, de la empresa o de una Mutua colaboradora con la Seguridad Social; si no de "un tercero", del servicio público de salud correspondiente, que no se olvide forma parte de la administración pública y que por tanto sirve con objetividad y conforme a los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, objetividad, trasparencia, buena fe y confianza legítima –entre otros–[19]. Es una situación involuntaria que además exige una declaración médica que constata la situación del trabajador.

[18] Formulado por la magistrada M. Luisa Balaguer Callejón (con adhesión al mismo del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos).

[19] Art. 3 Ley 40/2015, de 1 de octubre.

-Que, en la gestión y control de las situaciones de incapacidad temporal, una vez declarada, intervienen con plena competencia en dicho control la entidad gestora de la Seguridad Social INSS, cuyo criterio, en orden al mantenimiento o no de tal situación de incapacidad temporal prevalece sobre los del facultativo del servicio público de salud encargado del seguimiento ordinario.

-Que en la declaración y seguimiento de la situación de incapacidad temporal se hacen conforme a unos criterios objetivos que determinan el tiempo óptimo de la duración de la misma en atención a la patología determinante de ella con la aplicación de una serie de factores correctores en atención a la edad, sexo, ocupación y comorbilidad.

-Que la norma reglamentaria que disciplina la declaración, duración y extinción de la incapacidad temporal, el RD 625/2014, de 18 de julio, norma con detalle el seguimiento y control de todo proceso de incapacidad temporal, con las obligaciones a seguir por los beneficiarios y las consecuencias de los incumplimientos de las comparecencias de seguimiento.

Dicho lo anterior el problema no está en las bajas cortas e intermitentes que presente un trabajador, más bien en si los procesos de declaración, seguimiento y control son eficaces, pero de ellos no es responsable el trabajador.

Por otro lado, también podría pensarse en la razón que hay para negar a la empresa todo tipo de seguimiento de una situación de incapacidad temporal de un trabajador que se considere abusiva y quede todo a buscar un despido disciplinario en caso de actividades incompatibles durante la situación de baja laboral (con las dificultades de prueba que ello tiene) o bien a la fórmula (con algún coste) del despido objetivo. Si al empresario no se le quiere facilitar ningún medio de control por un hipotético atentado a la intimidad del trabajador, se podría haber optado por admitir la gestión plena de la incapacidad temporal (y no solo de la prestación económica) por parte de las Mutuas colaboradoras, al fin y al cabo, ya lo hacen para las contingencias profesionales.

No se ha querido ni una cosa y otra y puesto que se es consciente de que el control y seguimiento de la incapacidad temporal en los procesos de corta duración no es satisfactorio, se da una salida, despido objetivo.

Por otro lado, no se tiene en cuenta, algo ya apuntado por los votos particulares, la conducta a la que se verán abocados los trabajadores que tengan la desdicha de sufrir patologías leves, no solicitar la baja, con grave peligro de su salud e incluso de compañeros de trabajo y de terceros. O bien, procurar alcanzar la barrera de los veinte días y no reincorporarse antes del fatídico plazo o de buscar alguna otra excepción prevista en la letra d) del art. 52 ET. Sin olvidar la presión que sobre los facultativos habrá evitando que mejoren esos tiempos óptimos de duración, que recordemos son indicativos.

-El art. 52 del ET en general y, la causa d) en particular, debería ser objeto de una profunda reconfiguración jurídica por parte del legislador con la finalidad de solucionar el vigente y relevante problema concerniente a las faltas de asistencia al trabajo por contingencias comunes –enfermedad y accidente no laboral–, aun justificadas, cuya duración sea inferior a veinte días consecutivos –excepto si dichas ausencias obedecen a un

tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave–, pues únicamente se consideran ausencias no computables a efectos del despido objetivo por absentismo laboral, entre otras, las que superen dicho periodo de tiempo y, además, cuya baja laboral haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales (Monereo Pérez/Guindo Morales, 2019).

-En la lógica interna subyacente, la actual la letra d) del art. 52 del ET posee, criticablemente, un carácter cuasi-disciplinario o *presuntamente* disciplinario, puesto que, del tenor literal de la misma se puede inferir la sospecha o presunción de un comportamiento irregular o de fraude por parte de las personas trabajadoras. Lo cual contrasta, paradójicamente, con la lógica jurídica interna *general* del propio art. 52 del ET, que está basada en la existencia de circunstancias objetivas no constitutivas en ningún caso de incumplimientos contractuales del trabajador afectado, por contraposición a la enteramente diversa racionalidad interna del art. 54 del ET. Por lo que, paradójicamente, nos encontramos ante una causa de despido objetivo no objetiva, sino subjetiva (pues subyace un juicio de reproche que sería más propio de una presunción de culpabilidad), puesto que se castiga a los trabajadores que enferman –principal *leitmotiv* de esta causa extintiva de la relación laboral–, aun cuando sus bajas laborales son justificadas. Sin embargo, la solución al absentismo laboral no se encuentra en el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, sino en un mayor control y castigo de las situaciones fraudulentas *individualizadas* de IT de las personas trabajadoras, lo que disuadiría a los trabajadores con tal ánimo.

Igualmente, debido a que el art. 52.d) del ET computa las faltas de asistencia tanto justificadas como injustificadas, resulta ilógico e injusto que se castigue con el despido a un trabajador que tiene una justificación objetiva para no asistir a su puesto de trabajo. Es así que la lista de ausencias al trabajo *no computables* establecida en el párrafo segundo y tercero del art. 52.d) del ET debería incluir, entre otras muchas más, las faltas de asistencia justificadas de los trabajadores enfermos, enfermos crónicos o con enfermedades asimilables a la discapacidad –según esta última categoría, por ser la enfermedad de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta, conforme las últimas y recientes sentencias del TJUE–. Y es que los trabajadores enfermos crónicos (muchos de ellos con perfil de género) o con enfermedades asimilables a la discapacidad tienen más posibilidades de ausentarse de sus puestos de trabajo con respecto a los demás trabajadores y, por ende, más riesgo a que se les aplique la causa d) del art. 52 del ET al acumular más días de baja laboral y, de este modo, alcanzar los umbrales legalmente establecidos (Monereo Pérez/Guindo Morales, 2019).

-En defecto de lo previsto anteriormente, el despido por esta causa objetiva de la relación laboral de trabajadores enfermos, enfermos crónicos o con enfermedades asimilables a la discapacidad, debería calificarse judicialmente de nulo por discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales del trabajador, con el consiguiente efecto jurídico de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios de tramitación. Todo ello, con el fin último de proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la salud y el derecho al trabajo de las personas trabajadoras, valores constitucionales superiores que la libertad de empresa y la defensa de la productividad, motivo por el cual nos sumamos a los votos particulares discrepantes de la presente sentencia objeto de análisis: se vulnera el derecho a la salud (art. 43 CE) y se vulnera el art. 35.1 de la CE (ambos en relación con el canon hermenéutico imperativo ex art. 10.2 CE), al cual es esencial el no ser despido sin justa causa, SSTC 22/1981, de 2 de julio,

FJ 8, y 192/2003, de 27 de octubre, fjº. 4, y atendiendo al artículo 30 ("Protección en caso de despido injustificado") de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y asimismo el art. 52.d) del ET incurre en una doble discriminación: por razón de discapacidad y una discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE; art. 2.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; art. 2.1 b 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) (Monereo Pérez/Guindo Morales, 2019).

-Por lo demás, y en análisis jurídico de más largo alcance, existe un problema hermenéutico respecto de la incardinación de la "enfermedad" como posible causa de discriminación ex art. 14 de nuestra Norma Fundamental. Como es sabido, el art. 14 CE establece de manera especialmente nítida que "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión *o cualquier otra condición o circunstancia personal* o social". Este artículo de la Constitución contiene una *cláusula general de igualdad y no discriminación* (la literalidad de la norma no ofrece la menor duda al respecto: "cualquier otra condición o circunstancia personal o social"). Debe tenerse en cuenta que el art. 14 CE es un precepto marcadamente garantista, porque no sólo consagra la igualdad como un principio fundamental del orden constitucional, sino también lo garantiza como un derecho de la persona a no ser tratada desigualmente (Cfr. STC 200/2001, de 4 de octubre). En tal sentido, y pese a respetables criterios doctrinales en contrario, entendemos que la situación de "enfermedad" en el marco de las relaciones laborales puede ser una causa típica de discriminación, cuya tutela efectiva ha de prevalecer frente a meros intereses empresariales fundados en supuestas situaciones de "excesiva onerosidad sobrevenida", cuando no directamente en el principio de libertad de empresa art. 38 CE como invoca la STC 118/2019, de 16 de octubre, fundamentos jurídicos 5º y 6ª (Pero ya resulta harto significativo que la STC 62/2008, de 26 de mayo, más allá de su resultado final a la vista de las circunstancias concretas del caso y del derecho allí invocado, declaró que el estado de salud del trabajador o, más expresivamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir factores de discriminación análogos a los explícitamente enunciados en el art. 14 CE, encuadrables en la *cláusula genérica* de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en dicho precepto).

Por lo demás, este precepto contiene un mandato de tutela antidiscriminatoria efectiva ("…sin que pueda prevalecer..."). Al respecto, el marco legal vigente se está mostrando insuficiente y deficiente para esa garantía efectiva atendiendo no sólo a la causa "d)", sino también a la utilización extensiva de la causa "a)" del referido art. 52 del ET, lo cual está suponiendo la materialización de un desequilibrio manifiesto en la ponderación entre la "excesiva onerosidad de las prestaciones" del empresario (cada vez más preeminente en la racionalidad interna de dicho precepto en su interpretación jurisprudencial dominante) y los "derechos fundamentales" de igualdad y salud de los trabajadores que se encuentran en situación de IT por causa justificada de "enfermedad". En particular, el art. 52.d) del ET como arquetipo de solución ponderada de los bienes jurídicos en conflicto no parece que cumpla con la exigencia de que la desigualdad esté provista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación se aprecie efectivamente en relación a la finalidad y efectos de la medida extintiva considerada, debiendo darse una relación razonable

de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. En este sentido, a nuestro parecer, el art. 52.d) del ET está permitiendo tratamientos desiguales incompatibles con la Constitución y censurables desde la perspectiva constitucional de la tutela antidiscriminatoria ex art. 14 CE (derecho a no sufrir discriminaciones respecto a desigualdades de trato infundadas o sin razón suficiente o desproporcionada).

En definitiva, si los servicios públicos de Salud o la entidad gestora INSS –a lo únicos a los que se les deja el control– son impotentes en el seguimiento de las bajas de corta duración e intermitentes, la solución no pasa por facilitar al empresario tan drástico remedio como es el despido objetivo. Máxime teniendo en cuenta que en principio estas ausencias están justificadas. No se negará aquí el absentismo laboral por bajas laborales, pero hay otras muchas medidas de control tanto positivas (en favor de aquellos no absentistas) como negativas o penalizadoras, si se quiere para el que hace un uso indebido de ellas.

Mientras tanto seguiremos con noticias como esta: *"Primer despido por bajas médicas tras el fallo del Tribunal Constitucional. La multinacional especializada en atención telefónica […] despide a la presidenta del comité de empresa de su delegación en […] mediante el art.52 del Estatuto de los Trabajadores [ …]*"[20].

[20] http://www.elmundo.es/cataluna/2019/11/07/5dc4046dfdddffcda18b4689.html, consultado en 28 noviembre de 2019.

# Estudios Doctrinales

Laborum

# Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial

# The competencies of issuing low and high temporary disability. The judicial review

JOSÉ LUIS LAFUENTE SUÁREZ
*DOCTOR EN DERECHO. LICENCIADO EN CC. DEL TRABAJO.*
*PROFESOR DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO*
*ABOGADO EN EJERCICIO*

**Resumen**

La modificación del apartado 1 del artículo 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (última por el momento) llevada a cabo por el Real Decreto-ley 28/2018, extiende las competencias del INSS a los primeros 365 días de duración de la incapacidad temporal, de manera que solamente la expedición inicial de bajas médicas corresponderá a los Servicios Públicos de Salud (contingencias comunes) o a las Mutuas colaboradoras. Tal extensión supone, tanto en vía administrativa como judicial, la necesidad de distinguir las entidades frente a las que se debe accionar, y en el proceso judicial, a presentar una prueba concluyente para oponer, en su caso, a la, en opinión del firmante, equivocada presunción de objetividad del informe médico del Equipo de Valoración de Incapacidades

**Palabras clave**

incapacidad temporal; competencias; partes baja/alta; prueba; presunción de objetividad

**Abstract**

The modification of section 1 of Article 170 of the Consolidated Text of the General Law of Social Security (latest at the present) carried out by Royal Decree-Law 28/2018, extends the competencies of the INSS to the first 365 days of duration of temporary disability, so that only the initial issue of medical leave will correspond to the Public Health Services (common contingencies) or to the Mutual collaborators. Such extension supposes, both administratively and judicially, the need to distinguish the entities from which they must act, and in the judicial process, to present a conclusive evidence to oppose, when application, to the, in the opinion of the signatory, wrong presumption of objectivity from the Disability Assessment Team's medical report.

**Keywords**

temporary disability; competencies; low/high parts; test; presumption of objectivity

## 1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, viene a modificar la redacción del apartado 1 del artículo 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante TRLGSS/2015– aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en el sentido de extender las competencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– en los procesos de incapacidad temporal –I.T.– para considerar que existe recaída en un mismo proceso cuando entienda que se dan las circunstancias que recoge el último párrafo del número 2 del artículo 169 del mismo texto legal, esto es cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

*Fecha Recepción: 12-9-2019 – Fecha Revisión: 8-10-2019 – Fecha Aceptación: 14-10-2019*
*Pags. 25-48*

Así, el Real Decreto-ley 28/2018 completa el círculo de las competencias del INSS en los procesos de I.T. derivados de contingencias comunes, igualándolas a las de los servicios públicos de salud dado que la aprobación del TRLGSS/2015 en su artículo 170 ya facultaba a esta entidad gestora, hasta el cumplimiento del plazo de duración de 365 días, para emitir altas médicas y autorizar una nueva baja médica producida por la misma o similar patología en los casos en los que el alta haya sido extendida por los inspectores médicos adscritos a aquélla[1].

Por tanto, en los casos en los que la situación de I.T. derive de enfermedad común o accidente laboral, la única competencia exclusiva de los servicios públicos de salud es la de la emisión de la baja médica, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 1, 2 y concordantes del R.D. 625/2014, de 18 de julio, iniciadora del proceso, pero eso siempre que no haya existido un proceso anterior de I.T. pues en ese caso la competencia podría estar dividida.

De este modo, en el proceso administrativo de desenvolvimiento de la I.T., dejando al margen los períodos de observación por enfermedad profesional, debemos distinguir:

## 2. PROCESO INICIAL DE UNA I.T.

La vía ordinaria de comienzo de una situación de I.T. se produce con la emisión del parte médico de baja, de acuerdo con lo recogido en el artículo 2 del R.D. 625/2014, que, en función del origen de la contingencia causante, a su vez, puede ser:

2.1.- En el caso de contingencias comunes, parte de baja médica expedido por el facultativo del servicio público de salud correspondiente (artículo 2.1). Ante la negativa de éste a la extensión del parte de baja, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el artículo 71.2 de la 36/2011, Ley Reguladora de la Jurisdicción social –en adelante L.R.J.S.– que, en este caso ha de entenderse que comienzan

[1] El tema ha sido tratado abundantemente con las sucesivas reformas de la situación de I.T antes de la estudiada. Ver GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El problemático control de la incapacidad temporal en el Régimen General", Temas Laborales nº136 (2017); y "Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº13 (2017); FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº168; DESDENTADO BONETE, A.: "Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal", *Actualidad Laboral* nº6 2008; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", *Temas Laborales* nº118 (2013); LÓPEZ INSÚA B.M: *La incapacidad Temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014. LÓPEZ INSÚA, B.M: *El control de la Incapacidad Temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social*, Granada, Comares, 2015. MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº28 (2012); TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: "El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº59 (2005); GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I). (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal)", *Relaciones Laborales* Tomo I de 2011; y "El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal ( y II)", *Relaciones Laborales* Tomo II de 201; GRACIA ALEGRÍA, G.: "Real Decreto 1430/2009, un desarrollo urgente del subsidio de incapacidad temporal", *Tribuna Social* nº227 (2009); GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: "Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014, de 18 de julio", *Revista de Derecho Social* nº4 (2015).

a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativa a expedir la baja, dado que estamos ante un acto de carácter negativo en el sentido de denegación de la producción del acto administrativo (baja médica) que inicia el procedimiento de I.T.

De acuerdo con el número 5 del mismo artículo 71 L.R.J.S., la entidad gestora, esto es, el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles, entendiéndose producida la denegación por silencio administrativo si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, sin perjuicio de la obligación de resolver contenida en el artículo 21 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común.

Producida la desestimación por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el número 6 del mismo artículo 71. L.R.J.S. Y al respecto de la demanda judicial, es preciso añadir que, a pesar de que el demandado principal ha de ser la entidad gestora servicio público de salud competente, debe ser codemandada la Mutua colaboradora con la Seguridad social en el caso de que el abono de la prestación económica de I.T. fuera a cargo de ella.

Refiriéndonos a la finalización del proceso de I.T., expedida la baja médica derivada de contingencias comunes por el servicio público de salud competente (médico de familia), a éste le corresponde igualmente, con carácter ordinario, la emisión del parte de alta que pone fin al proceso

2.2.-En el caso contingencias profesionales, parte médico de baja expedido por el facultativo de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, con la que el empresario a cuyo servicio está el trabajador lesionado haya firmado el correspondiente convenio de asociación a los efectos de cobertura de estas contingencias (artículo 2.1 párrafo segundo del R.D. 625/2014).

La negativa a extender el parte de baja por contingencia profesional por parte de la Mutua colaboradora, no supone evidentemente un procedimiento de disconformidad de los regulados en el artículo 3 del R.D.1430/2009, sino que abrirá la vía para la formulación de una Reclamación previa ex artículo 71.3 TRLGSS/2015, ante la misma Mutua, en el plazo de 30 días hábiles desde la denegación de la emisión del parte de baja. Ante la presentación de la Reclamación, operan también los plazos prevenidos en el número 5 del precitado artículo 71; esto es, la Mutua dispondrá de un plazo de 45 días hábiles para responder, si bien y sin perjuicio de su obligación de contestar, el recurrente puede entender desestimada su petición por silencio administrativo una vez transcurrido el precitado último plazo. A su vez, con arreglo al número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S., la demanda frente a la desestimación expresa o presunta de la Reclamación Previa, habrá de interponerse en el plazo de 30 días hábiles desde el día siguiente a la recepción de la resolución expresa, bien si ésta no se produce, a partir del día siguiente al del transcurso de los 45 días hábiles de que dispone la Mutua para resolver.

## 3. PROCESO DE I.T. A PARTIR DE LA EXISTENCIA DE BAJA/ALTA EN PROCESO ANTERIOR

Debe distinguirse, en función de la duración del proceso anterior:

### 3.1. Si ese proceso anterior ha tenido una duración inferior a 365 días (artículo 170.1 T.R.L.G.S.S/2015 en relación con artículo 2 R.D. 625/2014)

Si se trata de una dolencia distinta a la causante de la situación de I.T. anterior, la emisión del parte médico de baja corresponde al servicio público de salud (artículo 2.1) correspondiente, en el supuesto de que se trate de contingencias comunes o en su caso, a la Mutua colaboradora si el padecimiento causante es encuadrable como contingencia profesional (artículo 2.1 párrafo segundo).

En el supuesto de una petición de nueva baja por contingencias comunes, ante la negativa del servicio público de salud (personalizado en el médico de familia o atención primaria) a la extensión del parte de baja, estaríamos ante el mismo supuesto referido en el apartado 1.1.; esto es, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles, que comienzan a correr a partir del día siguiente al de la negativa del médico de cabecera de emitir el parte de baja, de acuerdo con el artículo 71.2 de la L.R.J.S . De acuerdo con el número 5 del mismo artículo 71 L.R.J.S, la entidad gestora, esto es, el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles, entendiéndose producida la denegación por silencio administrativo si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, sin perjuicio de la obligación de resolver contenida en el artículo 21 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común –L.P.A.–. Y, a su vez, producida la desestimación por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el número 6 del mismo artículo 71. L.R.J.S.

Si se tratase de una nueva baja por contingencias profesionales, la competencia sería de la Mutua colaboradora. En este caso, también en paralelo con la situación descrita en el apartado 1.2 anterior, la negativa a extender el parte de baja por contingencia profesional por parte de la Mutua colaboradora es recurrible –impugnación que tampoco supone evidentemente un procedimiento de disconformidad de los regulados en el artículo 3 del R.D.1430/2009–, de forma que procederá la formulación de una Reclamación previa ex artículo 71.3 L.R.J.S., ante la misma Mutua, en el plazo de 30 días hábiles desde la denegación de la emisión del parte de baja. La presentación de la Reclamación previa ante la Mutua colaboradora hace que operen también los plazos prevenidos en el número 5 del precitado artículo 71 de la ley procesal social. De este modo, la Mutua dispondrá de un plazo de 45 días hábiles para responder, tras cuyo transcurso[2] el recurrente puede entender desestimada su petición por silencio administrativo una vez transcurrido el precitado último plazo. A su vez, con arreglo al número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S., la demanda frente a la desestimación expresa o presunta de la Reclamación Previa, habrá de interponer en el plazo de 30 días hábiles desde el día siguiente a la recepción de la resolución expresa o del vencimiento del plazo de 45 días hábiles referido del que la Mutua colaboradora dispone para contestar.

De tratarse de la misma dolencia que provocó la I.T. anterior, es preciso distinguir en función del tiempo transcurrido entre la emisión del alta anterior y la nueva baja médica, así

[2] Entendemos que las Mutuas colaboradoras con la Seguridad social no están vinculadas por el deber de contestar expresamente ex artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre al ser asociaciones privadas de empresarios, como las define el actual artículo 80 del T.R.L.G.S.S/2015.

como en razón de la entidad emisora del alta en función del origen de la causa productora de la I.T.:

Emitida el alta por contingencias comunes (por curación y/o mejoría que permite la reanudación del trabajo) por el servicio público de salud, y antes de cumplirse los 180 días se produce una nueva situación de I.T., al tratarse de una recaída del proceso anterior, la competencia en la emisión del parte correspondiente será del propio servicio público de salud (artículo 170.1 TRLSS/2015). Nos encontramos, pues en la misma situación descrita en el apartado 1.1.: la competencia de la emisión de la baja médica es del médico de familia del servicio de salud (artículo 2.1 R.D. 625/2014). De este modo, a efectos de impugnación, ante la negativa de éste a la extensión del parte de baja, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el artículo 71.2 de la L.R.J.S. que, nuevamente ha de entenderse que comienzan a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativa a expedir la baja, dado que estamos ante un acto de carácter negativo en el sentido de denegación de la producción del acto administrativo (baja médica) que inicia el procedimiento de I.T.

Formulada la impugnación a través de la Reclamación previa, de acuerdo con el número 5 del mismo artículo 71 L.R.J.S., el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles, entendiéndose producida la denegación por silencio administrativo si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, y ello sin perjuicio de la obligación de resolver contenida en el precitado artículo 21 de la L.P.A.

Producida la desestimación por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el número 6 del mismo artículo 71. L.R.J.S. Y también, al respecto de la demanda judicial, es preciso añadir que, a pesar de que el demandando principal ha de ser la entidad gestora servicio público de salud competente, debe ser codemandada la Mutua colaboradora con la Seguridad social en el caso de que el abono de la prestación económica de I.T. fuera a cargo de ella.

Para el caso de que el alta previa hubiera sido emitida por los inspectores médicos adscritos al INSS, y no transcurrieran 180 días hasta la producción de una nueva situación de I.T., por la misma o similar patología, la competencia para emitir la baja, que tendrá la consideración de una recaída, será exclusiva del INSS.

En este caso, denegada la extensión del parte médico de baja (recaída) por la Inspección médica del INSS, cabe la formulación de Reclamación previa frente a esta entidad gestora en el plazo de 30 días hábiles de acuerdo con el artículo 71.3 de la L.R.J.S. A su vez, a tenor del número 5 del mismo artículo, producida la resolución desestimatoria expresa o presunta por el transcurso de 45 días hábiles desde la formulación de aquélla, procede la interposición de demanda ante los órganos de la jurisdicción social en el plazo de 30 días hábiles, según el número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S.

Si la nueva situación de I.T. se produce una vez transcurridos 180 días desde la emisión del parte de alta por el servicio público de salud, la competencia para la emisión del parte de baja en nueva I.T. es igualmente de éste. Si consideramos la negativa del servicio público de salud representado por el médico de familia de extender el nuevo parte médico de

baja por I.T., la vía de actuación es igual que la vista en el apartado anterior: consideración de acto presunto desestimatorio frente al que proceda la formulación de Reclamación previa en el plazo de 45 días hábiles; desestimación expresa o presunta al cumplirse el último plazo citado y posibilidad de actuación judicial ante los Juzgados de lo social en el plazo de 30 días hábiles.

Transcurridos más de 180 días desde la emisión del parte de alta por el INSS, una nueva situación de baja deberá ser reconocida exclusivamente por los inspectores médicos adscritos a esta entidad gestora, si se trata de la misma o similar patología (recidiva). En caso de que la dolencia causante de la nueva incapacidad temporal proviniese de distinta patología, la competencia es del servicio público de salud correspondiente.

En el primero de los supuestos nos encontraríamos, ante la denegación de emisión de nuevo parte de baja por parte de la inspección médica del INSS, en la misma situación que en el apartado anterior a efectos de su impugnación administrativa y judicial.

En el segundo, es decir, cuando la competencia para la emisión de nuevo parte médico de baja corresponda al servicio público de salud, y éste niegue la emisión del mismo, la situación es equivalente a la estudiada en 1.1 y 2.1.1: a efectos de recurso, ante la negativa del servicio de salud personificado en el médico de atención primaria a la extensión del parte de baja, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el artículo 71.2 de la L.R.J.S. que, nuevamente ha de entenderse que comienzan a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativo a expedir la baja, dado que, repetimos, estamos ante un acto de carácter negativo en el sentido de denegación de la producción del acto administrativo (baja médica) que inicia el procedimiento de I.T.

Formulada la impugnación a través de la Reclamación previa, de acuerdo con el número 5 del mismo artículo 71 L.R.J.S., el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles, entendiéndose producida la denegación por silencio administrativo si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, sin perjuicio de la ya referida obligación de resolver contenida en el reiterado artículo 21 de la ley de procedimiento. Y, producida la desestimación por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el número 6 del mismo artículo 71. L.R.J.S. También, al respecto de la demanda judicial, es preciso recordar que, a pesar de que el demandando principal ha de ser la entidad gestora servicio público de salud competente, debe ser codemandada la Mutua colaboradora con la Seguridad social en el caso de que el abono de la prestación económica de I.T. fuera a cargo de ella.

Procediendo el alta médica anterior de una Mutua colaboradora, o sea, tratándose de contingencia profesional la originadora de la situación de I.T., si antes de transcurrir 180 días desde aquélla, se produce una recaída, la competencia extendedora de la baja será de los servicios médicos de la Mutua, e igualmente para el supuesto de que, transcurridos más de 180 días desde la emisión del parte médico de alta por la entidad colaboradora, se produjese una nueva situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales en base a una nueva causa incapacitante distinta.

Estos serían supuestos paralelos al estudiado en los apartados anteriores 1.2 y 2.

La negativa a extender el parte de baja por contingencia profesional por parte de la Mutua colaboradora es recurrible –impugnación que tampoco supone un procedimiento de disconformidad de los regulados en el artículo 3 del R.D.1430/2009–, de forma que procederá la formulación de una Reclamación previa ex artículo 71.3 L.R.J.S., ante la misma Mutua, en el plazo de 30 días hábiles desde la denegación de la emisión del parte de baja. La presentación de la Reclamación previa ante la Mutua colaboradora hace que operen también los plazos prevenidos en el número 5 del precitado artículo 71 de la ley procesal social. De este modo, la Mutua dispondrá de un plazo de 45 días hábiles para responder, tras cuyo vencimiento el recurrente puede entender desestimada su petición por silencio administrativo. A su vez, recordemos, con arreglo al número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S., la demanda frente a la desestimación expresa o presunta de la Reclamación Previa, habrá de interponer en el plazo de 30 días hábiles desde el día siguiente a la recepción de la resolución expresa o del vencimiento del plazo de 45 días hábiles referido del que la Mutua colaboradora dispone para contestar.

### 3.2. Proceso de I.T. tras uno anterior de duración superior a 365 días

Regulado en el artículo 170.2 TRLGSS/2015 en relación con el artículo 2 del R.D. 625/2014), siempre que no hubieran transcurrido 545 días naturales de duración:

Si se trata de una situación de I.T. derivada de una contingencia común diferente a la que motivó el proceso anterior, es competente para entender la nueva baja el servicio de salud autonómico correspondiente.

Realmente ante la negativa de la expedición de parte médico de baja, la situación sería equivalente a la estudiada en 1.2 y 2.1. De este modo, ante la negativa del servicio público de salud a la emisión del nuevo parte de baja, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.2 L.R.J.S.) que, nuevamente ha de entenderse que comienzan a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativa a expedir la baja. Formulada la impugnación a través de la Reclamación previa, el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles (artículo 71.5 L.R.J.S.), entendiéndose producida la denegación por silencio administrativo si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, sin perjuicio de la obligación de resolver (nuevamente cita del artículo 21 de la L.P.A.).

Producida la desestimación por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.6 L.R.J.S.). Y también, al respecto de la demanda judicial, es preciso repetir que, a pesar de que debe ser codemandada la Mutua colaboradora con la Seguridad social en el caso de que el abono de la prestación económica de I.T. fuera a cargo de ella.

Si el origen de la nueva contingencia causante es profesional y también diferente de la causa productora de la I.T. anterior, será la Mutua colaboradora quien deba extender el parte de baja por accidente laboral o enfermedad profesional.

La negativa a extender el parte de baja por contingencia profesional por parte de la Mutua colaboradora nos situaría en los supuestos descritos en 1.2 y 2.1. Es recurrible –impugnación que tampoco supone un procedimiento de disconformidad de los regulados en

el artículo 3 del R.D. 1430/2009–, mediante la formulación de una Reclamación previa ex artículo 71.3 L.R.J.S., ante la misma Mutua, en el plazo de 30 días hábiles desde la denegación de la emisión del parte de baja. La presentación de la Reclamación previa ante la Mutua colaboradora hace que operen también los plazos prevenidos en el número 5 del precitado artículo 71 de la ley procesal social: 45 días hábiles para responder, tras cuyo vencimiento el recurrente puede entender desestimada su petición por silencio administrativo. Finalmente, la demanda frente a la desestimación expresa o presunta de la Reclamación Previa, habrá de interponerse en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.6 L.R.J.S.) desde el día siguiente a la recepción de la resolución expresa o del vencimiento del plazo de 45 días hábiles referido del que la Mutua colaboradora dispone para contestar.

Si la causa de la nueva I.T. es una patología igual o similar a la originadora de la anterior situación de incapacidad temporal, sea común o profesional, hayan transcurrido o no más de 180 días desde la emisión del alta, la competencia exclusiva para emitir una nueva baja médica será de la inspección sanitaria del INSS.

En este caso, en paralelo con lo indicado en supuesto ya analizado, denegada la extensión del parte médico de baja (bien por recaída o recidiva) por la Inspección médica del INSS, cabe la formulación de Reclamación previa frente a la Dirección Provincial del INSS en el plazo de 30 días hábiles de acuerdo con el artículo 71.3 de la L.R.J.S. A tenor del número 5 del mismo artículo, producida la resolución desestimatoria expresa o presunta por el transcurso de 45 días hábiles desde la formulación de aquélla, procede la interposición de demanda ante los órganos de la jurisdicción social en el plazo de 30 días hábiles, según el número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S.

### 3.3. Proceso de I.T. tras uno anterior cuya duración se haya extendido 545 días

Regulado en el artículo 174.1 y 3 TRLGSS/2015.

De acuerdo con el número 2 del artículo 174 TRLGSS/2015, se examinará necesariamente el estado del trabajador en un plazo máximo de tres meses al objeto de calificar, en su caso, la incapacidad permanente. No obstante, a tenor del párrafo segundo del mismo número y artículo, cabe retrasar la calificación en los casos en que deba continuar el tratamiento médico por la expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación, pero sin que puedan rebasarse los 730 días desde el inicio de la I.T., es decir, contando la duración de ésta y la prolongación de sus efectos.

Para reconocer una I.T. deriva de la misma contingencia común o profesional causante de la previa situación incapacitante, tras producirse, bien el alta médica, bien la denegación de una incapacidad permanente ha de mediar un período superior a 180 días naturales desde la fecha de aquéllas, y la competencia para ello será del INSS.

De esta manera, frente a la negativa de la inspección médica del INSS a extender nueva baja médica, cabe la formulación de Reclamación previa frente a la Dirección Provincial del INSS correspondiente, para lo cual rige el plazo de 30 días hábiles establecido en el artículo 71.3 de la L.R.J.S. A su vez, según el tenor del número 5 del mismo artículo, producida la resolución desestimatoria expresa o presunta por el transcurso de 45 días hábiles desde la formulación de aquélla, procede la interposición de demanda ante los órganos de la

jurisdicción social en el plazo de 30 días hábiles, según el número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S.

Para el caso de que la dolencia originadora de la nueva situación de I.T. sea diferente a la que provocó la anterior, agotada por el cumplimiento de 545 días, la competencia será, bien del servicio público de salud (contingencias comunes), bien de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social (contingencias profesionales).

Nos encontramos, pues ante las mismas situaciones administrativas de supuestos ya analizados en 2.1 (contingencias comunes) y 2.2. (contingencias profesionales); esto es, en el primero de los casos, ante la negativa del servicio público de salud a la emisión del nuevo parte de baja, o en el segundo, ante la negativa de la Mutua colaboradora con la Seguridad social, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.2 L.R.J.S.) que, nuevamente ha de entenderse que comienzan a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativa a expedir la baja. Formulada la impugnación a través de la referida Reclamación previa, el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles (artículo 71.5 L.R.J.S.), entendiéndose producida la desestimación de la Reclamación previa y confirmada la denegación de la expedición de la baja médica, por silencio administrativo, si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, sin perjuicio de la obligación de resolver (artículo 21 de la L.P.A.).

Ante la desestimación de la Reclamación previa por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.6 L.R.J.S.). Como hemos repetido también, al respecto de la demanda judicial, es preciso recordar que debe ser codemandada la Mutua colaboradora con la Seguridad social en el caso de que el abono de la prestación económica de I.T. fuera a cargo de ella.

### 3.4. Proceso de I.T. tras desestimación de una solicitud de reconocimiento de Incapacidad Permanente

Regulado en el artículo 174.1 párrafo 4 TRLGSS/2015 en relación con el 2 del R.D. 625/2014.

En el caso de que el proceso de incapacidad permanente denegada se haya iniciado antes de cumplirse el plazo de 365 días de duración de la I.T., la competencia para la extensión de nueva baja médica, ya sea por recaída ( si se produce dentro de los 180 días siguientes a la desestimación), por recidiva (pasados los 180 días desde el alta) o por nueva baja médica al iniciarse por diferente contingencia, será del servicio público de salud o la Mutua correspondiente, según se trata de contingencias comunes o profesionales.

Nos encontraríamos ante procedimientos paralelos a los estudiados en 2.1.

Tratándose de contingencias comunes, ante la negativa de del servicio público de salud a la extensión del parte de baja, procede la formulación de Reclamación previa ante el mismo en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el artículo 71.2 de la L.R.J.S. que, en este caso ha de entenderse que comienzan a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativo a expedir la baja, dado que, nuevamente nos encontramos ante un acto de

carácter negativo en el sentido de denegación de la producción del acto administrativo (baja médica) que inicia el procedimiento de I.T.

A tenor del número 5 del mismo artículo 71 L.R.J.S., el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles, entendiéndose producida la denegación por silencio administrativo si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, sin perjuicio de la obligación de resolver contenida en el artículo 21 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común. Producida la desestimación por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles, de acuerdo con el número 6 del mismo artículo 71. L.R.J.S.

Si se trata de contingencias profesionales, ante negativa a extender el parte de baja por contingencia profesional por parte de la Mutua colaboradora, procede la formulación de una Reclamación previa ex artículo 71.3 T.R.L.G.S.S./2015, ante la misma Mutua, en el plazo de 30 días hábiles desde la denegación de la emisión del parte de baja; reclamación que no supone un procedimiento de disconformidad de los regulados en el artículo 3 del R.D.1430/2009.

Presentada la Reclamación, la Mutua dispondrá de un plazo de 45 días hábiles para responder, si bien el recurrente puede entender desestimada su petición por silencio administrativo una vez transcurrido el precitado último plazo. A su vez, con arreglo al número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S., la demanda frente a la desestimación expresa o presunta de la Reclamación Previa, habrá de interponer en el plazo de 30 días hábiles desde el día siguiente a la recepción de la resolución expresa o del transcurso de los 45 días hábiles de que dispone la Mutua para resolver.

Para el supuesto de que la incapacidad permanente hay sido denegada tras agotarse los 545 días de la I.T., la competencia para la emisión de nueva baja médica por la misma o similar patología corresponderá al INSS, hayan transcurrido o no 180 días desde la denegación de la incapacidad permanente. Al tratarse de una contingencia diferente a la anterior la originadora de la nueva situación de I.T., la competencia vuelve a ser del servicio público de salud competente o de la Mutua colaboradora, según se trate de contingencia común o profesional.

En el primero de los casos, ante la negativa del INSS a extender nueva baja de I.T. ante la misma patología de la cual el actor fue dado de alta, la situación es equivalente a la estudiada en 2.2 y 2.3. De este modo, frente a la negativa de la inspección médica del INSS a extender nueva baja médica, cabe la formulación de Reclamación previa frente a la Dirección Provincial del INSS correspondiente, para lo cual rige el plazo de 30 días hábiles establecido en el artículo 71.3 de la L.R.J.S. Dictada la resolución desestimatoria expresa o entendida la desestimación presunta por el transcurso de 45 días hábiles desde la formulación de aquélla, procede la interposición de demanda ante los órganos de la jurisdicción social en el plazo de 30 días hábiles, según el número 6 del mismo artículo 71 L.R.J.S.

Si la competencia es del servicio público de salud, supuesto paralelo a 2.2 y 2.3., la negativa a la extensión de la nueva baja médica, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.2 L.R.J.S.) que, como ya hemos citado, ha

de entenderse que comienzan a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativo a expedir la baja. Formulada la impugnación a través de la referida Reclamación previa, el servicio público de salud ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles (artículo 71.5 L.R.J.S.), entendiéndose producida la desestimación de la Reclamación previa y confirmada la denegación de la expedición de la baja médica, por silencio administrativo, si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa, sin perjuicio de la obligación de resolver (artículo 21 de la L.P.A.).

En el supuesto de que la competencia sea de la Mutua colaboradora y por consiguiente la negativa a expedición de la baja médica sea de ésta, nos encontramos, ante las mismas situaciones administrativas de los supuestos estudiados en 2.2. y 2.3: ante la negativa de la Mutua colaboradora con la Seguridad social, procede la formulación de Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.2 L.R.J.S.), plazo comienza a correr a partir del día siguiente al de la negativa del facultativo de la Mutua a expedir la baja. Formulada la impugnación a través de la referida Reclamación previa, ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles (artículo 71.5 L.R.J.S.), entendiéndose producida la desestimación de la Reclamación previa y confirmada la denegación de la expedición de la baja médica, por silencio administrativo, si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa.

Ante la desestimación de la Reclamación previa por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.6 L.R.J.S.).

## 4. LA PETICIÓN DE CAMBIO DE CONTINGENCIA

Antes de entrar en el estudio de la emisión del parte de alta que pone fin en vía administrativa al proceso de I.T., analizaremos el tema de la solicitud del cambio de contingencia; esto es, ordinariamente, ante una baja emitida por contingencias comunes, el trabajador entiende que el origen de la contingencia causante es profesional y por consiguiente acciona para obtener el reconocimiento de tal origen y consiguientemente, el abono de las prestaciones de I.T. derivadas del mismo.

Cierto es que la cuestión está conectada con la anteriormente estudiada negativa a la extensión de baja médica por contingencias profesionales por parte de la Mutua colaboradora, pero el supuesto que ahora abordamos, no afronta directamente tal negativa, que es lo que hemos visto, sino que, partiendo del hecho de una emisión de baja médica por contingencias comunes por parte del Servicio Público de Salud, al considerar que realmente el origen de la contingencia causante de la I.T. es profesional, no común, pide a la Administración pública, en este caso a la Dirección Provincial del INSS competente, que se pronuncie al respecto, decidiendo si se trata de un proceso de I.T. derivado de contingencias comunes o profesionales.

La base de tal competencia decisoria se encuentra en el artículo 1 d) y h) del R.D. 1300/1995 al atribuir al INSS las facultades determinar, en su caso, la Mutua o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten procedentes en materia de incapacidades laborales y cuantas otras funciones se le atribuyan en materias análogas y para las prestaciones cuya gestión tenga encomendadas.

Los artículos 4 a 6 de la misma norma regulan el procedimiento administrativo que, en el caso objeto de estudio se iniciaría de oficio, por iniciativa del INSS o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo o a instancia del trabajador. La instrucción del mismo requerirá la formulación de dictamen-propuesta por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades-EVI- y la audiencia a los interesados para la formulación de alegaciones, tras lo cual la Dirección Provincial del INSS dictará resolución expresa, en este caso, en el sentido de entender que el origen de la contingencia causante de I.T. es común o profesional. De acuerdo con el artículo 6.1 de la norma precitada, la Dirección Provincial tiene un plazo de 135 días hábiles para emitir la Resolución, transcurrido el cual sin que se hubiera dictado, la solicitud de cambio de contingencia se entenderá desestimada.

Dictada resolución expresa por el INSS, si entiende que el origen de la contingencia es profesional, procede la anulación de la baja médica emitida por el Servicio Público de Salud y la extensión de baja por contingencia profesional a cargo de la Mutua colaboradora. En el caso de que la resolución fuese desestimatoria, al igual que en el supuesto de que transcurrido el plazo indicado de 135 días laborables sin decisión, la desestimación puede ser objeto de Reclamación Previa, de acuerdo con el artículo 71 de la L.R.J.S. en el plazo de 30 días hábiles a contar desde el día siguiente a la recepción de la resolución expresa o del transcurso de los 135 días señalados.

Formulada Reclamación previa, la Dirección Provincial del INSS ha de contestar en el plazo de 45 días hábiles (artículo 71.5 L.R.J.S.), entendiéndose producida la desestimación de la Reclamación previa y confirmada la denegación del cambio de contingencia, por silencio administrativo, si transcurrido ese plazo no ha existido contestación expresa.

Ante la desestimación de la Reclamación previa por resolución expresa o por silencio administrativo negativo, puede interponerse demanda ante la vía jurisdiccional social, en el plazo de 30 días hábiles (artículo 71.6 L.R.J.S.) a contar desde el día siguiente a una u otro.

## 5. LA IMPUGNACIÓN DEL ALTA MÉDICA

Analizadas las competencias para la emisión del parte de baja que, recordemos, tal y como expresa el número 1 del artículo 2 del R.D.625/2014, es el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por I.T., pasamos a estudiar la emisión del parte de alta médica que, a su vez es el acto administrativo que pone fin al proceso de I.T.

A este respecto, es preciso indicar que la modificación del artículo 170.1 TRLGSS/2015 llevada a cabo por el Real Decreto-ley 28/2018 extiende la competencia de la inspección médica del INSS a los primeros 365 días de duración del proceso de I.T., igualando las facultades del Servicio Público de Salud por lo que se refiere a la emisión de altas médicas. De esta manera, al objeto de nuestro estudio debemos distinguir dos períodos temporales en la extensión de la I.T.: antes del cumplimiento de los primeros 365 días desde el inicio de la incapacidad y después del transcurso de 365 días en situación de I.T.

### 5.1. Antes del cumplimiento de los 365 días desde el inicio de la situación de I.T.

En este período temporal, el alta médica puede ser emitida bien por el Servicio Público de Salud, bien por los inspectores médicos del INSS, en los casos de contingencias comunes. En los supuestos de contingencias profesionales, por la Mutua colaboradora.

Tratándose de contingencias comunes, emitida el alta por el Servicio Público de Salud o por el INSS, debemos distinguir solamente el destinatario del procedimiento de impugnación a seguir, según la extensión del alta sea formulada por una u otra entidad gestora, de acuerdo con la última redacción del artículo 170 TRLGSS/2015. Así, si el parte de alta es emitido por el Servicio Público de Salud o por la Inspección médica del INSS, procede la formulación de Reclamación Previa frente a la misma, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 71.1 y sensu contrario, 140.1 párrafo in fine de la LRJS, en el plazo de 30 días hábiles a contar desde el siguiente a la emisión de aquélla. La entidad gestora competente deberá contestar expresamente en el plazo de 7 días hábiles, de acuerdo con el párrafo segundo del número 5 del mismo artículo 71 LRJS, operando el silencio administrativo negativo, es decir, desestimatorio de la petición, transcurrido el mismo sin contestación expresa, abriendo ya la vía judicial social, de acuerdo con el número 5 del artículo 171 TRLGSS/2015 que extiende la aplicación de las reglas de aquélla a las altas emitidas por el INSS.

Emitida alta médica por la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, el interesado podrá iniciar el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4 del R.D. 1430/2009, ante la Entidad Gestora, I.N.S.S. o Instituto Social de la Marina, en su caso. Para ello, en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la notificación del alta médica presentará la solicitud mediante el impreso disponible en la página web[3] de la entidad, acompañando el historial médico previo relacionado con el proceso de I.T. del que disponga, o en su caso copia de la solicitud de dicho historial a la Mutua. Igualmente comunicará el interesado el inicio del procedimiento a la empresa el mismo día de la solicitud o en el siguiente día hábil.

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

El I.N.S.S., o en su caso el Instituto Social de la Marina, comunicará a la Mutua colaboradora el inicio del procedimiento especial de revisión para que aporte los antecedentes relacionados con el proceso de I.T. en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, y a la empresa en el de 2 días hábiles. A su vez, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencias comunes y se reconociera la existencia de un proceso previo de I.T. derivado de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el Servicio de Salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento especial de revisión en el plazo de los 10 días hábiles siguientes al de notificación del alta médica, comunicando además a la Entidad Gestora competente con

[3] www.seg-social.es. Entrada el 28 de junio de 2019.

carácter inmediato, la existencia de dos procesos distintos de I.T. que pudieran estar relacionados. En estos casos se iniciará el abono de la prestación de I.T. por contingencias comunes hasta la resolución del procedimiento, sin perjuicio del reintegro por parte de la Mutua a la Entidad Gestora en el caso de que el alta expedida por ella no produzca efecto, y con el abono al interesado de la diferencia a su favor. La Mutua podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, en cuyo caso se producirá el archivo del expediente; en otro caso, el Director Provincial competente dictará la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades (E.V.I.), en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora.

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

Cabe referirse a otra posibilidad más de actuación en el caso de que el alta médica haya sido emitida por la Mutua colaboradora, como en el supuesto anterior, pero no haya sido objeto de impugnación a través del procedimiento especial de revisión del alta. En esta situación, cabe la formulación de Reclamación previa ante la Mutua dentro del plazo de 30 días hábiles a contar desde el siguiente a la extensión del alta, si bien, a diferencia del procedimiento especial anterior, esta reclamación no suspende los efectos de aquélla.

A la Mutua colaboradora le serán aplicables las previsiones de los artículos 71.5 y 140 de la L.R.J.S., de forma que deberá contestar en el plazo de 7 días hábiles, entendiéndose de otro modo que se produce la desestimación tácita, por silencio administrativo, de aquélla, quedando abierta la vía jurisdiccional social para interponer demanda en el plazo de 30 días hábiles

### 5.2. Tras el cumplimiento de los 365 días transcurridos desde el inicio de la I.T.

Según el tenor literal del artículo 170.2 TRLGSS/2015, transcurridos los 365 días desde el inicio de la situación de I.T., ya sea por contingencias comunes o profesionales, la Dirección provincial del INSS será la única competente para decidir el alta médica por curación, el inicio de un expediente de incapacidad permanente o la prórroga de la I.T. por 180 días más.

En este supuesto, la impugnación de la decisión de emisión del alta puede producirse por dos vías, la manifestación de disconformidad o la Reclamación previa.

Manifestación de disconformidad.

De acuerdo con el párrafo tercero del número 2 del artículo 170 TRLGSS/2015, frente a la Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. que decida la emisión del alta por curación o mejoría del trabajador que le permita reanudar su trabajo, cabe formular la

manifestación de disconformidad en el plazo máximo de cuatro días naturales[4]. La manifestación de disconformidad se formula ante la Inspección Médica del Servicio de Salud autonómico competente, la cual puede discrepar del alta formulada o confirmarla expresa o tácitamente[5]. Si la Inspección difiriera del criterio de la entidad gestora de emisión del alta, podrá proponer a ésta, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de su decisión, "especificando las razones y fundamento de su discrepancia", indica expresamente el final del párrafo tercero fine del mismo artículo 170.2 TRLGSS/2015.

En el supuesto de que en virtud de la discrepancia formulada por el trabajador o de la propuesta de la Inspección Médica, la Dirección Provincial del I.N.S.S., previa consulta al E.V.I., reconsiderase su decisión, se reconocerá al interesado la prórroga de la situación de I.T. En sentido contrario, si se reafirmara la entidad gestora en el alta, sólo se prorroga la situación de I.T. hasta la fecha de la última resolución confirmatoria del alta médica[6].

Es de destacar que el texto expreso del párrafo quinto del artículo 170 TRLGSS/2015 compulsa a la Dirección Provincial del I.N.S.S. a aportar las pruebas **complementarias –**el destacado es nuestro– que fundamenten su decisión de confirmar el alta cuando haya existido propuesta de reconsideración por parte de la Inspección Médica, pero ciertamente, la práctica nos indica que, de una parte, es escasísima la intervención de la Inspección Médica formulando propuestas de reconsideración de altas médicas emitidas por la entidad gestora; y de otra, que las pruebas complementarias suelen limitarse a la emisión de nuevo informe del E.V.I. ratificando su anterior proposición.

La simple la formulación de la disconformidad hace que la I.T. se vea prorrogada hasta que el alta médica adquiera plenos efectos, esto es, hasta el transcurso de 11 días naturales siguientes a su emisión, de acuerdo con el párrafo cuarto del mismo artículo 170.2 TRLGSS/2015.

La manifestación de disconformidad, en fin, de acuerdo con el desarrollo reglamentario constituido por el R.D. 1430/2009, que en su artículo 8.12 y los artículos 71 y 140 de la LRJS constituye realmente el cauce de agotamiento de la vía administrativa[7], por lo que la resolución de la entidad gestora será impugnable directamente ante la jurisdicción social en el plazo de 20 días hábiles, desde la adquisición de plenos efectos del alta o desde el día siguiente a la notificación del alta definitiva acordada por la entidad gestora.

Formulación de Reclamación previa frente al alta.

[4] El que el plazo sea tan breve y que la extensión de los partes de alta se produzca los viernes, como la experiencia práctica nos enseña, nos demuestran de una parte, la poca importancia que el legislador concede a la manifestación de disconformidad, y de otra, la indefensión que suele provocar al trabajador dado que ordinariamente se han perdido dos días (sábado y domingo) para la formulación de la impugnación.

[5] La confirmación tácita se produce por falta de pronunciamiento expreso en el plazo de los 11 días naturales siguientes a la fecha de la emisión del alta, según el párrafo tercero del número 2 del artículo 170. T.R.L.G.S.S/2015.

[6] La jurisprudencia del T.S ha matizado que procede abonar el subsidio hasta el momento de la notificación de la resolución administrativa, sin que pueda perjudicar, en este caso al trabajador, la demora en la comunicación de aquélla. Ver Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 18 de enero de 2012. Recurso 715/2011 y de 2 de diciembre de 2014. Recurso 573/2014.

[7] Aunque el artículo 140.1 tras punto y seguido de L.R.J.S recoge que en estos supuestos no será preciso el previo agotamiento de la vía administrativa, se está refiriendo a que no es necesaria la Reclamación Previa.

Nos encontraríamos ante dos situaciones, la primera podríamos decir que, de carácter ordinario, con alta por el INSS, y la segunda, frente a alta emitida por Mutua colaboradora que no hubiese sido objeto de procedimiento especial de revisión.

Reclamación Previa frente al INSS.

En este supuesto nos encontraríamos con las emisiones de alta producidas por el INSS—recordemos que es la única entidad competente una vez transcurridos 365 días desde el inicio de la I.T., cuya impugnación no se hubiera llevado a cabo a través del procedimiento de manifestación de disconformidad, de manera que, transcurrido el plazo de 10 días hábiles para formular aquélla, no se hubiera llevado a cabo, de manera que la posibilidad de impedir la firmeza y producción de efectos del alta médica –que al fin y a la postre constituye una manifestación de resolución del expediente administrativo de I.T. iniciado con la emisión de la baja médica–, es la interposición de una Reclamación previa en el plazo de 30 días hábiles desde el día siguiente al alta, de acuerdo con el número 5 del artículo 71 L.R.J.S. La entidad gestora INSS ha de contestar en el plazo de 7 días hábiles, entendiéndose de otra forma desestimada, de acuerdo con lo prevenido en el párrafo segundo in fine de los citados número y artículo de la L.R.J.S. Y la resolución, expresa o tácita, desestimatoria, será impugnable ante los órganos de la jurisdicción social mediante demanda a interponer en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente a la desestimación de la Reclamación Previa, según el número 6 párrafo segundo del precitado artículo 71 L.R.J.S.

Reclamación Previa frente a Mutua.

Nos referimos ahora a un supuesto que podríamos calificar de actuación indirecta: el alta emitida por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social en un proceso de I.T. derivado de contingencias profesionales que no hubiera sido objeto de recurso a través del procedimiento especial de revisión. El alta puede ser impugnada a través de Reclamación Previa ante la propia Mutua que cursó el alta, en el plazo de 11 días hábiles, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 71.2 párrafo segundo de la L.R.J.S.; ésta deberá decidir sobre la misma en el plazo de 7 días hábiles, conforme determina el párrafo segundo del número 5 del mismo artículo, entendiéndose desestimada la Reclamación por efecto de silencio administrativo una vez transcurrido dicho plazo. La Resolución desestimatoria, expresa o tácita, de la Reclamación Previa, podrá ser objeto de demanda ante la jurisdicción social en el plazo de 20 días hábiles, como preceptúa el párrafo segundo del número 6 del repetido artículo 71 de la L.R.J.S.

La diferencia entre el procedimiento especial de revisión estudiado anteriormente y este otro a través de Reclamación Previa, estriba en que, en este último, no se mantiene la situación de I.T. presunta, sino que el alta produce los efectos ordinarios de la misma desde su fecha; esto es, la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo y por tanto la extinción de la prestación económica de I.T.

Un supuesto a diferenciar: la anulación por el I.N.S.S. de baja médica expedida por el Servicio Público de Salud tras alta emitida por aquél al haber transcurrido más de 365 días desde el inicio de una situación de I.T. En este caso, estamos estudiando un supuesto diferente de los anteriores. Se trata de una nueva emisión de baja médica expedida por el Servicio Público de Salud, que el INSS procede a anular; es decir, no nos encontramos ante

un supuesto de alta sino de **anulación** de la baja –el destacado es nuestro–. La baja médica es anulada por la Dirección Provincial del I.N.S.S. en alegación de la facultad exclusiva que le corresponde, de acuerdo con el número 2 tras punto y seguido, del artículo 170 T.R.L.G.S.S/2015, de emitir una nueva baja médica, por la misma o similar patología, dentro de los 180 días siguientes a la emisión de alta médica tras al agotamiento del plazo inicial máximo de 365 días de prestación de I.T.

No nos encontramos, pues, ante una impugnación de alta médica, sino que la anulación de la emisión de la baja por el INSS y por consiguiente su no producción de efectos, constituye una denegación de prestaciones de Seguridad Social, en estos casos, de prestaciones económicas de I.T., de forma que el trámite administrativo de impugnación ha de seguir el cauce de la Reclamación Previa ordinaria, previsto en el artículo 71.1 y 2 L.R.J.S. De este modo, la Reclamación previa, se formulará en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de la anulación de la baja. Su desestimación, ya sea expresa, o tácita por silencio administrativo, al transcurrir 45 días hábiles desde la interposición de aquélla, como prescribe el número 5 del mismo artículo, será recurrible ante la jurisdicción social en el plazo de 30 días hábiles, contados desde la fecha en que se notifique la denegación de la Reclamación Previa o desde el día en que se entienda denegada tácitamente, número 6 del mismo artículo 71. L.R.J.S. El procedimiento ante la jurisdicción social será, por tanto, no el especialísimo previsto para la impugnación de altas, sino el especial de reclamación de prestaciones de Seguridad Social.

## 6. EL PROCESO JUDICIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL[8]

La impugnación judicial de las altas médicas.

Terminada la vía administrativa, ya sea por la formulación de la manifestación de disconformidad, por el procedimiento especial de revisión de altas médicas o por la presentación de Reclamación Previa, según hemos estudiado, tales altas o resoluciones confirmatorias de las mismas, según el caso, son impugnables en vía jurisdiccional social, de acuerdo con el artículo 2 o) de la L.R.J.S., que se refiere a la competencia de los órganos de esta jurisdicción en materia de prestaciones de Seguridad social, estableciendo el número 3 del artículo 140 las peculiaridades de las reclamaciones frente a las altas médicas.

De este modo, es de señalar que, de acuerdo con la combinación de los párrafos primero y segundo del número 6 del artículo 71 L.R.J.S., la demanda ha de formularse en el plazo de 20 días hábiles desde la resolución expresa confirmatoria del alta o la adquisición plena de efectos de la misma (supuesto 1.1), de la desestimación expresa de la Reclamación previa (supuestos 1.2;2; 3 y 4), o desde la desestimación tácita de la referida Reclamación previa (igualmente supuestos 1.2, 2; 3 y 4).

[8] Estudiado, entre otros, en GARBERÍ LLOBREGAT, J: *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. Thomson Reuters Aranzadi. Cozur Menor (Navarra). 2011; BARTOLOMÉ RÍOS, S: en AA.VV., dirigidos por A.V. Sempere Navarro. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2013. APILLUELO MARTÍN, M.: en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre,* Comares, Granada 2013; LÓPEZ BALAGUER, M.: "Proceso sobre prestaciones de Seguridad Social", en AA.VV., dirigido por A. Blasco Pellicer, *El proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

Este procedimiento es calificado por el artículo 140 de urgente, de tramitación preferente, y en él, la demanda se ha de dirigir exclusivamente contra la Entidad gestora, sea el INSS o el Servicio Público de Salud o la Mutua colaboradora con la Seguridad social, procediendo únicamente ser codemandada esta última en caso de que sea la responsable del abono de la prestación económica. Tampoco ha de ser demandada la empresa, salvo que se cuestione la contingencia. A la impugnación del alta no podrán acumularse otras acciones, ni siquiera de reclamación de diferencias en la prestación económica, si bien de estimarse la demanda por considerar indebida el alta, dispondrá la reposición al beneficiario en la prestación que hubiere venido percibiendo, en tanto no concurra causa de extinción.

La impugnación de denegación de prestaciones

Como hemos visto también al referirnos al agotamiento de la vía administrativa, la impugnación de lo que constituye una denegación de prestaciones de Seguridad Social, en este caso estudiado, de prestaciones económicas de I.T., conlleva la aplicación ordinaria del proceso especial de prestaciones de Seguridad social, que carece de las notas de urgencia y tramitación preferente característica de la reclamación frente a las altas médicas. En estos supuestos, sí cabe hablar de codemandar a las entidades gestoras en función de quién haya resuelto la denegación, a la Mutua colaboradora y en su caso a la empresa si son responsables del pago de la prestación económica.

La demanda habrá de formularse en el plazo de 30 días hábiles desde la denegación expresa o tácita de la situación de I.T., de acuerdo con los números 5 y 6 del artículo 71 L.R.J.S., y en este caso, a diferencia de la impugnación de altas médicas stricto sensu, cabe la acumulación de acciones cuyo objeto esté relacionado, como puede ser la diferencia en el cálculo de la base reguladora o la reclamación de diferencias de prestación

## 7. EL OBJETO DEL PLEITO DE I.T.

El debate planteado en los procesos de I.T. se puede resumir en las siguientes posturas:

1) En el supuesto de impugnación de alta médica, si el trabajador está restablecido o no para su reincorporación al trabajo o ha de continuar en I.T. hasta su restablecimiento (prórroga, demora en la calificación).

2) Igualmente en el proceso de impugnación de alta médica, si lo que procede es la emisión no de alta por curación o mejoría que permite trabajar sino "alta administrativa" por propuesta de incapacidad, es decir, inicio de expediente de incapacidad permanente por presentar el trabajador, a tenor del artículo 193 T.R.L.G.S.S/2015, reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva, previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

3) En el proceso de denegación de prestaciones, si, ante una situación inicial o nueva situación de incapacidad temporal transcurridos más de 180 días desde el alta emitida en el proceso anterior de I.T., existe causa justificativa para la extensión de parte de baja por I.T., ya sea, en el segundo caso, por la misma o similar patología; esto es, de acuerdo con el artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015, si el trabajador se encuentra impedido para el trabajo, precisa

asistencia sanitaria y se presuma su recuperación en los límites temporales que la contingencia protegida contempla.

4) También en proceso de denegación de prestaciones, en caso de existencia de proceso anterior de I.T., si procede la extensión de baja por recaída, en caso de que no hayan transcurrido más de 180 días desde el alta anterior por la misma o similar patología.

Para la resolución del debate planteado, al igual que en todos los pleitos, la prueba es determinante para ver atendidas en la Sentencia las peticiones formuladas en la demanda, con la única excepción, en su caso, de las diferencias en la interpretación de la norma a aplicar.

## 8. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

En el juicio de incapacidad temporal, como sucede en general con los procesos de incapacidad, aunque la definición de la I.T. es un concepto técnico-jurídico y los jueces son muy celosos de su competencia para determinar su existencia, son las pruebas documentales (informes médicos) y periciales, incluyendo al testigo-perito (comparecencia de médicos que han atendido al demandante, tratándose de Mutuas colaboradoras, o médicos especialistas actuando como perito de parte) las que van a servir de soporte a la decisión judicial ad hoc.

La propia dinámica de estos procesos dificulta la utilización de dos medios que por esta parte se proponen como medio de apoyo médico al juzgador: las intervenciones del médico (generalmente especialista) que atiende al trabajador, como testigo-perito ex artículo 370.4 L.E.C. y la del médico forense, contemplada como facultad del juez en el artículo 93.2 L.R.J.S.[9]. Y en este caso con el problema añadido, desde la perspectiva del actor, de que no se está decidiendo sobre la concesión de una pensión vitalicia sino el reconocimiento de su subsidio temporal, lo que conlleva una evaluación de lo que puede ser el coste del pleito (honorarios profesionales de abogado y peritos médicos) y la dificultad para la presentación de pruebas, en comparación con el beneficio a obtener de la sentencia estimatoria que, en múltiples ocasiones se traduce no en el desistimiento sino en el no ejercicio de la acción judicial.

Ciertamente la lógica nos indica, hemos de insistir, que aun cuando se defina la decisión sobre la incapacidad en general, y en el supuesto que estudiamos, la incapacidad temporal como una cuestión técnico-jurídica, lo cierto es que el fundamento de aquélla es el diagnóstico, opinión o criterio médico, que el juzgador ha de poner en relación con el desempeño laboral del trabajador, por lo que la emisión de informes médicos más claros e inteligibles por parte de los médicos de la sanidad pública ( especialistas que tratan al trabajador fundamentalmente), incluyendo lo que es perceptible objetivamente respecto de los condicionamientos o limitaciones que las dolencias provocan en el paciente-trabajador

[9] LAFUENTE SUÁREZ, J.L., "El agotamiento de la extensión prevista como causa de finalización de las prestaciones por incapacidad temporal" Foro *Revista de Ciencias Jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Vol. 20 número 2/Año 2017, págs. 137 y 138.

que, entiendo, podrían servir de una adecuada base médica para la sentencia que decidirá sobre la capacidad laboral del actor[10].

Esto nos lleva a la cuestión que deseamos abordar: la valoración judicial, fundamentalmente de las pruebas documentales y periciales en esta clase de procesos derivados de I. T de impugnación de altas médicas. Hemos de tener en cuenta que respecto a la valoración de los informes y pericias médicas aportadas por las partes al proceso, no han de primar necesariamente los dictámenes facultativos públicos, esto es, aportados por las Entidades Gestoras de la Seguridad social, sobre los privados, dado que no existe preferencia legal alguna al respecto para ellos, por lo que, tal y como se ha apuntado[11] será la regla de la sana crítica ex artículos 326 y 348 L.E.C. –en función de la remisión normativa a esta última norma que se realiza con carácter general en la disposición final cuarta de la L.R.J.S.– entendida como el criterio de razonabilidad determinante, dé la prevalencia a un informe médico sobre otro.

De acuerdo con los artículos 326 y 319 de la L.E.C. y 1255 C.c., los documentos privados harán prueba plena en el proceso siempre que no se impugne su contenido; impugnación que no suele ser habitual tratándose informes médicos, pero el juzgador puede formar su convicción valorando conjuntamente todos los medios probatorios, teniendo amplia libertad para valorar conforme a su recto criterio[12].

Respecto a la prueba pericial es preciso destacar que, de acuerdo con el punto y seguido del número 1 del artículo 93 L.R.J.S. no será precisa la ratificación de los informes médicos obrantes en el expediente administrativo cuya aportación sea preceptiva, lo que viene a dotar *ex lege* el carácter de prueba pericial, como así lo muestra su referencia en aquél artículo, a los informes médicos de los Servicios Públicos de Salud, de los evaluadores del E.V.I. o de los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, sin la necesidad de la ratificación en juicio oral. De este modo, lo que venían a constituir en su caso, documentos administrativos que, en el ámbito sanitario, al no contar con norma expresa reguladora de la definición de su fuerza probatoria, gozarían de una presunción de certeza que puede destruirse por otros medios de prueba, pasa a convertirse en prueba pericial per se, digamos que con una presunción técnica de certeza más difícil de desvirtuar (pero no imposible, ciertamente). Y esto teniendo en cuenta que de acuerdo con el número 2 del artículo 335 L.E.C., todo perito al emitir su dictamen, debe manifestar bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a la parte; manifestación que evidentemente no se produce en

[10] Como señala RODRÍGUEZ CARDO I.A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).2017, págs. 72 y ss., "por cuanto la negativa del INSS a conceder la baja médica tras los primeros 365 días está basada más en una valoración de las secuelas-o de su ausencia- a largo plazo, que en una constatación de su estado físico actual. Dicho de otro modo, el análisis de la conveniencia de proceder a una prórroga o reanudación de la I.T. se mueve en el marco de la evaluación del estado psicofísico con vistas al reconocimiento de una I.P y prescinde en muchos casos de la valoración real de las condiciones que permitirían una reincorporación inmediata al trabajo".

[11] SÁNCHEZ PEGO, F.J. y TOLOSA TRIBIÑO, C. "Los procesos de Seguridad Social. Tema 27 de la obra *Derecho de la Seguridad Social*. De la Villa Gil, L.E. (director); García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J.R (coordinadores). Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. pág.703.

[12] Sentencias de la Sala de lo Social del T.S de 2 de julio de 1990 (RJ 6039/1990); 2 de enero de 1988 (RJ 54/1988) y 27 de enero de 1991(RJ 69/1991).

relación con los peritos profesionales que firman los informes médicos de Servicio Público de Salud, EE.VV.II. o Mutuas de Accidentes de Trabajo[13].

Con respecto a los informes médicos, tanto estrictamente escritos como ratificados en su caso en la vista oral, la doctrinal judicial ha venido argumentando tradicionalmente sobre dos bases: no existe razón para dar más valor a los informes privados que a los oficiales[14] y los informes médicos de la sanidad pública gozan de una presunción de objetividad[15] . Pero estas bases han de ser objeto de matización pues no rigen con carácter general[16]. De una parte, en estos procesos de impugnación de altas, caso de formulación de discrepancia por parte de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud, encontramos sendos informes médicos contradictorios, emitidos por organismos públicos, de los cuales uno (I.N.S.S.) es a la vez el competente para reconocer la prestación económica de I.T.[17] y el otro (Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma) el ente gestor de la prestación de asistencia sanitaria. De otra, los informes médicos privados pueden gozar de mayor solvencia científica por estar emitidos por especialista en la materia objeto del mismo[18]; mayor fuerza de convicción o rigor científico[19]; garantía de fiabilidad[20], teniendo en cuenta que los facultativos médicos que forman parte del E.V.I. son médicos inspectores y evaluadores[21]. Además, los informes, tanto públicos como privados, no han de incluir el juicio sobre su situación impide o no la realización de las tareas de la profesión, sino que han de circunscribirse a describir la patología, y, en su caso, a determinar, en opinión del facultativo, las limitaciones estrictamente físicas (o psíquicas, de haberlas) pero no relacionándolas expresamente con las tareas de la profesión habitual, por constituir ello una valoración jurídica que sólo incumbe al órgano jurisdiccional[22]. De este modo, la narración fáctica "ha de hacer constar el cuadro residual de la persona afectada y las repercusiones que despliega sobre la actividad laboral, no así la calificación que, conforme a la ley, merece la situación clínica y sus efectos"[23].

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

[14] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia, de 15 de marzo de 2004 (JUR 134600/2004).

[15] Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J.de Asturias de 19 de octubre de 2001dictadas en Recursos 3167, 3185/2000.

[16] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Valladolid), de 23 de enero de 2008. Recurso 2006/2007.

[17] Luego es parte interesada.

[18] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2009. Recurso 2653/2008.

[19] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco, Sala de lo Social de 21 de mayo de 2013. Recurso 657/2013.

[20] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 16 Ene. 2001. Recurso 3391/1998.

[21] Artículo 2 del R.D. 1300/1995, de 21 de julio, que determina la composición de los Equipos de Valoración de Incapacidades –EE.VV.II.–. Su función la define el Auto de 4 de diciembre de 2015 de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, dictado en pieza de nulidad de actuaciones 1661/2015.1: "no puede olvidarse que el médico del Equipo de Valoración de Incapacidades no es un facultativo encargado de prestar asistencia sanitaria sino de evaluar oficialmente, en los expedientes sobre prestaciones de incapacidad temporal y de invalidez permanente, los cuadros patológicos de todo tipo y su incidencia en la capacidad funcional de los trabajadores, para lo cual ha recibido la formación y la habilitación exigidas y utiliza diversas fuentes de conocimiento".

[22] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, Sección 4ª, de 7 Feb. 2006. Recurso 4471/2005.

[23] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, Sección 6ª, de 8 de abril de 2019. Recurso 1077/2018.

El juez o la Sala de lo social en su caso, deberá decidir en esta materia que abordamos, en definitiva, sobre la aptitud o no para el trabajo del demandante, ya derivado de la mejoría, curación o no, inicio de expediente de incapacidad permanente, en una situación de I.T. y para ello deberá elegir, ante la normal existencia de informes que presentan resultados contradictorios[24] o en todo caso, bien sean documentos o pericias, el o los que le parezcan[25] que se ajustan más a la sustancia del tema planteado, atendiendo a la mayor credibilidad, por la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar, a su entender, de mayor fuerza de convicción[26],debiendo expresar la razón que justifica el tomar en cuenta el o los informes que le han servido de fundamento de la decisión adoptada. Esto no conlleva necesariamente el rebatir o condicionar los no considerados[27]por él, puesto que la obligación constitucional precitada de "motivar "la decisión", en virtud de lo preceptuado por el artículo 120.3 de la Constitución, cuyo desarrollo legal lo contiene el artículo 97.2 de la L.R.J.S. habla, en sentido positivo, de la "apreciación de los elementos de convicción" –en este caso las pruebas documentales, periciales y reconocimiento judicial en su caso–, a los que ha de hacer referencia en los fundamentos de derecho para explicar su conclusión. Y por ello, de una parte, no se puede olvidar que la valoración de la prueba ha de ser su conjunto, por lo que los razonamientos mostrados por el juzgador indefectiblemente han de suponer una explicación lógica, racional, prudente, adecuada del mayor valor que se da a un informe médico y por tanto –me atrevería a decir que necesariamente– supone el conceder menor a otro[28]. Pero de otra, sin que tal consideración permita fundamentar exclusivamente su decisión en una "apreciación conjunta de la prueba" sin más explicaciones que, precisamente por la ambigüedad de su formulación, causa indefensión al no contener otro razonamiento indicativo de la causa de "preferencia" o estimación por parte del juzgador del informe o informes médicos de apoyo de su decisión.

Desde un enfoque negativo, por consiguiente, la razón de la decisión judicial no debe incluir ninguno de estos dos razonamientos exclusivos: en primer lugar, no es de recibo la genérica argumentación fundada en la "valoración conjunta" de la prueba como única razón justificativa del fallo. Y, en segundo lugar, tampoco el fundamento decisorio de la consideración de un informe médico basado exclusivamente en la, a veces, declarada por el juez, "mayor presunción de objetividad que cabe atribuir a los informes médicos de la sanidad pública…"[29], sobre todo cuando se refiere únicamente al informe médico de síntesis del EVI[30] que, ni forma parte del sistema sanitario público[31] ni es imparcial puesto que es parte interesada en los procesos de incapacidad[32].

[24] Si el informe médico llega a contener alusión o respuesta directa a la cuestión que en definitiva se está planteando en el juicio.

[25] Insistimos que, con independencia de la experiencia que el tiempo le proporciona, el juez es un licenciado en Derecho, no en Medicina.

[26] GONZÁLEZ DÍAZ, F. *Los medios de prueba en el proceso laboral*. Thomson Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2005, pág. 180.

[27] Puesto que como antes indicábamos, no es su función la de comentario crítico de los informes médicos.

[28] De ahí el escaso valor que, a criterio de quien suscribe, y con todos los respetos, muestran las Sentencias que se limitan a expresar que "no ha de darse más valor a un informe médico de carácter privado sobre uno emitido por un facultativo del Servicio Público de Salud" sin mayor precisión.

[29] Sentencias de 19 de octubre de 2001 de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, dictadas en Recursos 3167, 3185/2000. Sentencia del Juzgado de lo social nº 5 de Oviedo de 13 de junio de 2018, dictada en autos SSS 66/2018.

[30] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 29 de enero de 2019. Recurso 2610/2018.

La decisión judicial, pues ha de adoptarse, de acuerdo con la expresión de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, "de acuerdo con las reglas de la sana crítica", de forma que será el prudente arbitrio del juzgador el que valore la prueba practicada, sin que pueda ser manifiestamente equivocada, arbitraria, absurda o irracional pero tampoco sin dar por sentada una objetividad que no se vea plasmada en la calidad, precisión, conocimiento y adecuada descripción.

De este modo, el juez habrá de unir la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de "higiene mental", tendentes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

La sentencia, en fin, en el proceso de impugnación de alta médica, no tiene recurso por imperativo expreso de los artículos 140.3 c) y 190.1 g) L.R.J.S., cualquiera que fuese la cuantía de la prestación económica que el trabajador hubiera venido percibiendo.

Sí cabe recurso de Suplicación frente a la sentencia dictada en el proceso de denegación de prestaciones económicas de I.T., a tenor de lo prevenido en el artículo 191.3 c) de la L.R.J.S., de manera que es necesario hacer constar claramente que se trata de este procedimiento en la demanda iniciadora de las actuaciones para evitar una sentencia desestimatoria que, por error, niegue el recurso por confusión con el procedimiento especial de impugnación de alta médica, lo que conllevaría la formulación de un recurso de queja en base al artículo 189 de la ley procedimental[33].

## 9. CONCLUSIONES

**Primera**. -La preocupación por el incremento en el gasto de las prestaciones de I.T. ha llevado a una reelaboración de la regulación en la materia que, en la "penúltima" modificación del TRLGSS/2015 extiende las competencias del INSS a los primeros 365 días de duración de la contingencia protegida que, hasta entonces, tratándose de contingencias comunes, correspondían a los Servicios de Salud autonómicos. ¿Se busca una decisión sobre el alta de I.T. ajena al seguimiento médico del proceso de la dolencia incapacitante?.

**Segunda**. -En la vía administrativa, la combinación entre la posibilidad de recurso y la brevedad de los plazos llevan a que las revisiones (EVI, Inspecciones médicas de Servicios Públicos de Salud y del INSS) sean más formales, documentales; esto es, practicadas más sobre base de informes escritos que sobre reconocimientos médicos reales, y, en consecuencia, el control de las Mutuas colaboradoras y del propio INSS conlleva a que sean

[31] Auto de 4 de diciembre de 2015 dictado por la Sala de lo social del T.S.J. de Asturias en pieza de nulidad de actuaciones extraordinarias 1661/2015: "… no puede olvidarse que el médico del Equipo de Valoración de Incapacidades no es un facultativo encargado de prestar asistencia sanitaria sino de evaluar oficialmente, en los expedientes sobre prestaciones de incapacidad temporal y de invalidez permanente, los cuadros patológicos de todo tipo y su incidencia en la capacidad funcional de los trabajadores, para lo cual ha recibido la formación y la habilitación exigidas y utiliza diversas fuentes de conocimiento…".

[32] Como es obvio, al constituirse el EVI dentro de cada Dirección Provincial del INSS y con encuadramiento orgánico y formal en la misma, a tenor del artículo 2 del R.D.1300/1995, de 21 de julio.

[33] Cf. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 18 de mayo de 2016, dictadas en Recurso 833/2016. Auto de 12 de diciembre de 2018, del Juzgado de lo social nº 6 de Oviedo, dictado en autos 756/2018.

proclives a una cierta ligereza en la emisión de altas, así como a la derivación de las contingencias profesionales hacia su consideración como contingencias comunes.

**Tercera**. -El proceso judicial de impugnación de altas médicas, si bien preferente y urgente, depende de la agilidad de cada Juzgado, siendo normal que transcurran más de dos meses entre la formulación de la demanda el juicio oral, con lo que pueden producirse situaciones desestabilizadoras de la relación laboral del trabajador que, debiendo reincorporarse al trabajo tras la emisión del alta, no se encuentre en condiciones para ello.

**Cuarta**. -Si bien el juez a quo ha de decidir de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según su prudente arbitrio, tras una apreciación de los elementos de convicción confluyentes en cada caso, una decisión fundamentada exclusivamente en la expresión de la "valoración conjunta de los medios de prueba", sin más explicación, no responde al espíritu de los artículos 97.2 de la L.R.J.S. y 120 de la Constitución de motivar el fallo de la resolución judicial.

**Quinta**. -En la valoración de las pruebas médicas se suele seguir concediendo más valor a los informes-dictámenes del E.V.I., insistiéndose en su presunto carácter objetivo –que no es tal puesto que se trata de un órgano al servicio de la Entidad Gestora–, ignorando que, en todo caso, la presunción de objetividad ha de reconocerse a los servicios médicos públicos –en los que el EVI no está encuadrado–, a pesar de la ausencia en los mismos de médicos especialistas, desdeñando en muchas ocasiones no sólo el criterio de los médicos de familia que atienden directamente al trabajador sino, sobre todo, el de especialistas de la medicina privada que emiten su pericia médica en el proceso.

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# Internos en centros penitenciarios y facturación del coste de la asistencia hospitalaria dispensada: ¿qué administración debe asumir el pago?

# Inmates in prisons and billing of the cost of hospital care provided: which administration should pay the fee?

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN
*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSIDAD DE GRANADA*

**Resumen**

La Administración penitenciaria es la encargada de garantizar las prestaciones sanitarias a los internos en centros penitenciarios. Estas prestaciones sanitarias pueden ser dispensadas con medios propios o ajenos concertados –atención primaria– y, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud –atención especializada–. El presente artículo se centra en la problemática de la asunción del coste y, en particular, si es la Administración penitenciaria o bien la sanitaria la responsable de asumir los costes derivados de la asistencia hospitalaria dispensada por los servicios públicos de salud en aquellos casos en que los presos asistidos se encuentran afiliados a la Seguridad Social y no existe ningún convenio de colaboración entre la Administración penitenciaria y la sanitaria. Se incidirá igualmente en la determinación de la jurisdicción competente para resolver los conflictos al respecto, recorriéndose otros supuestos característicos de pugna entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa.

**Palabras clave**

Reclusos; asistencia sanitaria; coste; Administración penitenciaria; convenio de colaboración

**Abstract**

The prison administration is responsible for guaranteeing health benefits to inmates in prisons. These health benefits can be provided by their own means or other people's means - primary care - and, preferably, through the National Health System - specialized care. This article focuses on the problem of the assumption of cost and, in particular, whether it is the prison administration or the health administration responsible for assuming the costs derived from hospital care provided by public health services in those cases in which assisted prisoners are affiliated with Social Security and there is no collaboration agreement between the Prison and Health Administration. It will also influence the determination of the competent jurisdiction to resolve conflicts in this regard, covering other characteristic cases of conflict between social jurisdiction and contentious-administrative jurisdiction.

**Keywords**

Inmates; healthcare; cost; prison administration; partnership agreement

## 1. APUNTES INTRODUCTORIOS SOBRE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

La asistencia sanitaria es un derecho social fundamental del que no quedan excluidos los internos en centros penitenciarios. Si bien, debido a la relación de sujeción especial que les vincula con la Administración penitenciaria, es ésta la obligada a velar por la vida, integridad y salud de aquéllos, tal y como establece el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria –en adelante, LOGP–. El precepto prescribe que la actividad penitenciaria ha de ejercerse respetando la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse

*Fecha Recepción: 20-6-2019 – Fecha Revisión: 23-6-2019 – Fecha Aceptación: 26-6-2019*
*Pags. 49-67*

diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza, al tiempo que insta a la adopción de las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social.

La sanidad penitenciaria participa de las notas esenciales que, con carácter general, subraya la legislación sanitaria respecto del conjunto de los titulares del derecho a la asistencia médica. En este sentido, no está de más incidir en la vocación universal que articula el art. 3.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud –en adelante, LCC– como característica esencial del derecho a la protección de la salud. Según dicho precepto, "son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español", de modo que "una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual" –segundo apartado del art. 3 bis del texto legal–.

La privación de libertad no puede entenderse de ningún modo como elemento distorsionador en la configuración del derecho a la asistencia sanitaria, de modo que el acceso a los recursos públicos sanitarios por parte de los internos en centros penitenciarios queda adjetivado como universal e igualitario. Como mandato constitucional derivado de los arts. 41 y 43 CE, la universalización es enunciada a lo largo y ancho de las diversas normas reguladoras de la asistencia sanitaria. En concreto, el art. 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –en adelante, LGS– señala que "la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española", precisando a su vez que "el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva". Por su parte, el art. 2.b) LCC establece el aseguramiento universal y público por parte del Estado como principio básico a informar el texto legal. La universalización del campo subjetivo de cobertura es uno de los principios técnico-jurídico definidores de nuestro sistema sanitario e igualmente resulta de aplicación al ámbito penitenciario. En todo caso, la relación de sujeción especial que vincula a los presos con la institución penitenciaria no se rompe por su hospitalización externa o por su tratamiento fuera de la prisión, pues se entiende que tales centros son una auténtica prolongación del centro penitenciario, que no exonera a la Administración competente de su deber de garantizar la asistencia integral[1].

El derecho a la asistencia sanitaria evidencia los valores de solidaridad y cohesión social que descansan en la base de nuestro Estado social, uno de cuyos objetivos principales radica en la protección social obediente a una lógica componedora y totalizadora. Tan estrecha es la vinculación entre aquélla y la forma de Estado social que cabe afirmar que la política sanitaria es una de las que mejor se encuadra en el propósito social que inspira el Estado. La protección de la salud emerge, pues, en una tarea ineludible del mismo, a la que no puede ni debe renunciar, en aras de lograr la paz social de todos los miembros de la comunidad política, como consecuencia de la igualdad formal y material de todos ellos. En estas prestaciones, más que en ninguna otra, se manifiesta el Estado como servidor de la

[1] STS 222/2019, de 21 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, rec. núm. 4544/2017.

sociedad, creando un vínculo social que trata de asegurar a todos por igual este servicio fundamental.

Nuestro sistema de protección social garantiza, por tanto, atención sanitaria a todos los miembros de la sociedad, ya sean integrantes del ámbito de aplicación de la Seguridad Social o bien individuos carentes de recursos económicos para afrontar los gastos inherentes a la recuperación o mantenimiento de la salud. La importancia de tan pregonada universalización se justifica al concluir que sólo de su mano se puede alcanzar un nivel próspero de cohesión social, ya que representa un presupuesto indispensable para la materialización del principio de solidaridad, principio que participa insignemente en la función de integración propia del Estado social. En efecto, la participación de todos los individuos en la sociedad como reclamo de la justicia social carecería de efectividad si el Estado garantizara las prestaciones sanitarias únicamente a los integrantes de un determinado y reducido círculo de ciudadanos o bien algunos de ellos sólo accedieran a tratamientos incompletos con respecto a los demás.

La universalización aparece, así, como una consecuencia coherente con el sustrato en el que reposa el derecho social a la protección de la salud, orientado a la equidad. Se trata de atender a los supuestos de pérdida de salud de los individuos, asumida la imposibilidad por parte de los mismos de afrontarlos desde un plano exclusivamente individual. Y, precisamente, tal propósito de satisfacción de las necesidades más esenciales de la existencia humana se ha de afirmar respecto de todos los miembros de la sociedad, con espíritu integrador, pues lo contrario sería de todo punto incompatible con la actividad promocional del Estado en la efectividad de la libertad y la igualdad de los individuos a la que alude el artículo 9.2 CE.

Si la protección social ante supuestos de enfermedad encuentra su fundamento en la dignidad que toda persona intrínsecamente posee, resulta coherente que dicha actividad promocional se predique respecto de la totalidad de la sociedad. Ciertamente, el Estado, erigido en máxime garante de las condiciones esenciales de la vida humana, ha de ejercer esta función para todos los individuos. La estructura sociopolítica, al asentarse sobre los valores superiores que encarnan la solidaridad y la igualdad, hace viable la realización social de la dignidad humana[2].

Proclamar la dignidad inherente a la condición humana supone predicar de inmediato el principio de igualdad de todos los individuos, determinante éste de la política social propia de los Estados del Bienestar en cuanto inspirador de la ciudadanía social. Sin conformarse con una mera proclamación teórica de la justicia, el Estado social promueve la consecución de la misma mediante la garantía de la igualdad, en coherencia con la teoría de los derechos[3].

[2] Véase al respecto PECES-BARBA, G.: "Reflexiones sobre los derechos sociales", en AA.VV.: *Derechos sociales y ponderación*, García Manrique, R. (Ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pág. 85 y ss.

[3] La teoría de los derechos ha asumido las ideas de universalidad y de igualdad como rasgos propios. Se trata de dos ideas estrechamente relacionadas y que se proyectan tanto en la dimensión ética de los derechos como en la jurídica. Dentro de la dimensión ética, la universalidad expresa la existencia de una serie de rasgos que se predican de todo ser humano y que implican la exigencia de una consideración igualitaria de estos. En la dimensión jurídica, la consecuencia de esta idea exige un trato igual no incompatible con la atención a la diferencia. DE ASÍS ROIG, R.: "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en AA.VV.: *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 43.

No basta, pues, la mera proclamación del acceso de todos los individuos, sino que tal acceso ha de ser adjetivado como igualitario, es decir, ha de dispensarse a los miembros de la población igual protección. Dicho en otros términos, la universalidad no sólo supone garantizar el acceso de toda la población a los servicios sanitarios, sino también conlleva hacerlo en condiciones de igualdad. Luego la asistencia sanitaria universal, además de referirse a la condición subjetiva de los destinatarios, lo hace muy señaladamente a los concretos términos en que se ejerce dicha posición (art. 3 LGS). Tan importante es proclamar el acceso de todas las personas a una asistencia sanitaria "suficiente" o "de calidad" como asegurar que ésta sea idéntica para unos y otros. Los servicios públicos sanitarios dispensados deben ser, en definitiva, los mismos. Ésta es la auténtica garantía del componente igualitario que reposa en el contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria y, aunque constituye un enfoque poco referido de la universalidad, es el que, sin duda, le dota de mayor significación. Sólo así se cristaliza la cohesión social como valor inspirador de la asistencia sanitaria, emergiendo la universalización en la más patente muestra de la dimensión solidaria de nuestro sistema sanitario.

Como consecuencia del principio de igualdad, las prestaciones sanitarias deben ser dispensadas con el único techo de las posibilidades técnicas alcanzadas en la sociedad. La protección contra la enfermedad no puede limitarse a los integrantes de determinados sectores sociales. Antes al contrario, se ha de garantizar a todos los ciudadanos un acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias. Precisamente en este razonamiento converge el art. 208.1 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, cuando insta a garantizar a "todos los internos sin excepción" una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población, así como a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención.

En este sentido, la protección de la salud reconocida en el artículo 43 CE supone una de las derivaciones más señaladas de la concepción de nuestro Estado social, que propugna la igualdad en calidad de valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de sustento de los derechos sociales. La cláusula de Estado Social y democrático de Derecho ha de ser puesta en conexión inmediata con el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 CE, constitutivo de la estipulación de transformación del Estado de Derecho, al imponer a los poderes públicos la obligación positiva de remover todos los obstáculos que impidan la libertad, la igualdad y la participación del individuo en la sociedad.

La atención médica reconocida a los internos en centros penitenciarios se caracteriza igualmente por ser una atención integral. Es el art. 206 del Reglamento Penitenciario el precepto que proclama este carácter y afirma una debida orientación tanto a la curación como a rehabilitación. Este precepto no hace sino reproducir en el ámbito penitenciario una de las principales notas definidoras del modelo general de asistencia sanitaria. No en vano, el art. 2.d) LCC subraya como principio informador del texto legal la prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación. Por su parte, el art. 46.b) LGS hace lo propio al configurar como característica fundamental del Sistema Nacional de Salud la necesaria organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación. Precisamente la generalidad de medidas en que se materializa la protección de

la salud deriva del carácter integral con el que ésta es identificada, de modo que junto a las asistenciales en sentido estricto, se añaden toda una serie de prestaciones de índole preventiva, promotora y rehabilitadora. El cometido que desempeñan los poderes públicos en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 43 CE no se limita a la articulación de una atención al paciente tendente al restablecimiento de la salud cuando deviene la enfermedad, pues igualmente ocupan un papel principal las actuaciones orientadas a eludir precisamente la aparición de aquélla o a lograr la readaptación social de la persona.

De nuevo aparece la igualdad como fundamento de la articulación del contenido prestacional de la asistencia sanitaria. Y es que, una vez reconocido el derecho, éste abre la puerta a toda una serie de prestaciones comprendidas en el catálogo legal, sin que pueda quedar restringido el acceso a alguna de ellas. La protección de la salud, con el carácter integral que ya se ha visto exige nuestro sistema jurídico, quedaría defraudada si los internos en centros penitenciarios sólo accedieran a ciertas prestaciones y no a todas. Y es que, si la atención sanitaria se quiere garantizar como total, el acceso a las prestaciones ha de ser completo y, por tanto, sin salvedades, de forma que se garantice una protección de igual intensidad para todos los titulares del derecho, un disfrute, en fin, de este derecho de acceso en iguales términos.

## 2. LA PROBLEMÁTICA EN LA FACTURACIÓN DEL COSTE DE LA ATENCIÓN HOSPITALARIA A INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS

### 2.1. La determinación de la Administración responsable de abonar el pago correspondiente a la atención médica dispensada. Especial referencia a la STS 222/2019, de 21 de febrero

Tal y como se acaba de poner de relieve en las páginas anteriores, si bien la asistencia sanitaria se reconoce como un derecho social fundamental de los internos en centros penitenciarios, la protección integral de la salud de estos internos también se configura como un deber impuesto a la Administración penitenciaria, a la que aquéllos quedan vinculados por una relación de sujeción especial. El reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos corresponde al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y, una vez reconocido dicho derecho, éste se hace efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitan el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria –art. 3 bis LCC, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud–.

La Administración penitenciaria es, pues, la encargada de garantizar a los reclusos las prestaciones sanitarias. Sin embargo, teniendo en cuenta que ésta no puede hacer frente por sí sola a las múltiples prestaciones que la concepción integral de la salud recién apuntada líneas arriba implica, y que los servicios de salud asumen una responsabilidad global de asistencia sanitaria, se articulan cauces de colaboración basados en un principio de corresponsabilidad entre la Administración penitenciaria y las Administraciones sanitarias competentes. De otra forma no podría hacerse efectivo el principio de universalización de la asistencia sanitaria.

Dicha corresponsabilidad se plasma sobre el modelo que articula la LOGP, modelo que por otra parte se corresponde con el previsto en la legislación sanitaria con carácter general, al prever dos niveles de atención: primaria y especializada. La atención primaria se dispensa con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma, mientras que la especializada debe asegurarse, "preferentemente", a través del Sistema Nacional de Salud –art. 209 del Reglamento Penitenciario–[4]. Tal y como se advierte, el precepto reglamentario no hace distinción alguna en cuanto al abono de los gastos derivados de la asistencia de una u otra clase, pues solo ordena a la Administración penitenciaria "garantizar" a todos los presos aquellas prestaciones. Luego la lectura del mismo no contribuye a solucionar el problema de determinar si corresponde a la Administración sanitaria, o bien a la penitenciaria, sufragar los costes generados por la prestación de servicios sanitarios a las personas internas en un centro penitenciario.

Pese a que la disposición adicional sexta de la LCC prescribía la transferencia de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias a las Comunidades Autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud[5], el mandato no llegó a ser finalmente ejecutado en toda España. La plena integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud constituye, así, una de las grandes asignaturas pendientes[6], de modo que en tanto aquélla no tenga lugar, la prestación de la asistencia sanitaria a los internos de Instituciones Penitenciarias se garantiza a través de medios propios de la Administración penitenciaria y de medios ajenos concertados por la Administración penitenciaria y las administraciones sanitarias correspondientes.

El art. 207.2 del Reglamento Penitenciario hace referencia a la necesaria coordinación de las administraciones concurrentes a través de la formalización de los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria entre la Administración penitenciaria y las administraciones sanitarias. Dichos convenios están llamados a definir "los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos", así como "la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita". Siendo así, las dudas interpretativas surgirían cuando no existiese convenio alguno que concretase las actuaciones que cada una de esas dos Administraciones debe llevar a cabo cuando hayan de relacionarse en razón de la asistencia sanitaria que el Sistema Nacional de Salud haya de prestar a los internos penitenciarios. Esto es precisamente lo que ocurrió en el supuesto que termina dando lugar a la STS 222/2019, de 21 de febrero[7].

[4] En el caso de la asistencia especializada en régimen de hospitalización, se precisa su realización en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al centro penitenciario.

[5] La disposición concedía un plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la Ley para proceder a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía.

[6] RUIZ SÁENZ, A.: "¿Son los internos en instituciones penitenciarias titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública? Reflexiones en torno a la sanidad penitenciaria", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, 2014, pág. 222 y ss.

[7] STS 222/2019, de 21 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, rec. núm. 4544/2017.

La resolución judicial trae su causa en el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado, en la medida en que la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 8 de junio de 2017, desestimaba el recurso contencioso-administrativo deducido por la Administración del Estado frente a las liquidaciones de precios públicos giradas a Instituciones Penitenciarias por parte de los hospitales públicos del Servicio Madrileño de Salud en base a la asistencia dispensada a internos en centros penitenciarios de la Comunidad de Madrid.

Frente a la posición mantenida por dicha Comunidad Autónoma, según la cual el Ministerio del Interior es "tercero obligado al pago" de los precios públicos correspondientes, la Administración General del Estado, de la que los centros penitenciarios dependen, consideraba que la asistencia sanitaria a los presos debe prestarse por los servicios públicos de salud "en las mismas condiciones y aplicando el mismo procedimiento que se aplica al resto de ciudadanos", de manera que la facturación al Ministerio del Interior de los precios de la atención médica y hospitalaria dispensada a los internos en centros penitenciarios solo debe producirse "en los casos en que la Administración sanitaria compruebe que la persona afectada no tiene la condición de asegurado o beneficiario de la asistencia sanitaria pública"[8].

Las características a subrayar del caso concreto, y en torno a las cuales se centra en buena medida el debate judicial, son reconducibles a las siguientes: la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Madrileño de Salud era *especializada*, los internos beneficiados por dicha atención ostentaban la condición de *asegurados* –afiliados o beneficiarios– y *no* existía el convenio de colaboración aludido en el art. 207.2 del Reglamento penitenciario entre, en este caso, la Comunidad de Madrid y el Ministerio del Interior en materia de asistencia sanitaria en el ámbito penitenciario.

La argumentación empleada por la sentencia aludida parte del art. 208.2 del Reglamento Penitenciario, que dispone que las prestaciones sanitarias "se garantizarán en los centros penitenciarios con medios propios o ajenos concertados por la Administración penitenciaria". Al no distinguir entre atención primaria y asistencia especializada, la Sala interpreta que esta última también debe ser garantizada por Instituciones Penitenciarias, aunque sea con medios concertados. Se sostiene, así, que la normativa aplicable impone a la Administración penitenciaria garantizar a los internos en centros penitenciarios la asistencia sanitaria, sea con medios propios, sea con medios concertados. De esta forma, tal exigencia no permitiría diferenciar entre atención primaria y asistencia especializada para imputar solo el coste de la primera al Estado, pues la prestación de ambas constituye una obligación de la Administración penitenciaria. Como tampoco permitiría imputar el coste de la prestación a la Administración sanitaria por la sola circunstancia de que el paciente interno en una prisión gozase por sí mismo de los beneficios derivados de la afiliación a la Seguridad Social.

[8] El Abogado del Estado pretende la preferencia del art. 209.2 del Reglamento Penitenciario por el Sistema Nacional de Salud para la prestación de la asistencia sanitaria especializada a la población reclusa, al distinguir entre *atención primaria* –que se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciario o ajenos concertados– y *asistencia especializada* –que se asegurará preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud–.

Otro precepto controvertido –tanto que llega a ser invocado por ambas partes a su favor, naturalmente con interpretaciones opuestas– es el ya citado art. 207.2 del Reglamento penitenciario. Es precisamente su último inciso, referido el cálculo de la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria, del que se vale la Sala para interpretar que la necesidad de tener en cuenta a tales efectos el número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita, impuesta por el precepto reglamentario a quienes deban suscribir el convenio de colaboración, no significa que aquellos internos queden excluidos de la financiación o que el gasto de su asistencia haya de ser asumido íntegramente por la Administración sanitaria[9]. A mayor abundamiento, si tal exclusión fuera la que se deriva del precepto, no alcanza la Sala a entender –y así lo menciona expresamente– cómo el Ministerio del Interior ha sufragado, hasta el 31 de diciembre de 2014 y a tenor de convenios de colaboración suscritos sucesivamente con las administraciones sanitarias correspondientes, la asistencia especializada dispensada a todo tipo de reclusos por los Servicios de Salud competentes. Y es que este es otro de los motivos de reproche que esgrime la Sala. En efecto, consta que en los convenios que con anterioridad se habían suscrito entre la Comunidad de Madrid y el Ministerio del Interior se señalaba que éste, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, asumía con cargo a su presupuesto la asistencia sanitaria de los internos en los términos y forma de pago establecidos en las cláusulas cuarta y quinta del presente Convenio. En estas dos cláusulas se preveía un pago per cápita de quinientos euros, atendiendo a la "media real de internos" del ejercicio, sin distinguir si éstos tenían o no derecho, por sí mismos, a la asistencia sanitaria pública y gratuita. En concreto, y analizando el último de los convenios suscritos con la Comunidad de Madrid, se llega a advertir que Instituciones Penitenciarias abonaba a la Administración sanitaria madrileña "un pago capitativo de 500 euros para el año 2013", que se actualizaría en el año siguiente, y que partía de una retribución por preso a tenor de la "media real de internos en enero y febrero de 2013" –fijada en 8019 presos en centros penitenciarios–, sin que el convenio contuviese distinción alguna derivada de que el preso concernido ostentase o no la condición de afiliado a la Seguridad Social.

Por tanto, la STS 222/2019, de 21 de febrero, considera que el art. 207.2 del Reglamento Penitenciario llama a los convenios de colaboración a concretar la forma en la que la Administración penitenciaria ha de financiar la asistencia sanitaria prestada por las administraciones sanitarias[10]. Y, al hacerlo, el precepto no deja libertad a las dos administraciones concernidas para suscribir los convenios de colaboración, sino que exige el concierto para determinar la financiación a cargo de la Administración penitenciaria, que tendría la consideración de tercero obligado al pago –art. 83 LGS–. Luego la asistencia sanitaria especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios debe ser sufragada por Instituciones Penitenciarias aunque tales internos sean beneficiarios, afiliados o asegurados del Sistema Nacional de Salud. La Sala concluye, pues, la conformidad a Derecho de la exigencia por parte de los centros hospitalarios madrileños a Instituciones Penitenciarias del pago de la asistencia dispensada a toda su población reclusa, sin distinción

[9] Insiste la Sala en que si el Reglamento hubiera querido que dicho gasto fuera completamente ajeno a la Administración penitenciaria, el precepto no llamaría al convenio para fijar una retribución a cargo de Instituciones Penitenciarias, sino que la excluiría completamente, disponiendo que "la financiación que debe procurar el Estado solo va referida a la asistencia dispensada a quienes no están afiliados a la Seguridad Social".

[10] El mismo criterio se mantiene en la STS 223/2019, de 21 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, rec. núm. 5975/2017.

alguna dentro de ese colectivo de internos en función de que éstos gozaran o no de la condición de beneficiarios o asegurados.

### 2.2. La controversia de la solución adoptada

La solución alcanzada en la Sentencia comentada líneas arriba puede ser puesta en cuestión a la luz del art. 10 LCC, el cual dispone que la asistencia sanitaria del asegurado es responsabilidad financiera de la Comunidad Autónoma en que resida "de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica" y "sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago". En el presente caso, cabría poner en duda la concurrencia como tal de un tercero obligado al pago cuando la asistencia sanitaria la recibe un interno penitenciario que ostenta la condición de asegurado, teniendo en cuenta que es él quien recibe la prestación sanitaria y no la Administración penitenciaria y que, precisamente por tener la condición de "asegurado" se encuentra incluido en el Sistema Nacional de Salud, lo que le alejaría de la categoría de "tercero". Siendo así, no existiría óbice para defender que es la Administración sanitaria la que debería asumir la asistencia sanitaria especializada dispensada en los centros del Sistema Nacional de Salud a las personas con la condición de aseguradas, con independencia de su internamiento o no en establecimientos penitenciarios. Téngase en cuenta que la privación de libertad no descarta –no debería descartar–, la cobertura sanitaria con cargo al sistema público sanitario de cuantos reúnan dicha condición.

Que no es ésta una cuestión pacífica se demuestra con la lectura del Voto particular formulado en la sentencia, el cual llega a la conclusión contraria a la alcanzada en el fallo. En particular, sostiene que el importe de la asistencia sanitaria dispensada en centros sanitarios integrados en el Sistema Nacional de Salud a personas que son internos de establecimientos penitenciarios, pero son y conservan su condición de afiliados y beneficiarios en el Régimen General de la Seguridad Social, debe ser asumido por dicho Servicio público de Salud y no por la Administración penitenciaria. Se considera, así, que el criterio interpretativo debía haber acogido la diferenciación entre internos afiliados y beneficiarios en el Régimen General de la Seguridad Social y aquellos otros que no ostentan esa condición.

Según dicho Voto, el tan traído art. 207.2 del Reglamento Penitenciario parece admitir que la Administración penitenciaria sólo debe financiar la asistencia sanitaria que haya sido prestada a internos que merezcan la condición de pacientes privados del Sistema Nacional de Salud porque, en orden a calcular esa financiación, llama a tener en cuenta "el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita". El Voto particular resulta interesante porque sitúa el foco de atención en la categoría de paciente privado. En concreto, téngase en cuenta que, de conformidad con el art. 16 LGS, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud pueden acceder a los servicios sanitarios con esta consideración de pacientes privados, de modo que la facturación por atención de tales pacientes ha de ser efectuada por las respectivas administraciones de los centros, tomando como base los costes efectivos. Ingresos que ostentan la condición de propios de los Servicios de Salud. A estos efectos, las Administraciones Públicas que hayan atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tienen derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados –art. 83 LGS–.

Por su parte, el art. 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, insta a los servicios de salud a reclamar a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX. Entre los supuestos previstos en dicho anexo para la reclamación a los terceros obligados al pago del importe de las prestaciones sanitarias se contempla, a modo de cajón de sastre, "cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes" –letra c del apartado séptimo, referido a "otros obligados al pago"–. Es precisamente este último título el que, según la posición mantenida en el Voto particular, mejor sirve de fundamento a la obligación de pago en el caso que nos ocupa en estas páginas.

La condición de usuario privado del Sistema Nacional de Salud que ha de soportar la facturación que establece el artículo 16.3 LGS corresponde a todo sujeto jurídico que de cualquier forma resulta beneficiario de los servicios sanitarios prestados a título privado por el sistema público sanitario. De ahí que sea posible hablar de un usuario directo, que es la persona que recibe directamente la atención sanitaria; y de un usuario indirecto, que es el sujeto o entidad privada que, en virtud de una relación de esta naturaleza, asume el compromiso ante determinada persona de prestarle asistencia sanitaria y, ante la dificultad de poder cumplirlo, originada por cualquier circunstancia, deriva a ese paciente particular suyo al Sistema Nacional de Salud y solicita a este último que le sustituya en la dispensa de esa asistencia a la que se había comprometido con su paciente particular[11].

A juicio de este Voto discrepante, conviene distinguir, dentro de la asistencia sanitaria prestada en el Sistema Nacional de Salud, entre usuarios con derecho a la asistencia en los Servicios de Salud y pacientes privados. La LGS prevé la posibilidad de facturar a estos últimos el coste de los servicios recibidos. De este modo, la posibilidad de que la Administración penitenciaria y las administraciones sanitarias formalicen convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria invalidaría la regulación prevista en la legislación sanitaria. Así pues, se defiende que por lo que respecta a la asistencia sanitaria que por parte de la Administración penitenciaria se reclame en cualquiera de los centros del Sistema Nacional de Salud para internos no afiliados en el sistema de Seguridad Social, dicha Administración penitenciaria tiene la condición de usuario privado indirecto del Sistema Nacional de Salud y, en consecuencia, el correspondiente Servicio de Salud podría exigir y facturar el importe de la asistencia dispensada. *A sensu contrario*, el deber de asistencia sanitaria a los internos que, por encontrarse afiliados a un Régimen de la Seguridad Social, merezcan la condición de usuarios con derecho a la asistencia sanitaria de los Servicios de Salud, puede ser cumplido por la Administración penitenciaria trasladando a esos internos al correspondiente Servicio de Salud –art. 3.2 LOGP– y corriendo dicha asistencia sanitaria a cargo de este último.

[11] STS 170/2019, de 13 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, rec. núm. 2770/2017.

## 3. LA RECURRENTE PUGNA ENTRE EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA

### 3.1. El dilema competencial a la hora de determinar la Administración que debe asumir el coste de la asistencia prestada a los reclusos penitenciarios

Otra de las cuestiones dilucidadas en la STS 222/2019, de 21 de febrero, estriba en la determinación de la jurisdicción competente cuando se trata de identificar la Administración responsable de sufragar el coste de la asistencia sanitaria hospitalaria a internos de centros penitenciarios. En particular, se trata de dilucidar si el litigio debe ser resuelto por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo –al cuestionarse la legalidad de determinadas actuaciones de la Administración autonómica sometidas al Derecho Administrativo sin ejercicio en sentido estricto de las potestades en materia de Seguridad Social–, o bien corresponde al orden social, teniendo en cuenta que la cuestión litigiosa se relaciona con la asistencia sanitaria que reciben los internos en centros penitenciarios y que dicha asistencia ostenta la naturaleza jurídica de prestación de Seguridad Social[12].

Es cierto que los servicios prestados por los hospitales públicos a los internos en centros penitenciarios se encuadran en la más amplia categoría de prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y que, en virtud del art. 2.o) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –en adelante, LRJS–[13], asumiría la competencia la jurisdicción social. Sin embargo, esta reducción del recurso que resuelve la Sentencia comentada en este trabajo resultaría excesivamente simple, cuando no simplista. Procede, por tanto, descender al verdadero origen del conflicto, que radica en determinar qué Administración debe asumir el coste de la prestación dispensada, y no en decidir si los internos en centros penitenciarios son titulares o no del derecho a la asistencia sanitaria en el Servicio público madrileño.

En la naturaleza jurídica de la contraprestación exigida a los centros penitenciarios parece residir la clave para solucionar la cuestión. Como sostiene la Sala, el acto impugnado no puede estimarse un acto de la Administración autonómica dictado en ejercicio de sus funciones y potestades en materia de Seguridad Social, sino un acto tributario emanado del órgano económico-administrativo competente, en concreto, la Junta Superior de Hacienda de la Comunidad de Madrid. Y ello porque el coste del servicio prestado tiene naturaleza de precio público a tenor del texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de dicha Comunidad Autónoma y del Anexo I, letra E, del acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de julio de 1998 por el que se aprueba el catálogo de servicio susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos. La contraprestación por la asistencia sanitaria dispensada a presos de centros penitenciarios que se encuentran afiliados a la Seguridad Social debe entenderse como un precio público[14], en la medida en que dicha contraprestación pecuniaria satisface el

[12] RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Comares, Granada, 2016.

[13] Por su parte, el art. 3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, excluye que correspondan al orden jurisdiccional contencioso-administrativo "las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública".

[14] El art. 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, dispone que "tendrán la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la *(...)*

servicio prestado por hospitales incluidos en la red pública sanitaria y en régimen de Derecho público.

De ahí que la sentencia termine por descartar la aplicación del art. 2.s) LRJS, entendiendo que los actos impugnados en el proceso no han sido dictados en materia de Seguridad Social, sino en ejercicio de las potestades administrativas de la Administración autonómica en materia tributaria. En efecto, en el caso concreto, no estaba en discusión quiénes pueden solicitar asistencia sanitaria en cualquiera de los centros que integran el Sistema Nacional de Salud y, más concretamente, si tal asistencia pueden recibirla los afiliados a cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad en el marco de la acción protectora del Sistema. La polémica, por el contrario, giraba en torno a identificar la Administración responsable de hacerse cargo de la contraprestación por la atención hospitalaria dispensada a los reclusos penitenciarios.

### 3.2. Un recorrido por otros supuestos igualmente conflictivos

#### 3.2.1. El personal estatutario

A pesar de que el art. 45.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 otorgara la competencia en la materia relativa al personal estatutario al orden jurisdiccional social, la jurisprudencia y un amplio sector doctrinal venían poniendo en cuestión su procedencia[15]. El asunto no era en modo alguno simple, toda vez que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud –en adelante, EM–, en ningún momento hace referencia al fuero jurisdiccional competente, de forma que se asistía a una notoria disparidad de criterios judiciales, en concreto entre los Tribunales Superiores de Justicia[16]. Fue tras las SSTS de 16 y 21 de diciembre de 2005, cuando el Tribunal Supremo derogó implícitamente el art. 45.2 LGSS de 1974, al estimar que la competencia corresponde en su totalidad al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, basándose fundamentalmente en el novedoso argumento legal que emergía del art. 1 EM y la consiguiente catalogación de la relación del personal estatutario como funcionarial especial.

Semejante conclusión puso fin a la dualidad jurisdiccional que imperaba hasta entonces en el conocimiento de la materia, dado que, de la atribución competencial expresa y genérica al orden social contenida en la LGSS de 1974, se habían ido sustrayendo a favor del contencioso diversas cuestiones concernientes a la provisión de vacantes, el ejercicio de la potestad reglamentaria, la convocatoria de concursos abiertos y permanentes, la impugnación

realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados".

[15] De "anomalía discutible y disfuncional" se tachaba la competencia jurisdiccional social en DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: "El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003, pág. 28. En el mismo sentido, véase MONTOYA MELGAR, A.: "El personal estatutario de las instituciones sanitarias: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud", en AA. VV.: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 117 y 118, autor que estimaba "de discutible fundamento" la atribución del grueso de los conflictos del personal estatutario a la jurisdicción social.

[16] Véase BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A.: "El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2005", *Iuslabor*, núm. 1, 2006.

de acuerdos relativos al baremo aplicable en los concursos, la impugnación de resoluciones en materia de adjudicación de plazas, el régimen disciplinario y la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria[17]. Se asistía, según se colige, a un panorama competencial incoherentemente bifurcado entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, lo que dificultaba en muchas zonas de fricción la determinación del debido cauce a seguir.

Con ánimo de poner fin a lo que constituía una auténtica "esquizofrenia competencial", el alto tribunal alegó que "la claridad y contundencia de los arts. 1 y 2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud no deja, ya, la menor duda respecto al carácter funcionarial de dicho Personal Estatutario y, por ende, de la incompetencia de este Orden Jurisdiccional Social para conocer y resolver las pretensiones litigiosas planteadas por el mismo", declarando consecuentemente la competencia a favor de la jurisdicción contenciosa en aras de "lograr la obligada seguridad jurídica y, al propio tiempo, la unidad de criterio jurisprudencial". La ausencia de derogación formal del art. 45.2 LGSS de 1974 no supuso óbice jurídico-positivo alguno en el planteamiento jurisprudencial, puesto que, según el Tribunal Supremo, "por más que no se contenga una disposición derogatoria expresa del antiguo artículo 45.2 de la vieja Ley General de Seguridad Social, la amplitud derogatoria que contiene la Disposición única dictada al efecto, al decir que quedan derogadas o se considerarán, en su caso, inaplicables cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta Ley, es de por sí suficiente para entender derogado definitivamente dicho precepto de la Ley General de Seguridad Social y, con ello, la atribución al orden jurisdiccional social de la competencia para conocer de todos los litigios suscitados por el personal estatutario al servicio de la Seguridad Social"[18].

En todo caso, la solución alcanzada es, cuando menos, objetable. Y lo es desde la doble perspectiva de la técnica y de la argumentación jurídica empleada. Lo cierto es que no deja de ser discutible el papel asumido por el Tribunal Supremo en tales pronunciamientos. La derogación de una norma como la referida no parece cometido integrado en el ámbito de competencias del órgano jurisdiccional, por lo que no es arriesgado afirmar que el órgano jurisdiccional se excedió en su cometido hermenéutico. En efecto, resulta cuestionable que el intérprete judicial proceda a llevar a cabo de forma tácita lo que el legislador, en cuanto agente competente a estos efectos, no ha procedido a hacer expresamente[19]. Este razonamiento adquiere aún más consistencia si se tiene en cuenta que, curiosamente, la versión definitiva de la Ley 55/2003 eliminó la derogación explícita que del precepto en concreto se acometía en la disposición derogatoria del anteproyecto del texto legal, de lo que no cabe sino extraer la intención legislativa de preservar la cuestión competencial tal y como se hallaba asentada desde 1974. A su vez, el informe que sobre dicho anteproyecto elaboró el Consejo General del Poder Judicial el 29 de abril de 2003 concede todo el protagonismo en la tarea derogatoria a la instancia legislativa, al señalar que "para evitar lo que se ha dado en

[17] Un detenido análisis de este juego competencial "dislocante" en GARCÍA PIQUERAS, M.: *El régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1996, págs. 131-140.

[18] STS de 21 de diciembre de 2005.

[19] Consúltese BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A., loc. cit. En contra GARCÍA PIQUERAS, M., op. cit., pág. 110, para quien "es función del juez, no sólo la interpretación de la ley en sentido estricto, sino que su actividad hermenéutica ha de estar presidida por un serio sentido integrador del ordenamiento jurídico, logrando coherencia entre normas diferentes".

llamar *peregrinaje de jurisdicciones*, la solución definitiva se halla en manos del legislador", concluyendo que "es el legislador quien puede zanjar tales disquisiciones, lo que es saludable más que nada desde el punto de vista de la seguridad jurídica". Si ni la LGSS ni la redacción final del EM privaban de virtualidad al artículo controvertido, ni de forma expresa ni implícita, no existía materia de la que extraer desde sede judicial una pretendida voluntad derogatoria.

El hecho de que el art. 45.2 LGSS de 1974 incorporase el inciso "sin perjuicio de la relación estatutaria" era un buen indicador de que, en virtud de dicha naturaleza estatutaria, sería la contenciosa la jurisdicción competente. Luego si ya en aquel momento se estimaba la condición administrativa impregnada en dicha relación, el EM no altera de ningún modo el estado de las cosas y, consecuentemente, la solución competencial al respecto podría haber seguido siendo la misma imperante entonces. En otros términos, no hubo remoción de circunstancias que justificase el cambio de criterio[20], pues recuérdese que desde los años noventa era jurisprudencia consolidada la consideración de esta relación como funcionarial especial. La declaración legal expresa en ese sentido desde el EM –uno de los argumentos en que el Tribunal Supremo sustentó su conclusión– no introdujo realmente modificación alguna en la situación precedente.

### 3.2.2. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

La responsabilidad patrimonial de la Administración también ha reproducido durante largo tiempo la disputa competencial entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, disputa que el silencio normativo no hizo más que vivificar, y a la que se unían las reivindicaciones al respecto por parte del orden civil.

En concreto, el conocimiento de la cuestión por parte de la jurisdicción civil se apoyaba en la vis atractiva de la misma (arts. 9.2 y 85 LOPJ), así como en la elusión de la división de la continencia de la causa y, con ella, de pronunciamientos judiciales contradictorios en supuestos de demandas conjuntas frente a sujetos privados y a la Administración sanitaria. A partir de la consideración de la relación del paciente con la Administración como de Derecho privado, el orden jurisdiccional civil entraba a conocer de tales cuestiones, de forma que, "como el particular no podía ser demandado ante la jurisdicción contenciosa, bastaba demandar junto con la Administración a un particular más o menos relacionado con el daño, y con más razón si se trataba de un empleado público, para posibilitar la intervención de la jurisdicción civil"[21]. Por su parte, el orden contencioso-administrativo se basaba en la responsabilidad patrimonial estatal como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, mientras que los órganos jurisdiccionales sociales alegaban el encuadre de la asistencia sanitaria en la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Completaba el rompecabezas la jurisdicción penal, asumiendo competencia en materia de responsabilidad civil derivada de delito.

[20] Véase MEANA PÉREZ, S.: "Aspectos procesales del sistema sanitario: principales puntos críticos", en AA.VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007, págs. 464-467.

[21] MARTÍN REBOLLO, L.: "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 1, 2001, pág. 10.

Este delirante panorama competencial provocaba no escasas situaciones de desigualdad toda vez que cada jurisdicción aplicaba un régimen jurídico sustantivo diferente, originándose soluciones que distaban considerablemente de un caso a otro[22]. No fue hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –en adelante, LJCA–, cuando se generalizó la competencia del orden contencioso en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. El texto legal consagró la unidad jurisdiccional orientada a poner fin a la desconcertante dispersión competencial recién aludida y, con ella, al tantas veces denunciado "peregrinaje jurisdiccional". No en vano, tal y como rezaba su Exposición de Motivos, se aspiraba a garantizar la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos supuestos en que la responsabilidad derivase de la comisión de una infracción penal. El art. 2.e) de la norma se expresa en términos tajantes cuando atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones atinentes a "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

El avance fue decisivo, dado que no sólo se esclarecía legalmente por vez primera la competencia de la jurisdicción contenciosa al respecto, sino que, además, se cortaron "todas las escapatorias que pudieran permitir a la jurisdicción civil o social entrar en tales asuntos"[23]. En efecto, con la vigente regulación, se desterraron aquellos supuestos en los que con anterioridad se había demandado a la Administración ante el orden social[24], así como aquellos en los que habían concurrido la Administración y el personal sanitario en el orden civil.

Por su parte, el art. 9.4 LOPJ atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de "las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive", precisando que "si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva". Por tanto, la aparición en escena de agentes privados, no es óbice para que las responsabilidades se depuren igualmente al amparo de la jurisdicción contenciosa.

La vía civil quedó, en definitiva, reservada a los supuestos de daños derivados de la asistencia sanitaria provista en el ámbito privado, ya que la entrada en juego de los servicios

[22] Véase VIEITES PÉREZ, C.: "Responsabilidad administrativa: la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria", en AA.VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 1201.

[23] REBOLLO PUIG, M.: "La reclamación de la indemnización", en AA.VV.: *La responsabilidad patrimonial de la administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Quintana López, T. (Dir.) y Casares Marcos, A. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 88.

[24] El criterio en el que se sustentaba la competencia del orden social, concretado en la relación de Seguridad Social en que se circunscribe la asistencia sanitaria, es superado por el relativo a la categoría de servicio público que reviste el ente responsable de la dispensación de las prestaciones médicas. GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 24.

públicos de salud justifica de inmediato la competencia del orden contencioso-administrativo, imposibilitándose el ejercicio de la acción civil frente a la persona jurídica de la Administración. Por tanto, y según se advierte, el contencioso emerge en el orden hegemónico en la materia, toda vez que es el único competente para conocer de las pretensiones dirigidas a enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, bien cuando ésta sea la única demandada o bien cuando lo sea junto con particulares.

### 3.2.3. La denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida

El ordenamiento jurídico excluye formalmente, desde 1995, la denegación injustificada como supuesto con entidad propia de reintegro de gastos. Sin embargo, no es ésta postura pacífica en la doctrina científica ni en la jurisprudencia, subsistiendo no escasas opiniones empecinadas en su persistencia, sea de forma autónoma –bien vía responsabilidad civil del 1101 del Código Civil, bien vía responsabilidad patrimonial de la Administración– o bien sólo en cuanto reconducible a la urgencia vital. Por razones obvias, lo anterior tiene repercusiones en la determinación del orden jurisdiccional competente.

La doctrina mayoritaria apuesta por la admisión de la denegación injustificada como supuesto de reintegro de gastos sólo en tanto en cuanto sea encuadrable bajo el título de urgencia vital y las demás prerrogativas que su definición reglamentaria impone[25]. Lo cual no resulta en modo alguno infrecuente pues, ya se sabe, "los supuestos de urgencia vital y denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura"[26]. Por tanto, si en el contexto de una denegación injustificada y como consecuencia de la misma se deriva una situación de extrema emergencia para el paciente, procede el reintegro de los gastos que le acarreó el recurso a los servicios sanitarios privados. A la luz de este razonamiento, se adivina en la reforma operada un propósito normativo concretado en la extensión de la hegemónica fórmula relativa a la urgencia vital, subsumiendo en ella el supuesto de la denegación injustificada. En otros términos, la urgencia vital quedaría como el supuesto al que habrían de reconducirse los demás para generar derecho al reintegro de gastos médicos. *A sensu contrario*, si la denegación se produce de manera inconexa con aquélla, no genera el derecho al reintegro, si bien constituirá un flagrante supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos (arts. 106 CE), y con él, dará lugar a la correspondiente articulación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, tendente a reparar o compensar por vía económica los perjuicios causados con esa denegación de la asistencia a la que se tenía derecho.

Por su parte, la doctrina de suplicación se mueve entre la denegación de la asistencia como supuesto de reintegro sin más, su vigencia sin especificación del régimen jurídico consiguiente y, por último, su subsistencia, si bien remitida a la responsabilidad patrimonial

[25] AZAGRA SOLANO, M.: "El reintegro de gastos sanitarios: cómo, cuándo, por qué", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 9, 2011; ROMÁN VACA, E.: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 78; y CANTERO RIVAS, R. y ESTÁN TORRES, M. C.: *El reintegro de los gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1998, pág. 13 y ss.

[26] STS de 16 de noviembre de 2009, Sala de lo Social, Sección Primera, rec. núm. 4426/2008 (FD 3º.).

de la administración sanitaria[27]. Así, en determinados pronunciamientos, los Tribunales Superiores de Justicia se posicionan a favor de la vigencia en exclusiva del supuesto de la urgencia vital, rechazando pues la validez de la denegación injustificada para justificar el recurso a la técnica del reintegro. En términos tajantes se expresa el TSJ de Madrid cuando sostiene que "en la actualidad el único supuesto de posible reintegro por gastos médicos producidos en centro ajeno a la Seguridad Social es la referida asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, habiendo dejado de serlo la denegación injustificada de asistencia o su equiparable error de diagnóstico, que lo eran al amparo del art. 18 RAS (Decreto 2766/1967)" y advierte que "con ello no queremos decir que los beneficiarios se hallen indefensos frente a estos defectos en la asistencia, sino que la acción a ejercitar no puede ser la del reintegro por atención médica privada (única formulada en autos), sino la que vaya orientada a imponer la obtención de la prestación en los centros oficiales o a una posible indemnización; supuesto este último cuya competencia escaparía al orden jurisdiccional social". Por tanto, según esta línea interpretativa, cuando la denegación de asistencia no resulte subsumible en el supuesto de la urgencia vital[28], no cabe ser conocida por la jurisdicción social vía reintegro de gastos, sino que competería al orden contencioso-administrativo en la modalidad de responsabilidad extracontractual derivado del funcionamiento anormal del servicio sanitario.

Lo cierto es que son cada vez más numerosas las declaraciones de incompetencia de los órganos de lo social en este ámbito, al concebirlo como un supuesto de daños y perjuicios[29]. A esta posición se adhiere la doctrina del Tribunal Supremo[30] que, superando su criterio anterior, mantiene que en la actualidad ha desaparecido "la denegación injustificada de la asistencia como causa expresa –legal– de reintegro".

Ahora bien, la postura anterior, lejos de ser unánime, se enfrenta con posicionamientos contrarios que evidencian que la desaparición de la alusión expresa en la normativa a la denegación injustificada no dejó cerrado el debate. Así pues, no escasean los pronunciamientos judiciales que consideran la denegación injustificada como uno de los supuestos con acceso directo al reintegro[31]. En concreto, la protección de la salud constituye la idea motriz de la que parte el TSJ de Castilla y León para incluir, entre los supuestos en los que cabe legal y jurisprudencialmente el recurso a medios ajenos al sistema público de salud, aquellos "coincidentes con situaciones de urgencia vital, denegación injustificada de asistencia o prestación de ésta de forma inadecuada o ineficaz, ya por error diagnóstico ya por pautarse extemporáneamente, ya por realizarse con técnicas inoperantes"[32].

[27] DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., loc. cit., págs. 15 y 16.

[28] STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2010, Sala de lo Social, Sección Tercera, rec. núm. 3389/2010 (FD 2º.).

[29] Con contundencia, la STSJ de Galicia de 20 de julio de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera, rec. núm. 1581/2009 (FD 3º.), señala que "en la actualidad sólo cabe tal reintegro, y por la vía del ejercicio de la acción ante la jurisdicción social, en el supuesto de urgencia vital, derivando el conocimiento del otro supuesto (denegación injustificada) a la vía contenciosa-administrativa".

[30] SSTS de 4 de julio de 2007, Sala de lo Social, Sección Primera, rec. núm. 2215/2006.

[31] SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de julio de 2008, Sala de lo Social, Sección Primera, rec. núm. 3235/2007; de Madrid de 16 de junio de 2008, Sala de lo Social, Sección Tercera, rec. núm. 5238/2007; y de Canarias de 27 de mayo de 2005, Las Palmas, Sala de lo Social, Sección Primera, rec. núm. 1492/2002.

[32] Sentencia de 15 de julio de 2008, Valladolid, Sala de lo Social, Sección Primera, rec. núm. 662/2008 (FD único).

Según se colige, la denegación de la asistencia sanitaria debida constituye tradicional peón en el juego de ajedrez entre el orden social y el contencioso, de modo que siguen concurriendo pronunciamientos judiciales en un sentido y otro que no hacen sino fomentar una dualidad jurisdiccional con consecuencias en nada intrascendentes. En efecto, el conocimiento de tales supuestos tanto por órganos jurisdiccionales de lo social, en base a la articulación de la técnica del reintegro –y, por tanto, contenido de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social–, como del contencioso-administrativo, que lo reputa como daño indemnizable a través del instituto de la responsabilidad patrimonial, deriva en una indeseable divergencia que propicia una fuerte inseguridad jurídica. La llamada a la racionalidad resulta a todas luces imperiosa. Y, desde luego, el camino a seguir en este sentido no puede ser otro que el marcado por la doctrina del Tribunal Supremo, que proporciona todos los elementos para dar por zanjada la disputa[33]. En efecto, el Alto Tribunal ha insistido en que el apartado e) del art. 2 de la LJCA introdujo una importante novedad en la delimitación competencial entre el orden social y el orden contencioso-administrativo en la materia de reintegro de gastos sanitarios por asistencia sanitaria fuera del Sistema Nacional de Salud, de manera que los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en cuanto constituyen "un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción". Por su parte, y a la luz del mismo precepto, compete a la jurisdicción contencioso-administrativa "el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario".

En definitiva, la solución más acertada, por su fidelidad con la normativa vigente y su coherencia con la jurisprudencia sentada al respecto, reside en considerar que la denegación injustificada de asistencia habilita el reintegro de gastos únicamente en aquellos supuestos en que su articulación converge en una situación de urgencia vital. De no ser así, el art. 2.e) LJCA remite al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso lo que constituye un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños y perjuicios causados por la caprichosa negativa de la asistencia sanitaria debida.

## 4. CONCLUSIONES FINALES

Compete a la Administración penitenciaria garantizar la asistencia sanitaria de los reclusos, que ha de ser de carácter integral y orientada tanto a la prevención como a la curación y a la rehabilitación. En particular, el modelo diseñado por la legislación penitenciaria se corresponde fielmente con el previsto en la legislación sanitaria con carácter general, al prever dos niveles de atención: primaria y especializada. La atención primaria se dispensa con medios propios de la Administración penitenciaria –o ajenos concertados por la misma–, mientras que la especializada debe asegurarse, "preferentemente", a través del Sistema Nacional de Salud, tal y como prescribe el art. 209 del Reglamento Penitenciario.

Por su parte, el art. 207.2 del texto reglamentario se refiere a la posibilidad de suscribir acuerdos por parte de las administraciones concurrentes a través de la formalización

[33] STS de 25 de noviembre de 2003, Sala de lo Social, rec. núm. 4238/2002 (FD 3º.).

de los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria entre la Administración penitenciaria y las administraciones sanitarias. En estos convenios se deben definir los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración penitenciaria de la asistencia "mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita". Este último inciso, en torno al cual gira buena parte de la argumentación empleada en la STS 222/2019, de 21 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, no significa que en defecto de convenio la obligación de asumir ese gasto sea de la Administración sanitaria. Al contrario, el Tribunal Supremo sostiene que la mención que contiene este precepto al número de internos en instituciones penitenciarias que se encuentren afiliados a la Seguridad Social sólo se refiere a la forma en que se ha de calcular la cuantía que ha de abonar por esta asistencia la Administración penitenciaria en el caso de que se formalicen convenios de colaboración. En este importante pronunciamiento, el alto tribunal viene a resolver el problema suscitado en la determinación de la Administración responsable de hacerse cargo de la contraprestación por la atención hospitalaria dispensada a los reclusos penitenciarios. Y lo hace concluyendo que la prestación sanitaria especializada efectuada en centros hospitalarios que no dependen de la Administración penitenciaria, sino que están integrados en el Sistema Nacional de Salud, debe ser pagada por aquélla *en todo caso*. Así pues, la Administración penitenciaria ha de asumir la responsabilidad de sufragar la asistencia sanitaria que preste a los internos con medios propios o ajenos –en este último supuesto, como tercero obligado al pago–, con independencia de que aquéllos tengan o no la condición de beneficiarios o afiliados a la Seguridad Social.

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo

# The worker's action in cases of temporary disability: the aggravation or delay in the healing process or the evidence of the worker able to work as extinguishing causes. The theory of disability or illness as a cause comparable to disability: discrimination and absenteeism

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
*PROFESOR AYUDANTE DOCTOR*
*DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSIDAD DE GRANADA*

SARA GUINDO MORALES
*CONTRATADA PREDOCTORAL FPU DEL MECD*
*DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSIDAD DE GRANADA*

**Resumen**

Este trabajo de investigación tiene por objeto analizar las posibilidades extintivas de las diferentes actuaciones del trabajador en situación de incapacidad temporal y los supuestos de agravamiento o retraso en el proceso de curación imputadas a él mismo o la evidencia de que se encuentra apto para desempeñar sus funciones. También acometemos un análisis de la corriente doctrinal y jurisprudencial sobre la teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad. Destacamos que durante el desarrollo de este artículo realizamos una serie de propuestas *de lege data* y *de lege ferenda*.

**Palabras clave**

Incapacidad; temporal; extinción; discapacidad; enfermedad

**Abstract**

The purpose of this research work is to analyse the extinctive possibilities of the different actions of the worker in a situation of temporary incapacity and the cases of aggravation or delay in the healing process attributed to him or the evidence that he is fit to carry out his functions. We also undertake an analysis of the doctrinal and jurisprudential current on the theory of disability or illness as a cause comparable to disability. We emphasize that during the development of this article we made a series of proposals *of lege data* and *lege ferenda*.

**Keywords**

Disability; temporary; extinction; disability; disease

*Fecha Recepción: 12-9-2019 – Fecha Revisión: 11-10-2019 – Fecha Aceptación: 23-10-2019*
*Pags. 69-91*

## 1. INTRODUCCIÓN: ACTIVIDADES DEL TRABAJADOR EN INCAPACIDAD TEMPORAL QUE PUEDEN TRANSGREDIR LA CONFIANZA DEL EMPRESARIO

Para el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante y para simplificar, TRLGSS), la incapacidad temporal es aquella situación en la que se encuentra el trabajador mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo –artículo 128.1.a) LGSS–. La incapacidad temporal es causa de la suspensión de la relación laboral que exime al trabajador de la obligación de trabajar, pero no del correcto cumplimiento del resto de las obligaciones[1].

Incapacidad temporal que se encuentra encaminada a obtener la reparación de la salud y, por ende, a la no realización de actividades o conductas que supongan un agravamiento de la enfermedad o una dilación en el proceso de curación debiendo de tenerse presente la buena fe contractual que debe gobernar e inspirar la relación de trabajo. Durante la situación de incapacidad laboral, el trabajador no percibe salarios sino las prestaciones sustitutivas de los mismos, consistentes en un subsidio calculado sobre las bases cotizadas. Por tanto, cada ocupación o actividad realizada durante la situación de incapacidad temporal ha de ser tratada y resuelta según las circunstancias específicas de cada caso concreto, valorando si la consumación de dicha acción, sea laboral o lúdica, ocasional o frecuente, por cuenta propia o ajena, retribuida o gratuita, comporta el agravamiento o retraso en el proceso de curación o evidencia la aptitud del trabajador apto para trabajar[2].

El fundamento de la situación se origina porque siendo la incapacidad temporal una causa de suspensión del contrato de trabajo, el trabajador ejercita actividades durante la misma pudiendo incurrir en transgresión de la buena fe, lo que justificaría la extinción de la relación laboral por despido disciplinario.

Pero la jurisprudencia no mantiene una posición uniforme lo que permite localizar tendencias distintas: en unos casos, se entiende que trabajar durante la situación de incapacidad temporal es causa de despido indistintamente de las circunstancias del caso; en otros supuestos, se valora la posibilidad de desarrollar actividades no laborales, eventuales, no remuneradas y de carácter lúdico; en otras situaciones, se opta por realizar un análisis detallado de las circunstancias concretas: intención del trabajador, naturaleza del trabajo y enfermedad padecida con objeto de confrontar si esa actividad puede suponer una prolongación del proceso curativo o conlleva defraudación a la Seguridad Social en caso de que el trabajador fuera apto para volver a desempeñar su trabajo. Esto es lo que procedemos a investigar y analizar en el texto que hoy desarrollamos.

[1] ORTEGA LOZANO, P. G.: "El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 978.

[2] TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Dapp, 2010, p. 140.

## 2. CORRIENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

En virtud de lo expuesto detectamos las siguientes corrientes judiciales en supuestos en los que el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal como causa de suspensión de la relación laboral[3]:

1) Una corriente doctrinal estricta y rigurosa, en virtud de la cual, quedaría prohibida la realización de cualquier actividad, sea o no laboral, pues se entiende que con un comportamiento de este tipo se defrauda a la Seguridad Social y al empresario, dificultando y obstaculizando la propia recuperación del trabajador.

Las actividades realizadas por el trabajador que está impedido para consumar la prestación laboral a la que contractualmente viene obligado tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato constitutiva de incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador que justifica su extinción por la decisión del empresario[4].

Aplicando la doctrina a que se ha hecho mención es posible que las actividades realizadas no supongan un perjuicio para la sanación del trabajador, pero dichas actividades sí denotan el engaño u ocultación que permite considerar infringida la buena fe contractual que debe presidir la relación laboral[5]. Con su actuar de esa forma pone de manifiesto que "*ya no está inhabilitado para ocupar su puesto de trabajo, o, por lo menos, no guarda el debido tratamiento médico, que siempre será de reposo, aunque la enfermedad sea leve, y así puede impedir su curación o prolongar la enfermedad*" abusando de la "*confianza depositada en él por la empresa que, naturalmente, ha de confiar en que el trabajador enfermo, tan pronto esté en condiciones de efectuar su trabajo, se reincorpore a su puesto*" sin tener "*que seguir abonando las cotizaciones a la Seguridad Social*" o poder suplir "*al trabajador contratado para sustituirle, y de esa forma evitar el pago del salario a éste*"[6].

De acuerdo con esta posición jurisprudencial el trabajador que se encuentra impedido para desarrollar la actividad laboral "*tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, máxime cuando su forzada inactividad le es compensada económicamente con fondos públicos*"[7]. Es más: "*resulta irrelevante la clase de trabajo que hubiera desarrollado en aquella situación, que por definición supone estar impedido para trabajar*"[8]. El incapacitado temporal debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, taxativas de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que "*en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de*

[3] ALBIOL MONTESINOS, I.: "El despido disciplinario", en Albiol Montesinos, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 939 y 940. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia,* Navarra, Aranzadi, 1997, pp. 65 y ss.
[4] STS 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6455].
[5] STSJ Comunidad Valenciana 3 de febrero de 2005 [JUR 2005, 111872].
[6] STS 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4630].
[7] STS 10 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2365].
[8] STS 9 de febrero de 1985 [RJ 1985, 623].

*algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir*"[9]. Es tan evidente esta doctrina que "*bastaría que en una sola ocasión el trabajador en situación laboral de incapacidad transitoria realizase trabajos ajenos a la empresa para la procedencia del despido*"[10].

2) Una segunda creencia judicial consiente que durante la situación de incapacidad temporal solo se permite la realización y el desarrollo de actividades no laborales, eventuales, no remuneradas y de carácter lúdico, siempre que no fueran contradictorias con la enfermedad padecida.

En actividades no laborales la doctrina se desplaza del anterior criterio jurisprudencial: como regla general se analizarán las circunstancias del caso concreto atendiendo a la naturaleza de la enfermedad a la hora de calificar el despido. Al ser la actividad del trabajador en estado de incapacidad temporal externa al ámbito laboral, sí puede atenuarse la sanción del despido cuando no exista *"simulación de la enfermedad y la actividad, carente de dimensión laboral, no suponga ningún peligro para la curación*" o "*se trate de actividades recomendadas médicamente como terapéutica ocupacional*"[11].

Así, el trabajador que estando en situación de incapacidad temporal participa en *"un partido de fútbol, actividad de evidente exigencia física, claramente contraindicada con la causa de la baja en que estaba inmersa (cervicalgia y lumbalgia); y elementales pautas de conducta imponen al productor la obligación de cuidar el curso de la enfermedad y, puesto que se encuentra en situación de incapacidad temporal para trabajar, debe de abstenerse de desarrollar cualquier otra actividad que sea incompatible con la enfermedad que determinó aquella, siendo claro que la referida actividad deportiva no favorecía en modo alguno su recuperación, antes bien únicamente podría provocar un empeoramiento de sus padecimientos, con lo que se pospondría la obtención del alta médica; a ello ha de unirse que no parece que el desempeño de su actividad laboral le exigiera mayor esfuerzo o requerimientos físicos que la práctica de tal actividad deportiva, y que si tenía aptitud para ésta debía tenerla también para aquella, y si el impedimento había cesado venia obligada a ponerse a disposición de la empresa; fuera como fuere, su conducta supone una trasgresión de la buena fe contractual, dejando de cumplir con las reglas de la buena fe y diligencia (artículo 5.a) ET), lo que supondría un incumplimiento contractual grave y culpable*"[12].

3) Un tercer grupo de sentencias entienden necesario el estudio individual del caso concreto al argumentar que solo es desleal e ingrato trabajar en situación de incapacidad temporal cuando con la realización de la actividad se evidencia la aptitud para el trabajo en el que se está dado de baja o contraviniendo las indicaciones médicas.

No puede considerarse causa justa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza la realización de actividades durante la situación de incapacidad laboral cuando tales actividades, en atención a las circunstancias concurrentes y en especial a la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, no son

[9] STS 12 de julio de 1990 [RJ 1990, 6102].
[10] STSJ Canarias/Las Palmas 15 de enero de 1993 [AS 1993, 5].
[11] STSJ Galicia 10 de enero de 1992 [AS 1992, 217].
[12] STSJ Castilla y León/Valladolid 21 de febrero de 2005 [JUR 2005, 91336].

susceptibles de perturbar el proceso de curación, ni evidencian la aptitud laboral de trabajar con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa[13]. Cuando un trabajador en baja "*por depresión*" realiza "*trabajos de cavar, arrancar piedras, recoger piedras, sembrar, picar suelo*", no se considera dicha conducta constitutiva de causa de despido al considerarse que la misma no implica "*deslealtad y fraude a la empresa, al existir, certificado médico acreditativo"* de que *"dicha enfermedad no exigía reposo absoluto, siendo, por el contrario conveniente el ejercicio físico*". La misma solución se adopta con "*un trabajador, que estando de baja por enfermedad padeciendo depresión endógena*" se traslada a "*otra población, en distintas fechas, para impartir como profesor lecciones en un curso de comercio exterior*", estimándose "*como improcedente el despido, por la misma causa*". Cuando un trabajador sufre "*depresión endógena*" y realiza "*trabajos de asesoramiento o supervisión, en un puesto de castañas de su esposa, durante dicho período*", también se considera improcedente el despido al poder invocarse similar doctrina[14].

En cambio, es procedente el despido del trabajador de baja por lumbago que se desplaza de un lugar a otro en una "*vespino*", actividad totalmente desfavorable para su enfermedad[15]. Es justificada la extinción del contrato de trabajo del empleado que "*disputó partidos de frontenis de unos 50 minutos, con gran ardor y con intervención incluso de un anotador de tantos*", lo que evidencia que "*la aludida actividad deportiva exigía mayor esfuerzo físico y repercutiría más desfavorablemente en la rodilla*" que su "*habitual actividad laboral*"[16]. O quien "*hallándose en baja laboral, con diagnóstico de lumbalgia*", participa en "*pruebas físicas para cubrir plazas de Policía Local*", en concreto: "*a) de velocidad, consistente en una carrera de cincuenta metros, debiendo los hombres alcanzar una marca mínima de siete segundos y cuatro décimas y las mujeres ocho segundos y siete décimas; b) de resistencia, consistente en una carrera de dos mil cuatrocientos tres metros, debiendo alcanzar los hombres una marca mínima de diez minutos y veintidós segundos y las mujeres catorce minutos y cincuenta y ocho segundos, y c) de potencia muscular, consistente en un salto vertical, debiendo los hombres alcanzar una marca mínima de cuarenta y nueve centímetros y las mujeres de treinta y nueve centímetros*", superándose las citadas pruebas que constatan y evidencian el buen estado físico del trabajador en baja[17]. O quien "*teniendo un problema en el hombro derecho, durante tres días, entrena a un equipo de fútbol y no lo hace de manera pasiva, limitándose a dar órdenes orales, sino que participa activamente en el entrenamiento; transporta un pack de 6 botellas plásticas de agua mineral; chuta en varias ocasiones*", lo que evidencia que estas "*actividades son incompatibles con la clínica que motiva su incapacidad permanente total y contraindicadas para su curación*"[18]. En suma, "*la realización de trabajos durante la incapacidad temporal, siempre que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación*"[19].

Los criterios jurisprudenciales sobre esta materia pueden quedar resumidos de la siguiente forma: a) Si el trabajador en situación de incapacidad laboral realiza actos

[13] STS 2 de junio de 1987 [RJ 1987, 4103].
[14] STS 14 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8224].
[15] STS 13 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1559].
[16] STS 4 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7516].
[17] STSJ Andalucía/Sevilla 31 de octubre de 1994 [AS 1994, 4012].
[18] STSJ Tenerife 11 de mayo de 2017 [JUR 2017, 223402].
[19] STSJ País Vasco 9 de diciembre de 2008 [JUR 2009, 305866].

contrarios al tratamiento médico o demostrativos de que ya estaba curado, está defraudando tanto a la empresa como a la propia Seguridad Social, por lo que la prestación de servicios por cuenta ajena o propia, e igualmente la realización por el trabajador de cualquier otra actividad, determinan la concurrencia de causa justa de despido. b) La situación de baja por incapacidad laboral no impide al trabajador el hacer vida normal o de desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico que no perjudiquen o retrasen su curación. No toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido sino sólo aquella que dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidenciar la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa. Lo esencial es determinar si la actividad desarrollada por el trabajador en la situación de incapacidad laboral transitoria a la vista de las circunstancias concurrentes, en concreto, la naturaleza de la enfermedad y las características de la ocupación, pueden perturbar la curación del trabajador o evidenciar que se encuentra perfectamente capacitado para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo[20]. En suma, cada caso ha de ser tratado y resuelto según sus particulares circunstancias y con atención especial al factor humano.

La razón de la calificación de procedencia del despido disciplinario del trabajador –se construya la valoración jurídica desde la doctrina jurisprudencial de prohibir cualquier tipo de trabajo; la de realización y el desarrollo de actividades no laborales; o la que examina las circunstancias del caso– es la siguiente: la privación de la prestación laboral del empresario junto a una conducta desleal dañosa. El trabajador actúa de forma desleal porque la finalidad de la baja es la pronta recuperación del trabajador en el más breve plazo posible –siguiendo las recomendaciones médicas– ocasionando un perjuicio al empresario, a los propios trabajadores de la empresa obligados a suplir el trabajo del que se encuentra en situación de incapacidad laboral y a la Seguridad Social porque quien así actúa se lucra de fondos públicos[21].

Nuestros tribunales no han conservado una postura uniforme cuando el trabajador en situación de incapacidad laboral realiza trabajos o desarrolla actividades no laborales. No obstante, en la actualidad el criterio flexible o gradualista prevalece a la hora de valorar esta justa causa de despido: sólo un análisis detallado de la enfermedad padecida, la actividad desarrollada, el tratamiento médico recomendado y cualquier otra circunstancia importante pueden determinar si la conducta del trabajador en situación de incapacidad temporal reúne la suficiente gravedad para hacerle acreedor de la sanción de despido[22]. Toda la anterior doctrina puede resumirse con el vigente criterio de valoración: "*el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación en su situación de incapacidad para el trabajo*"[23].

[20] STSJ Cataluña 2 de marzo de 2005 [AS 2005, 1208].
[21] STS 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4630].
[22] AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 1997, pp. 74 y 76.
[23] STS 22 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7095], STS 29 de enero de 1987 [RJ 1987, 177], STSJ País Vasco 25 de abril de 2006 [AS 2006, 1778] y STSJ País Vasco 4 de abril de 2017 [JUR 2017, 170886].

Al respecto, los tribunales vienen estimando el despido procedente en los siguientes supuestos: quien siendo abogado por cuenta propia y simultáneamente dirigiendo el departamento jurídico de una empresa, en el estado de incapacidad temporal desarrolla la actividad de abogado por cuenta propia sin que la empresa sea informada al respecto[24]; el de quien alegando –para causar baja– que no podía conducir automóviles conduce reiteradamente su propio vehículo[25]; el de quien de baja "*por ansiedad relacionada con su ambiente laboral*" trabaja "*de forma regular en el negocio*" de su esposo[26]; el de quien encontrándose de baja por contractura muscular cervical trabaja en el establecimiento de su propiedad realizando tareas similares a las que debía realizar en su propio puesto de trabajo[27]; quien debiendo guardar reposo físico conduce un vehículo, transporta cajas de tomates, carga cubos de agua, traslada alpacas para ganado y recoge frutos de los árboles[28]; quien debiéndose abstener del alcohol frecuenta bares consumiendo bebidas alcohólicas[29]; o el de quien con padecimientos en cervicales, cuello, mareos y vértigos sale de caza transportando la escopeta[30].

Sin embargo, el despido no ha sido considerado procedente en los siguientes supuestos: el trabajador de baja médica que realiza actividad física y psíquica porque "*la enfermedad padecida no exigía un reposo absoluto*", por lo que aquellas actividades, "*ni son incompatibles con su enfermedad, ni acreditan aptitud para su trabajo*"[31]; el despido de quien está de baja por un cuadro ansioso depresivo y durante la baja "*cursa estudios universitarios*"[32]; ni el de quien de baja por estrés laboral en dos contadas ocasiones atiende en su propia consulta de acupuntura[33]; o quien padece problemas cervicales y realiza tareas nada forzadas con talante de notoria calma[34]; o el de quien con lesión en la mano por accidente realiza actividades normales de la vida diaria tales como conducir[35].

En ocasiones la culpabilidad del trabajador puede debilitarse por la situación de la empresa o por el estado subjetivo del propio trabajador. Respecto a la situación de la empresa, la falta de rigor y control por parte del propio empresario excusa al trabajador que incurre en falta de diligencia[36]; o el impago empresarial de la prestación de incapacidad temporal ubica al trabajador de baja en una situación de necesidad económica que le lleva a realizar justificadamente trabajos durante aquélla[37]. En relación al estado subjetivo del trabajador existen patologías y anomalías psíquicas que pueden reducir el dominio o capacidad de la propia conducta por parte del trabajador: al respecto es conveniente que el estado de trastorno psíquico del trabajador sea comunicado al empresario[38]. Si el empresario

[24] STSJ Cataluña 10 de abril de 2003 [AS 2003, 1426].
[25] STSJ Castilla-La Mancha 3 de abril de 2003 [AS 2003, 3326].
[26] STSJ País Vasco 29 de abril de 2003 [JUR 2003, 151153].
[27] STSJ Murcia 7 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276095].
[28] STSJ Andalucía/Granada 2 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 250417].
[29] STSJ País Vasco 10 de junio de 2003 [JUR 2003, 190156].
[30] STSJ Murcia 20 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276717].
[31] STSJ Cataluña 19 de mayo de 2003 [JUR 2003, 160801].
[32] STSJ País Vasco 6 de mayo de 2003 [JUR 2003, 160801].
[33] STSJ Cataluña 25 de junio de 2003 [AS 2003, 2520].
[34] STSJ Asturias 13 de junio de 2003 [JUR 2003, 255493].
[35] STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de junio de 2003 [JUR 2003, 178207].
[36] STSJ País Vasco 24 de octubre de 2000 [JUR 2001, 44966].
[37] STSJ Canarias/Las Palmas 1 de septiembre de 1992 [AS 1992, 4249].
[38] GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 205.

conoce el desorden psíquico del trabajador, el comportamiento constitutivo de transgresión de la buena fe contractual puede quedar disculpado por la patología que padece: cuando la patronal conociendo los trastornos psíquicos del trabajador que determinaron su baja laboral *"no toma las precauciones a las que venía convencionalmente obligada y que tenía a su alcance tras su reincorporación al trabajo*", aunque el hecho de que el trabajador "*se quedase dormido es reprochable, o puede considerarse como una transgresión de la buena fe contractual*", la empresa *"conocía o debía de haber conocido que tal hecho podía suceder al trabajador en el estado psíquico en el que se encontraba, y pese a ello no obró en consecuencia*"[39].

Al hilo de lo anterior, también localizamos supuesto problemáticos que tienen que ver con la incapacidad temporal: nos referimos ahora a aquellos casos en los que, finalizada la incapacidad del trabajador y reincorporado el mismo a la empresa, se produce una disminución en el rendimiento de su trabajo. En estos casos, hay dos maneras de justificar la disminución del rendimiento: una objetiva y otra subjetiva. Los tribunales justifican las disminuciones de los rendimientos bajo circunstancias objetivas o extrínsecas en fundamentos como los siguientes (y que ciertamente poco tienen que ver con la incapacidad del trabajador): evolución económica o comercial del sector[40]; cambios estructurales en la empresa –por ejemplo, la introducción comercial en una nueva zona[41]–; la variación de las condiciones de trabajo impuestas por la empresa[42]; causas circunstanciales o coyunturales que ocasionan disminución general de ventas en un sector[43]; la concurrencia en el mercado con otras empresas de la competencia[44]; la escasez de medios de trabajo[45]; las restricciones que la propia empresa le ha venido imponiendo al trabajador en la realización de su actividad[46]; la pérdida de un importante cliente de la empresa[47]; o el impago de salarios por la empresa[48]. Del mismo modo, y que ya sí tienen que ver con la incapacidad del trabajador, los tribunales justifican las disminuciones de los rendimientos bajo circunstancias subjetivas o intrínsecas, en fundamentos como los siguientes: no haber concluido el período de tiempo destinado al aprendizaje[49]; situaciones anómalas o patológicas –por ejemplo, dependencia a opiáceos[50]–; estado depresivo por padecimientos físicos entre períodos de baja por incapacidad temporal[51]; enfermedad diagnosticada por depresión mayor[52]; por depresión endógena recurrente[53]; o cefaleas y depresiones[54].

Por último, estando el trabajador en situación de incapacidad temporal también puede ser objeto de despido por varias causas incluida –obviamente– la vía tácita. La situación más

[39] STSJ Madrid 28 de marzo de 1999 [AS 1999, 611].
[40] STSJ Cataluña 12 de junio de 2002 [AS 2002, 2684].
[41] STSJ Madrid 23 de febrero de 2001 [AS 2001, 1333].
[42] STSJ País Vasco 24 de octubre de 2000 [JUR 2001, 44965].
[43] STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de junio de 1999 [AS 1999, 6163].
[44] STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de mayo de 1999 [AS 1999, 2283].
[45] STSJ Comunidad Valenciana 16 de marzo de 2001 [AS 2001, 3160].
[46] STSJ Cataluña 12 de enero de 1999 [AS 1999, 309].
[47] STSJ Murcia 9 de julio de 2002 [JUR 2002, 227404].
[48] STSJ Andalucía/Sevilla 20 de mayo de 1992 [AS 1992, 6513].
[49] STSJ Castilla y León/Burgos 11 de febrero de 2002 [AS 2002, 339].
[50] STSJ País Vasco 18 de diciembre de 2001 [AS 2002, 1240].
[51] STSJ Cataluña 13 de marzo de 2002 [AS 2002, 1572].
[52] STSJ Cataluña 3 de abril de 1997 [AS 1997, 1398].
[53] STSJ Castilla y León/Burgos 10 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 259968].
[54] STSJ Castilla-La Mancha 30 de diciembre de 1992 [AS 1992, 6318].

común es aquella en la que, otorgada el alta médica al trabajador, éste habrá de presentar una copia del parte médico solicitando su inmediata reincorporación al trabajo[55]. El desconocimiento de estas obligaciones por parte del trabajador puede ser considerado como abandono –dimisión tácita– o faltas de asistencias al trabajo que pueden justificar un despido disciplinario o sanción menor. Pero cumplimentadas las obligaciones en tiempo y forma e intentada sin éxito la reincorporación, lo cierto es que puede existir despido del empresario por actos expresos o tácitos siendo la negativa del empleador la fecha en la que comenzará a transcurrir el plazo de caducidad[56].

## 3. LA TEORÍA DE LA INCAPACIDAD O ENFERMEDAD EQUIPARABLE A DISCAPACIDAD: PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*Y PROTECCIÓN POR CIRCUNSTANCIAS BIOLÓGICAS

El artículo 17.1 ET prohíbe las discriminaciones del trabajador por razón de "*discapacidad*". En este mismo sentido, el artículo 4.2.c) ET condena que los trabajadores puedan "*ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*".

Inicialmente, parece que resulta inviable asemejar, a estos efectos, el concepto de enfermedad –situación contingente de alteración de la salud– con el de discapacidad –situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial que altera de forma permanente las condiciones de vida de los discapacitados–[57]. Parece claro que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples[58]. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Sin embargo, los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen, en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades[59]. De modo que las causas que justifican la tutela antidiscriminatoria de los discapacitados no se atribuyen a los enfermos.

No obstante, si la causa real del despido es el pronóstico duradero y posterior de la capacidad de trabajo, el despido deberá de ser calificado *de lege data* como discriminatorio por motivo de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE. Al hilo de lo anterior, el TJUE ha estimado recientemente que el concepto de discapacidad –en el sentido de la

[55] *Vid.* ausencias por enfermedad o accidente en el epígrafe "*situaciones específicas legales o convencionales*".

[56] Para mayor abundamiento, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 124 y ss.

[57] STJUE 11 de julio de 2006, asunto *Chacón Navas*, C-13/05 [TJCE 2006, 192]: "*una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad*". En esta sentencia, para el TJUE, no existe discapacidad cuando la trabajadora fue despedida tras un período de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración, ya que debe distinguirse la enfermedad de la discapacidad, sin que la primera sea objeto de protección discriminatoria.

[58] *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea,* núm. 57, 2018, *passim.*

[59] STS 22 de enero de 2008 [RJ 2008, 1621].

Directiva 2000/78/CE– debe entenderse como referido a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores[60]. Pero el TJUE, aun cuando ha evitado todo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los derechos –de la cuestión prejudicial que en su momento se planteó por el Juzgado de lo Social de Barcelona[61]–, sí que se refiere a la posibilidad de que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal sea nulo en referencia a si la limitación que padece el trabajador es duradera: "*entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*"[62].

No se trata de que todo despido por enfermedad suponga una vulneración de derechos fundamentales o tenga carácter discriminatorio, sino de entender que un despido de un trabajador en IT que sufre una enfermedad cualificada –en los términos de la doctrina del TJUE[63]–, sea merecedor de la calificación de nulidad con todas sus consecuencias lógico-jurídicas y no improcedente –lo que comporta una tutela débil que se reconduce fácilmente al despido *ad nutum* indemnizado–[64].

Es de significar que las últimas sentencias no establecen que un despido por motivo de enfermedad tenga un carácter discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78/CE, la cual, hace referencia a la discapacidad y no a la enfermedad sin más: en esa perspectiva cualquier despido en IT no puede considerarse una suerte de discapacidad temporal a efectos de la referida directiva antidiscriminatoria. Pero sí consagra un criterio de asimilación/equiparación a la discapacidad de enfermedades duraderas o de larga duración con lo que se constituye una suerte de ampliación del concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria que es la finalidad de la directiva[65].

Y estas enfermedades de larga duración asimiladas a la discapacidad deberán ser verificadas por el juez nacional competente atendiendo al conjunto de indicios que permitan una prueba indiciaria de que en el caso de autos se sobrepasa la enfermedad incapacitante y se entra en el ámbito de la enfermedad discapacitante. La larga duración, la enfermedad crónica y las situaciones en que la enfermedad constituye un factor de segregación o estigmatización socio-laboral serán –en sí– elementos determinantes para asimilar la

[60] STJUE 9 de marzo de 2017, asunto *PetyaMilkova*, C‑406/15 [TJCE 2017, 78].
[61] STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3].
[62] STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto *M. Daouidi*, C‑395/15 [TJCE 2016, 308].
[63] STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, C-270/16 [TJCE 2018, 3].
[64] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 58.
[65] MONEREO PÉREZ, J.L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 863.

enfermedad a la discapacidad[66]. Y, entonces, si concurre ese presupuesto de causalidad ilícita o antijurídica tan sólo cabe que el despido sea calificado nulo de pleno derecho[67].

Y dando un paso más, a través del desarrollo de la teoría de la "*enfermedad equiparable a discapacidad*", el despido se considerará discriminatorio –con la consecuencia jurídica de la nulidad–, por un lado, en aquellos supuestos de incapacidad en los que no se presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo –en otros términos, que sea una patología cuya expectativa de reversibilidad sea incierta–; y, por otro, también será discriminatorio cuando se advierta que dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona al trabajo –duradero o suficientemente prolongada en el tiempo–. Sin embargo, consecuencia de las recientes resoluciones del TJUE, la carga de la interpretación judicial recaerá sobre el juzgador que deberá valorar y aclarar información médica del supuesto concreto, lo que, en efecto, dará lugar a resoluciones contradictorias y a su consecuente inseguridad jurídica[68]. Circunstancias que tendrán que ser valoradas al momento en el que el trabajador ha sido despedido –pues puede encontrarse en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera[69]– y no en el estado en el que el empleado puede encontrarse en el momento de celebración del juicio o al dictarse la sentencia.

Creemos que hay que tomar en consideración la doctrina del TJUE relativa a la concepción ampliada de la discapacidad en cuanto concepto de relevancia comunitaria y que abarca a enfermedades de larga duración y a las enfermedades de carácter crónico –aunque no hayan sido formalmente declaradas–[70]. Estos trabajadores con enfermedades asimiladas a discapacidad disfrutan del estatuto-jurídico protector antidiscriminatorio que se hace extensivo a la prohibición del despido basado en la discapacidad, incluidas las garantías para el despido y las medidas de ajuste razonable del trabajo.

Más allá de ello –y manteniendo ese criterio– cabe decir que, después de todas estas consideraciones sobre la interconexión entre despido e incapacidad temporal, a lo mejor sería oportuno sin más declarar nulos los despidos sin causa de un trabajador en IT. Y esto no sería irrazonable porque la situación es suspensiva y no hay un pronóstico sobre la evolución del trabajador; además, la salud es un derecho fundamental y tendría a su favor la seguridad jurídica para ambas partes. Transcurrida la IT se verá entonces la situación de la capacidad del trabajador, con independencia de que sea o no calificado de incapacitado permanente en alguno de sus grados. Y, en relación a ello, no es infrecuente que el trabajador que se reincorpora presente disfuncionalidades que pueden mermar su capacidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo. He aquí donde puede entrar en juego las obligaciones de adaptación y los ajustes razonables garantizados legalmente para las

[66] STJUE 18 de diciembre de 2014, asunto *FagogArbejde (FOA),* C‑354/13 [TJCE 2014, 367] y STJUE 11 de abril de 2013, asunto *Ring* (*HK Danmark)*, C‑335/11 y C‑337/11 [TJCE 2013, 122].

[67] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 71 y 72.

[68] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La "cosificación" del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea,* núm. 57, 2018, pp. 15 y 16 (recurso electrónico).

[69] STSJ Cataluña 12 de junio de 2017 [AS 2017, 1417].

[70] STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3] y STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto *M. Daouidi*, C‑395/15 [TJCE 2016, 308].

personas discapacitadas –lo que no ocurre para los que no tengan esa consideración jurídica, lo que coloca a los enfermos no discapacitados pero con enfermedades crónicas o recurrentes en una especial posición de debilidad–[71].

Lo aconsejable *de lege ferenda* sería ampliar o extender la obligación de adaptación del trabajo respecto a todos los trabajadores tras una IT, siempre que ello no suponga un coste excesivo para la empresa –como se consagra en la Directiva 2000/78/CE, en el Real Decreto Legislativo 2/2013 para los discapacitados, y en la LPRL respecto a los riesgos de personas especialmente sensibles–.

En definitiva, consideramos que cuando el despido del trabajador se produzca durante una suspensión del contrato de trabajo por IT debería declararse nulo por encontrarse ante una situación suspensiva de la relación laboral. E igualmente cuando el despido devenga posteriormente a una situación de incapacidad temporal legalmente acreditada también debería de calificarse nulo –salvo procedencia del mismo–. En otros términos: ampliar esa especial protección que ya existe en determinadas circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas, eliminando la posibilidad de declarar la improcedencia del despido y aplicando solo dos posibles calificaciones jurídicas: o la procedencia del mismo o su nulidad[72].

Con esta finalidad sería suficiente introducir un nuevo apartado en los artículos 53.4) ET, 55.5 ET y 108.2 LRJS –referidos a las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas– que especificara la expresa nulidad del despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal o el despido de los mismos inmediatamente tras su reincorporación en la empresa –reiteramos, a excepción de que se acreditara la procedencia del mismo–.

## 4. ENFERMEDAD, DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD Y DESPIDO POR ABSENTISMO: LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Para el Tribunal Constitucional[73], no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las "*otras circunstancias o condiciones personales o sociales*" contemplada en el mismo. En efecto, para el Tribunal Constitucional la enfermedad puede constituir un factor de discriminación cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada; o cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quien la padece. Lo anterior al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

[71] MONEREO PÉREZ, J.L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 876.

[72] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La "cosificación" del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea,* núm. 57, 2018, p. 16 (recurso electrónico).

[73] STC 62/2008, de 26 de mayo [RTC 2008\62].

No parece coherente que la propia Constitución Española proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia –siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (artículo 15 CE), el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (artículo 40 CE), el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE) y el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE)– y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo[74].

En relación a la inclusión de la enfermedad en el término de discapacidad, la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C−335/11 y C−337/11[75], se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando es "*atribuible total o parcialmente a su discapacidad*", ya que "*un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad*" y, por tanto, una normativa nacional "*puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78*". En suma, "*la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo... si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad... cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente*".

Esto anterior es justo lo que resuelve el TSJ de Galicia, en fecha de 22 de diciembre de 2015, al declarar la nulidad del despido objetivo –absentismo– sustentándose en discriminación indirecta por motivos de discapacidad: "*en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo. En consecuencia, el precepto estatutario puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad*". Concretamente este supuesto trataba sobre una trabajadora que padece una enfermedad crónica –patología crónica degenerativa–: "*cambios degenerativos en columna lumbar, con afectación espóndilo-discal e interapofisaria. Hernia discal paramedial derecha L3-L4*", lo que dio lugar a reiteradas

[74] STSJ Canarias/Las Palmas de fecha 25 de enero de 2011 [AS\2011\216].
[75] Conocida como doctrina Ring.

bajas de escasa duración[76]. Por tanto, con esta sentencia comienza a admitirse la existencia de discriminación indirecta por razón de enfermedad equiparable a discapacidad.

Sin embargo, frente al fallo de la sentencia del TSJ Galicia, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que es estimado por el Tribunal Supremo en fecha 21 de septiembre de 2017[77] y que declara el despido procedente –y no nulo–. En el asunto que resuelve el Tribunal Supremo las faltas de asistencia tuvieron como causa la enfermedad común con los siguientes diagnósticos: "*dolor en el trapecio los del mes de febrero, bronquitis y sinusitis los de abril, gastroenteritis en octubre y sin diagnósticos los días transcurridos entre el 15 y el 15 de noviembre manifestándose la dolencia en forma de pérdida de conocimiento*". Es decir: el Tribunal Supremo no interpreta estas causas inhabilitantes como causas derivadas de discapacidad o de enfermedades equiparables a discapacidades declarando, por tanto, procedente el despido. Por ello, resuelve el Tribunal Supremo lo siguiente: "*ni por referencia a las previsiones del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho mención y en parte reproducido, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que asentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante por lo que el recurso deberá ser estimado*".

Entre medias de la sentencia del TSJ de Galicia y su revocación por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2017, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2016[78]. De acuerdo con esta última sentencia: "*a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*". Por tanto, "*el despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita*". Esta última sentencia –aun cuando desestima la petición efectuada por el empleado despedido– sí que nos permite localizar la denominada "*doctrina Ring*" y el análisis de la enfermedad equiparable a discapacidad[79]. Es decir: esta sentencia mantiene en el fondo la interpretación tradicional, pero matizándola en atención a la doctrina establecida por el TJUE. En efecto, y pese a su fallo, el Tribunal Supremo ya opera, como era de esperar, tomando en consideración el criterio del TJUE.

Y en relación a la cuestión prejudicial planteada en el caso Ruiz Conejero, si esta última sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2016[80], considera que la IT

[76] STSJ Galicia de fecha 22 de diciembre de 2015 [AS\2016\385]. *Vid.* STSJ Cataluña de fecha 9 de diciembre de 2014 [AS\2015\892], STSJ Andalucía/Sevilla 23 de marzo de 2010 [AS\2010\1061] y STSJ Cantabria 30 de julio de 2008 [AS\2008\2603].

[77] STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4307].

[78] STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].

[79] STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C‑335/11 y C‑337/11.

[80] STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].

que no deriva de la situación de discapacidad solo permitirá declarar el despido procedente o improcedente, *a sensu contrario*, si la IT es consecuencia de la discapacidad –aun cuando la discapacidad no haya sido comunicada al empleador por no existir tal obligación– el despido deberá ser declarado nulo.

Específicamente se establece en la sentencia del TJUE de fecha 18 de enero de 2018, asunto C−270/16, Ruiz Conejero, lo siguiente: "*los citados Servicios Médicos llegaron a la conclusión de que tales problemas tenían su origen en las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de la discapacidad del Sr. Ruiz Conejero"*. Pero también establece el TJUE que reconocer como de discapacitado a efectos del Derecho nacional, no significa que esa persona tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, lo que, a nuestro juicio, y teniendo en cuenta los diferentes conceptos de discapacidad en su dimensión amplia, es evidente que sí lo es.

Y la conclusión final ha venido dada por la sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca de fecha 7 de marzo de 2018[81] (Juzgado que planteó la cuestión prejudicial). En esta sentencia se estima que el art. 52.d) ET contiene discriminación indirecta en vinculación al cómputo de las ausencias provocadas por procesos de incapacidad temporal que deriven o se encuentren vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de una discapacidad, lo que da lugar a declarar la nulidad del despido. Fallo del Juzgado de lo Social que ha sido ratificada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 10 de abril de 2019[82]: "*la Sala coincide con la conclusión de la sentencia de instancia, en el sentido de que los medios establecidos para la consecución de este objetivo no se consideran adecuados yendo más allá de lo necesario en relación con el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad pues contemplando supuestos de exclusión del cómputo de las ausencias al trabajo aún justificadas por motivos razonables, incluso alguno en los que ocasionalmente pudieran ampararse personas con discapacidad, lo cierto es que no incluye ninguna exención en el cómputo de los días de ausencia motivados por la discapacidad del trabajador, lo que determina, como en el caso del Sr. Maximiliano, que las ausencias consecuencia de dicha discapacidad sean equiparadas a las derivadas de la simple enfermedad de un trabajador no discapacitado, cuando el trabajador discapacitado, por razón de esta condición tiene un mayor riesgo de estar de baja por una enfermedad derivada de su discapacidad. La consecuencia de todo ello, como concluye la sentencia referida, es que la aplicación de una norma aparentemente neutra cuya justificación legítima es la de luchar contra el absentismo laboral y disminuir los costes empresariales derivados del mismo discrimina a los trabajadores con discapacidad en relación con los trabajadores que no la tienen, pues la regulación establecida para reducir el absentismo laboral en dicho precepto no ha tomado en consideración que su aplicación puede causar a los trabajadores con discapacidad un perjuicio mayor que al resto de los trabajadores porque aquellos por razón de su capacidad soportan un riesgo mayor de sufrir bajas o ausencias en el trabajo como consecuencia de enfermedades derivadas de su discapacidad*".

[81] Juzgado de lo Social de Cuenca 7 de marzo de 2018 [AS 2018\513].
[82] STSJ de Castilla-La Mancha 10 de abril de 2019 [AS 2019\1425].

Concluimos (al igual que así lo estableciéramos antes de dictarse las citadas sentencias[83]) que las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades equiparables a la discapacidad o consecuencia de la propia discapacidad del trabajador –aunque la discapacidad no haya sido previamente comunicada al empresario (como ocurre en el asunto Ruiz Conejero)–, no podrán ser objeto de despido, ni deben ser computadas a efectos del artículo 52.d) ET al derivar de la "discapacidad" en la dimensión comunitaria y amplia del término[84]; lo contrario daría lugar a la nulidad del despido. Todo lo anterior con el objetivo o la finalidad de evitar el efecto de "*cosificar*" al trabajador: en otros términos, emplear al trabajador como una máquina o instrumento que cuando se avería debe ser cambiada.

## 5. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: COMUNICACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LOS PROCESOS POR INCAPACIDAD Y CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL DESPIDO

Analizaremos ahora varias cuestiones de relevancia jurídica consecuencia de la situación de incapacidad temporal en el trabajo.

Respecto a la carga de la prueba cuando no se asiste al trabajo, debemos referirnos a que, así como la carga de probar la ausencia del trabajador la soporta el empresario, ha de ser el empleado el que acredite su posible justificación o exculpación[85]. Conviene tratar el tema relativo a la permisible justificación de inasistencias o impuntualidades a cargo del trabajador desde dos perspectivas: la perspectiva material o de fondo y la perspectiva formal o procedimental. La primera –la perspectiva material o de fondo– consiste en probar la justificación con la que se le habilita al trabajador para ausentarse del trabajo; en otros términos, una causa verdadera y no voluntaria que imposibilita al empleado desarrollar la actividad –v.gr., una incapacidad temporal–; la segunda –la perspectiva formal o procedimental– comprende los actos de tramitación por los que el trabajador se encuentra habilitado para disfrutar de su derecho a ausentarse del trabajo; en otros términos, dar noticia de esta causa a la empresa y, a ser posible, con carácter previo a la falta de asistencia[86]. Este carácter formal constituye un deber de buena fe que posibilita al empresario la adopción de medidas organizativas pertinentes con las que poder suplir la falta del empleado[87].

En las ausencias por enfermedad o accidente hacer mención al artículo 45.1.c) ET, en virtud del cual, el contrato de trabajo podrá suspenderse por *"incapacidad temporal de los trabajadores*"[88]. Esta suspensión del contrato no precisa de mayores requisitos formales que

[83] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La "cosificación" del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, *passim*.

[84] *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C., "Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring", en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, *passim*.

[85] STSJ Castilla y León/Burgos 11 de marzo de 2003 [JUR 2003, 145586].

[86] GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 124.

[87] TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Dapp, 2010, p. 111.

[88] *Vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 124 y ss.

su debida comunicación (en tiempo y forma) al empresario[89], de modo que éste tenga conocimiento, en tiempo razonable, del motivo de la ausencia y, en su caso, de disponer la organización del trabajo[90] y, por consiguiente, la sustitución del trabajador ausente[91]. A tales efectos se le reconoce al empresario –artículo 26.4 ET– facultades de control y verificación de dicha causa de ausencia, pudiendo comprobar, en consecuencia, la veracidad de los extremos alegados, lo cual, queda perfectamente acreditado con la presentación de los propios partes de baja médica y posteriores partes de confirmación que a su vez forman parte del deber que la normativa de la Seguridad Social impone al trabajador a los efectos de la acción protectora que dicho sistema dispensa.

Pero la enfermedad no libera al trabajador de la obligación de ponerla en conocimiento del empresario: la omisión por el trabajador de la obligación de remitir a la empresa los partes de baja y confirmación justificativos de la enfermedad podrán estimarse falta grave[92]. Ahora bien, los trabajadores no tienen atribuida la facultad de decidir unilateralmente si sufren una enfermedad que les impide trabajar y que justifica su falta de asistencia al trabajo[93]. La situación de incapacidad laboral –y por ende, de ausencia al trabajo por enfermedad o accidente– dependerá de la correcta presentación de los partes y posterior confirmación de la baja médica[94]: "*no se debate en momento alguno que el despido se haya basado en razones de indisciplina o inobediencia, sino en la falta de justificación de las ausencias, que ya habían sido justificadas a través del parte de baja y subsiguientes partes de confirmación de la baja médica, expedidos en ambos casos, y como es lógico y necesario, por los Servicios Públicos de Salud*"[95].

Lo que justifica la ausencia del trabajador es su efectiva situación de incapacidad para trabajar junto al cumplimiento de la condición necesaria de conocimiento y posibilidad de control por parte del empresario. Una solicitud tardía de la baja médica y de la prestación de la Seguridad Social no justifica el despido del trabajador en casos en los que el empresario tuviera un mínimo conocimiento de la enfermedad del empleado[96]: la empresa estableció "*una medida excesiva, sin tener en cuenta la grave situación de enfermedad del concurrente, de la que tuvo puntual noticia*" e "*impuso una sanción desproporcionada, a un trabajador, por su demora en gestionar la baja, por lo que no alcanzaría la conducta del mismo la gravedad suficiente para justificar un despido, cuando no ha existido perjuicio para la patronal*", más teniendo en cuenta que "*a través de tan dilatada relación laboral, el*

[89] ORTEGA LOZANO, P. G.: "El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 975 y ss.

[90] ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: "Organización del trabajo, cualificación y clasificación profesional", en Escudero Rodríguez, R. (Coord.) *et al*: *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Cinca, 2008, pp. 364 y ss. Para mayor abundamiento, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: *Las estructuras profesionales: mito y realidad en los sistemas de clasificación profesional*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2002, *passim.*

[91] CRISTÓBAL RONCERO, R.: "Despido y abuso de derecho en el marco de la suspensión del contrato de trabajo. STSJ Canarias/Las Palmas, de 4 abril 2017 (AS 2017, 470)", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, pp. 261 y ss.

[92] STSJ Cataluña 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2438].

[93] STSJ Aragón 14 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3526].

[94] STSJ Madrid 12 de diciembre de 2014 [JUR 2015, 42484].

[95] STSJ Cataluña 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2438].

[96] GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: "Las causas justas de despido disciplinario", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 127.

*trabajador ha demostrado plenamente su fidelidad a la empresa y ha respondido a la confianza en él depositada, obviando la empresa toda la historia común y la obligación de buena fe que en virtud de la misma ha de presidir su actuación, procediendo sin más al despido, al primer incumplimiento del trabajador, propiciado por la grave enfermedad que padece*"[97].

La concesión de la baja médica otorga al trabajador legitimidad para poder ausentarse del trabajo por el período de permanencia de dicha baja, de forma tal que por ninguno de los días de duración de la baja puede considerarse que exista la obligación de trabajar. Pero lo dicho no es óbice para que el trabajador cumpla con la exigencia de comunicar formalmente la baja al empresario[98]. Al respecto, el artículo 7 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, establece que "*en el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición de los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, el trabajador entregará a la empresa la copia destinada a ella*". Sin embargo, el incumplimiento de esta norma no puede justificar el despido del trabajador, siendo hoy totalmente válida la doctrina jurisprudencial que considera que esta desobediencia no es generadora –ni creadora– de la sanción de despido[99].

Al hilo de lo anterior, el Tribunal Supremo ha fundamentado dicha doctrina en la siguiente construcción jurídica: el despido disciplinario solo podrá aplicarse "*si el trabajador ha observado, en el cumplimiento de los deberes que le son exigibles, una acción u omisión reprochable, que sea grave y culpable, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en aquélla, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la conducta atribuida al trabajador se dan, o no*". Más en concreto, "*las faltas de asistencia al trabajo (como las de puntualidad) no operan como causa de despido objetiva y automáticamente, sino que han de ser analizadas en su realidad, en el momento que se han producido y con los efectos que causan*". La acreditación tardía ante el empresario de la situación de incapacidad laboral transitoria determinada por enfermedad común ha venido siendo considerada como "*una falta no generadora de la sanción de despido. Hay una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo: luego la inasistencia no es voluntaria, por lo que no puede ser grave, ni culpable*" porque "*si los hechos son ciertos en cuanto a la enfermedad, el retraso en cursar los partes facultativos constituirá una infracción de tipo administrativo, pero no puede enervar y destruir lo que es realidad constatada*"[100].

Construcción jurídica que resulta totalmente aplicable a simples retrasos en la puesta en conocimiento al empresario de los partes de confirmación[101], pero no en supuestos en los

[97] STSJ Cataluña 29 de enero de 2003 [JUR 2003, 55624].
[98] GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 127.
[99] Doctrina totalmente asentada en nuestros tribunales: STSJ Baleares 16 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 127040] y STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de junio de 2002 [AS 2002, 2210].
[100] STS 31 de octubre de 1988 [1988, 8189].
[101] STSJ Andalucía/Málaga 30 de enero de 2003 [AS 2003, 1366] y STSJ Comunidad Valenciana 18 de enero de 2001 [AS 2001, 1604].

que los retrasos sean de varias semanas o meses[102], en donde los tribunales suelen estimar la procedencia del despido disciplinario[103]. La justificación de esta decisión se fundamenta en la negligencia del empleado: el trabajador pudiendo fácilmente comunicarse con la empresa, incumple y desobedece su deber de información; o en casos en los que el empresario permanece durante un período de tiempo extenso sin información ni conocimiento del motivo de la inasistencia al lugar de trabajo[104].

La concesión de alta médica al trabajador permite al empresario poner fecha de terminación a la suspensión del contrato por incapacidad temporal[105]. La situación es inmediata e inminentemente ejecutiva, lo que conlleva la obligación por parte del trabajador de reincorporarse a su puesto de trabajo[106], cesando la suspensión del contrato con independencia de que se impugne o no dicha alta médica[107]; la interpretación contraria dejaría en manos del empleado la prolongación de la suspensión del contrato con las consecuencias gravosas que ello representa para la empresa[108], de manera que su falta de asistencia a partir de ese momento carece de justificación[109]. Por consiguiente, el despido disciplinario por inasistencia del trabajador dado de alta médica resulta –en principio– procedente, incluso en situaciones en las que exista informes médicos contrarios al alta[110], o aunque se solicite y obtenga posteriormente la proclamación de incapacidad permanente total[111], inclusive coyunturas en los que se produzca pocos días después del alta nueva baja médica[112]. Lo anterior no es óbice para que no exista posibilidad alguna de justificar la ausencia al trabajo o la no reincorporación de un trabajador con posterioridad a su alta médica[113], correspondiendo al empleado "*la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación como de acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa*"[114]. Al hilo de lo manifestado, los tribunales declaran improcedente el despido del trabajador que, alegando situación real de incapacidad tras alta médica, comparece en la empresa insistiendo al personal médico de la misma de su imposibilidad de trabajar, sin que la empresa le otorgue

[102] STSJ Cantabria 8 de noviembre de 2000 [JUR 2001, 48107] y STSJ Castilla y León/Valladolid 4 de septiembre de 2000 [JUR 2001, 16070].

[103] En este sentido, STSJ Extremadura 6 de abril de 2017 [JUR 2017, 12085], STSJ País Vasco 14 de enero de 2003 [AS 2003, 273], STSJ Castilla y León/Valladolid 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2304], STSJ Comunidad Valenciana 13 de septiembre de 2002 [AS 2002, 1384], STSJ Asturias 12 de abril de 2002 [AS 2002, 1354] y STSJ Galicia 10 de mayo de 2001 [AS 2001, 1159].

[104] GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: "Las causas justas de despido disciplinario", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 127.

[105] A ello se refiere la jurisprudencia unificada por la STS 15 de abril de 1994 [RJ 1994, 3249].

[106] ORTEGA LOZANO, P.G.: "El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 977.

[107] STSJ Galicia 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 231147].

[108] GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, Thomson Reuters, 2012, p. 32.

[109] STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 309561].

[110] STSJ Cataluña 13 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 34070].

[111] STSJ Madrid 31 de octubre de 2002 [JUR 2003, 23980].

[112] STSJ Aragón 14 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3526].

[113] GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 128.

[114] STS 15 de abril de 1994 [RJ 1994, 3249].

opción para probar fehacientemente tal impedimento de trabajar[115]. En efecto, el trabajador una vez dado de alta debe incorporarse al trabajo o, cuando menos, personarse en la empresa y ponerse a disposición de ésta[116].

En la práctica judicial existe una pluralidad de supuestos referidos a ausencias o impuntualidades justificadas y no justificadas. Encontramos causa de justificación en los posteriores procesos: a) Cuando el trabajador reincorporado a la empresa tras una incapacidad temporal impugnada tiene que abandonar el trabajo por encontrarse físicamente imposibilitado para ejecutarlo declarándose, posteriormente, la incapacidad permanente parcial del trabajador[117]. b) En el caso de reincorporación tardía de la trabajadora tras disfrutar de permiso por maternidad cuando por confusión creía que era de duración superior: "*el hecho de que ella se incorporara al trabajo el día 13 de mayo y no el día 3, en el error que desde un principio creyó*" es *"evidente que no genera la máxima sanción de despido, pues el iter acaecido hay que valorarlo en su conjunto y estudiar si en la acción llevada a cabo por la trabajadora había un ánimo de culpabilidad que acarreara esa sanción*"[118]. c) La enfermedad real del trabajador justifica la inasistencia al trabajo, aunque exista falta de comunicación del parte de baja o retraso en la reincorporación después del alta médica: "*si los hechos son ciertos en cuanto a la enfermedad, el retraso en cursar los partes facultativos constituirá una infracción de tipo administrativo, pero no puede enervar y destruir lo que es realidad constatada*"[119]. Postura que ha quedado matizada al disponerse que "*no se consideran injustificadas las faltas de asistencia en situación de incapacidad temporal conocida por el empresario, aunque no presentara el trabajador los partes de confirmación de la baja, ya que la demora en la presentación de dichos partes de baja no se considera un incumplimiento grave y culpable. En cambio, sí se considera causa de despido la no presentación de los partes de baja, cuando el empresario no tiene conocimiento de la justificación de las ausencias del trabajador o cuando la inasistencia injustificada del trabajador por motivos de enfermedad es muy prolongada*"[120].

Es injustificada la desobediencia que se funda en razones de salud cuando los órganos administrativos competentes han desechado la calificación de incapacidad permanente y el trabajador opta por desobedecer antes que solicitar la baja por incapacidad temporal: el trabajador al negarse tras su reincorporación a prestar los servicios convenidos aun cuando ya había recaído resolución del órgano administrativo competente en la que se declaraba que no estaba afectado a "*ninguno de los grados de incapacidad permanente*", el despido debe estimarse procedente "*al tratarse de una falta continuada de indisciplina y desobediencia*". De la reiterada indisciplina o desobediencia en el trabajo se desprende la existencia en el trabajador *"de una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales que le incumbían en el ámbito de la relación laboral*", por lo que reuniendo el incumplimiento del empleado los requisitos de ser *"grave, trascendente, reiterado e injustificado*" se ha de apreciar la "*proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, la conducta y la sanción de despido impuesta*"[121]. La desobediencia también se encuentra

[115] STSJ Extremadura 16 de enero de 2003 [JUR 2003, 121507].
[116] STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 309561].
[117] STSJ Madrid 4 de marzo de 2003 [JUR 2003, 220949].
[118] STSJ Canarias/Tenerife 22 de febrero de 2006 [JUR 2006, 127533].
[119] STS 31 de octubre de 1988 [RJ 1988, 8189].
[120] STSJ País Vasco 10 de febrero de 2004 [AS 2004, 552].
[121] STSJ Madrid 15 de octubre de 2002 [JUR 2003, 22484].

infundada y es arbitraria cuando el trabajador se niega a acudir al médico que tiene competencia para comprobar si alguna circunstancia le impide desempeñar la actividad a la que se opone: la persistencia del trabajador "*en negarse a realizar las labores de siega e igualmente a acudir al facultativo que tiene competencia para comprobar si alguna enfermedad se lo impide y, en su caso, autorizar su baja total o parcial*" definen con acabada plenitud *"el concepto justificativo del despido*"[122].

## 6. LA CUESTIÓN UNIFICADA RESPECTO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN (CUANDO EXISTE READMISIÓN) EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR

Sobre los salarios de tramitación en situación de incapacidad temporal, si el trabajador ha sido despedido nula o improcedentemente (y se opta por la readmisión) o si ha sido despedido durante el período de tiempo en el que se tramitaba el proceso para ese fin, la Entidad Gestora deberá satisfacer la prestación pertinente sin que corresponda al empresario abonar salarios de tramitación relativos a ese período de incapacidad temporal[123].

Lo que procede aclarar es, si cuando un trabajador es despedido mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal y el despido es ilícito (procediéndose a su readmisión), durante el procedimiento resultará acreedor de los salarios de tramitación, en los términos y con el alcance previsto en el artículo 56.2 ET, a cargo del empresario o, por el contrario, desaparece esta obligación al percibir el trabajador en ese tiempo las prestaciones correspondientes a la incapacidad temporal.

La cuestión así planteada ha sido ya unificada: corresponde a la Entidad Gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación[124], solución aplicable y con idéntica razón a los supuestos en los que la incapacidad temporal se había iniciado antes de la fecha del despido[125].

En definitiva, si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y –la más importante– de remunerar el trabajo, es claro que cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el tramo temporal que coincidan despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia[126]. Pero si el empresario complementaba la prestación por incapacidad temporal, el trabajador sí podrá interpelarla, siendo la reclamación de la mejora un procedimiento diferente al del despido pues esta exigencia es de Seguridad Social,

[122] STSJ Asturias 10 de septiembre de 1999 [AS 1999, 2673].
[123] ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *ColecciónTodo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, WoltersKluwer, 2010, p. 317.
[124] STS 4 de julio de 2007 [RJ 2007, 7378]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 83185], STSJ Canarias/Las Palmas 26 de febrero de 2013 [JUR 2013, 162607] y STSJ Madrid 20 de febrero de 2013 [AS 2013, 914].
[125] STS 6 de julio de 2005 [RJ 2005, 7326].
[126] STS 15 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7424] y STS 28 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2250].

acumulación a la pretensión de despido prohibida expresamente por el actual artículo 25 LRJS[127].

La situación de incapacidad laboral y el abono de los salarios de trámite por la empresa son situaciones incompatibles entre sí: de reconocerse la compatibilidad entre ambos conceptos, decaería la finalidad del abono del subsidio por incapacidad que consiste en reparar el estado de necesidad económica en que se encuentra quién, por estar imposibilitado para el trabajo, carece de otro tipo de rentas al tiempo que su percepción significaría un enriquecimiento injusto. No obstante, aunque sean incompatibles entre sí ha de ser el Instituto Nacional de Seguridad Social quién se encuentra obligado al pago de la prestación correspondiente –siendo exonerada la empresa–: el subsidio de incapacidad temporal es una prestación contributiva que se otorga a quien se encuentra imposibilitado para trabajar y necesita recibir asistencia médica; por tanto, se exonera al trabajador y al empresario de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo[128].

En otros términos, si el trabajador se encontrara en estado de incapacidad temporal en el momento de manifestarse la extinción de la relación laboral o durante la tramitación del proceso de despido, desaparece el deber de satisfacer los salarios de tramitación durante el período en el que se estén percibiendo prestaciones por incapacidad temporal[129]. En definitiva, durante la situación de incapacidad temporal, maternidad o paternidad, ante el percibo de prestaciones de Seguridad Social o prestaciones sustitutivas del salario, el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación por tratarse de percepciones incompatibles[130].

Para finalizar concluir afirmando que el enjuiciamiento del despido en supuestos en los que el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal debe abordarse de forma gradualista –no de manera objetiva o automática– buscándose el equilibrio pertinente entre la infracción del empleado –conducta del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales– y la sanción del empleador, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades y realidades de cada caso concreto –especialmente la suspensión de su contrato de trabajo–. De esta manera prevalece la adecuada proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta siendo la doctrina gradualista cada vez más utilizada.

No obstante, al final las sentencias pueden suscitar la impresión de que los tribunales operan con grandes dosis de flexibilidad y casuismo: en efecto, los tribunales actúan sin criterio normativo definido y a veces sin criterio jurisprudencial –o mejor dicho, con muchos criterios jurisprudenciales– lo que acaba derivando en actuaciones judiciales subjetivas y no

[127] STS 25 de junio de 2008 [RJ 2008, 4235] y STS 18 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8742].

[128] SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación", en Gárate Castro, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor "honoris causa" por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 330.

[129] STS 4 de julio de 2007 [RJ 2007, 7378], STS 6 de julio de 2005 [RJ 2005, 7326], STS 28 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5002], STS 16 de junio de 1994 [RJ 1994, 5442] y STS 17 de enero de 1995 [RJ 1995, 356]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 83185] y STSJ Canarias/Las Palmas 26 de febrero de 2013 [JUR 2013, 162607].

[130] POQUET CATALÁ, R.: "Los salarios de tramitación en concurrencia con otras rentas", en *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2009, p. 2204.

sujetas a estándares objetivados, lo que aún se complica más por la situación de incapacidad temporal del empleado y su proximidad (a nuestro juicio) con una situación que debería encontrarse especialmente protegida por el ordenamiento jurídico.

La consecuencia lógica de esta heterogeneidad jurisprudencial –la cual creemos que es prácticamente inevitable por la realidad laboral en sí y por la influencia del subjetivismo epistemológico que limita la validez del conocimiento al sujeto que conoce y juzga– no es otra que la manifiesta sensación de inseguridad jurídica.

# Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# Competencia del INSS para calificar las pensiones de incapacidad permanente reconocidas por entidades gestoras extranjeras a fin de determinar exenciones tributarias
## Comentario de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sección 2) de 14 de marzo de 2019 (recurso de casación 6740/2017)

# Competence of the INSS to qualify permanent disability pensions recognized by foreign management entities in order to determine tax exemptions
## Comment of the judgment of the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court (Section 2) of March 14, 2019 (cassation appeal 6740/2017)

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
*LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

**Resumen**

En el presente trabajo se analiza la doctrina dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2019 relativa a la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social para determinar ,a efectos del reconocimiento de la exención del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, que una pensión de incapacidad permanente percibida de acuerdo con la legislación de un tercer Estado ha sido reconocida por un sistema público de Seguridad Social y, si además la situación protegida por dicha pensión es homologable a la protección otorgada por las pensiones de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez del Régimen General de la Seguridad Social en España.

**Palabras clave**

Impuesto; renta; exención; pensión; invalidez; Estado extranjero

**Abstract**

This paper analyzes the doctrine dictated by the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court of March 14, 2019 regarding the competence of the National Social Security Institute to determine, for the purpose of recognizing the exemption from the Tax of the Income of Individuals, that a permanent disability pension received in accordance with the legislation of a third State has been recognized by a public Social Security system and, if the situation protected by said pension is also comparable to the protection granted by permanent absolute disability or high disability pensions of the General Social Security Regime in Spain.

**Keywords**

Tax; rent; exemption; pension; disability; Foreign state

*Fecha Recepción: 20-6-2019 – Fecha Revisión: 24-6-2019 – Fecha Aceptación: 28-7-2019*
*Pags. 95-113*

## 1. ANTECEDENTES

1.- El recurrente en casación presentó solicitud de rectificación de la declaración sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2013, pretendiendo la aplicación de la exención regulada en el artículo 7.f) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en adelante LIRPF, a la pensión de invalidez satisfecha por el Departamento federal de Finanzas de la Confederación Suiza, con el argumento de que se había concedido en atención a su grado de discapacidad del 100 %, por tanto, era homologable a la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez reconocida por la legislación española en materia de Seguridad Social.

2.- El acuerdo de 6 de julio de 2015 de la Agencia Tributaria (Delegación Especial de Galicia) desestimó la pretensión del solicitante. Lo que se razonó para ello fue lo siguiente:

a) Para que la pensión de invalidez percibida pudiese gozar de exención en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.f) de la LIRPF, se hace necesario el cumplimiento de dos requisitos:

- Que el periodo de incapacidad reconocido pudiese equipararse en sus características a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

- Que la entidad que satisface la pretensión goce, según la normativa suiza, del carácter sustitutorio de la Seguridad Social.

b) la verificación del cumplimiento de dichos requisitos y consecuentemente el homologar la incapacidad, es competencia del INSS, y en el presente caso, tal y como señalaba el informe remitido, dicho organismo no consideraba que las pruebas remitidas por el interesado fuesen suficientes para dicha homologación.

3.- El acuerdo de la Agencia Tributaria fue objeto de recurso de reposición que fue igualmente desestimado, presentándose contra esta segunda resolución reclamación económico administrativa, que fue desestimada por resolución de 15 de septiembre de 2016 del Tribunal Económico-administrativo Regional de Galicia.

4.- La resolución anterior fue impugnada mediante recurso contencioso-administrativo, que igualmente fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de octubre de 2017.

5.- Se interpuso recurso de casación al objeto de anular la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y de que se efectuaran las siguientes declaraciones:

a) Se declare que una pensión de invalidez en grado de 100 % satisfecha en Suiza por una entidad que goce del carácter sustitutoria de la Seguridad Social española puede equipararse por sus características a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez a los efectos del artículo 7 f) de la Ley del IRPF.

b) Que en supuesto de que dicha equiparación no pueda realizarse de forma automática aceptando la valoración efectuada por la citada entidad que goce del carácter sustitutoria de la Seguridad Social española, declare que dicha equivalencia puede ser acreditada ante los órganos de gestión e inspección de la administración Tributaria mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho, sin necesidad de que exista una valoración o reconocimiento previo del grado de incapacidad por parte del órgano competente de la Seguridad Social.

## 2. LAS RENTAS DERIVADAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA Y GRAN INVALIDEZ COMO RENTA EXENTA

El artículo 7 LIPRPF establece que estarán exentas las siguientes rentas:

f) Las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta gran invalidez.

Asimismo, las prestaciones reconocidas a las profesionales no integradas en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúan como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas para la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de la Seguridad Social. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo, entendiéndose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades antes citadas, en las prestaciones de estas últimas.

g) Las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de clases pasivas, siempre que la lesión o enfermedad que hubiera sido causa de aquéllas inhabilitara por completo al perceptor de la pensión para toda profesión u oficio.

Como vemos, el legislador limita la exención fiscal a las pensiones de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, no estando exentas por tanto las prestaciones derivadas de los grados de incapacidad permanente parcial o total para la profesión habitual, exención que por tanto, deriva de la gravedad de la limitación, y no del carácter profesional o común de la contingencia de la que deriva, criterio adoptado que responde únicamente a razones de política tributaria[1].

Se requiere igualmente que la prestación sea satisfecha por la Seguridad Social o entidades que la sustituyan, de manera que cualquier prestación o complemento de pensión que perciba el trabajador por el mismo concepto recibida por razón de la concertación de un seguro privado, mutualidad de previsión complementaria o seguro quedará sujeto a tributación por el impuesto de la renta de las personas físicas, sin perjuicio de lo establecido

[1] VALDUEZA BLANCO, M.D.: "Tratamiento fiscal de las prestaciones e indemnizaciones por incapacidad permanente causadas por un accidente de trabajo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 9/2012.

en el artículo 7.1.d) LIRPF en relación con los seguros por indemnizaciones derivadas de accidente[2] [3].

## 3. CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA Y DE GRAN INVALIDEZ

El artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social en la versión dada por su disposición transitoria vigésima sexta señala en su apartado 5 que se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. La incapacidad permanente absoluta supone una capacidad mínima, y así la jurisprudencia perfila sus características en los siguientes términos[4]:

a) Este grado de incapacidad no solo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquel que, aun con aptitudes para alguna actividad, no tenga facultades reales para consumar con cierta eficacia las inherentes a unas variadas ocupaciones que con cierta eficacia las inherentes a una de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral.

b) Para determinar este grado de incapacidad no pueden contemplarse otros factores y elementos extraños y ajenos a los padecimientos del interesado, como pueden ser, "ad exemplum", la falta de preparación general o especializada, la mayor o menor dificultad de encontrar empleo, la edad, etc.

c) La calificación de la incapacidad debe resolverse partiendo de las singularidad de cada caso concreto, apreciando los padecimientos que aquejan al trabajador y sus personales características, en cuanto que precisan las aptitudes físicas o psíquicas que le restan a él y no a otro, de manera que la calificación se convierte en una labor de discernimiento sin que se pueda limitar a la mera enfermedad, sino que también ha de valorarse la intensidad de ésta, su extensión, número de órganos y miembros afectados, y en general todos y cuantos elementos objetivos puedan contribuir con precisión a la valoración.

La doctrina judicial añade, entre los contornos de este grado de incapacidad que la realización de una actividad laboral, por liviana que sea, incluso las sedentarias, solo puede consumarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, con permanencia en el mismo durante toda la jornada laboral; debe además poder realizarse con un mínimo de

[2] El artículo 7.1.d) LIRPF establece que estarán exentas las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida.
Igualmente estarán exentas las indemnizaciones por idéntico tipo de daños derivados de contratos de seguro de accidentes, salvo aquellos cuyas primas hubieran podido reducir la base imponible o ser consideradas gasto deducible por aplicación de la regla 1.ª del apartado 2 del artículo 30 de esta Ley, hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daños sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incorporado como anexo en el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

[3] CHICO DE LA CÁMARA, P. "*El impuesto sobre la Renta de las personas Físicas*". Estudios y Comentarios Legislativos. Civitas. Abril 2009.

[4] Doctrina recogida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de diciembre de 1997. Véase además "*Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*". VVAA. Coordinador: Blanco Martín, JM 4ª Edición. LEX NOVA. Valladolid. 2005.

profesionalidad, rendimiento y eficacia, actuando de acuerdo con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa en régimen de dependencia de un empresario, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros, por cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se dé un singular afán de superación, espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario pues, de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezcan tales carencias[5].

Por otra parte el apartado 6 establece que se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

El precepto, a la hora de establecer las funciones para las que el trabajador requiere la asistencia de una tercera persona, enuncia determinadas situaciones, por lo que se trata de un listado cerrado, recurriéndose a la analogía, lo que corresponde a la ejecución de aquellos actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que se corresponden con la dignidad humana, sin que sea necesario que la ayuda sea permanente o continuada, ni que se extienda a todas las tareas esenciales, bastando con que se requiera alguna o algunas de ellas. En esta situación se enmarcan lesiones físicas como la ceguera absoluta, la limitación en el funcionamiento de las extremidades, o las graves alteraciones mentales.

## 4. LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN LOS ESTADOS COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN Y SU ASIMILACIÓN A LA PENSIÓN ESPAÑOLA[6]

El ordenamiento jurídico de Seguridad Social de la Unión Europea no aspira a establecer una protección única ante las diversas contingencias, sino coordinar los sistemas a fin de hacer posible el ejercicio de las libertades comunitarias, y en particular, la relativa a la libre circulación de trabajadores, de manera que cada Estado establece protecciones diferentes según las contingencias teniendo en cuenta las necesidades sociales de los ciudadanos del Estado y de los recursos para sufragar la protección, de manera que no existe, una definición única de las situaciones de necesidad, y en particular en lo que nos atañe de la situación de incapacidad permanente y su graduación.

En Liechtenstein a efectos de determinar la incapacidad permanente una persona se considera inválida tan pronto como su capacidad de ingresos se ve afectada permanentemente debido a su situación de salud. No existe una pensión por incapacidad profesional, sino solo una pensión para personas incapacitadas para trabajar. Para evaluar que una persona es inválida se compara con lo que se espera que ganen como persona sana,

[5] Doctrina recogida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 30 de mayo de 20919 (recurso 109/2019). Véase además "Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico". VV.AA. Coordinador: José María Blanco Martín, 4ª Edición. LEX NOVA. Valladolid. 2005.

[6] Fuente Missoc. Mutual Information System on Social Protection.

así la pérdida de ingresos debidos a la invalidez (diferencia de ingresos entre la persona sana y la inválida) determina el grado de invalidez.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo será:

a) 40 % para el cuarto de pensión.

b) 50 % para la mitad de la pensión.

c) 67 % para toda la pensión.

En Noruega la incapacidad permanente se reconoce por la limitación para trabajar por enfermedad, lesión o deformidad debiendo ser la condición médica la causa principal de la incapacidad o reducción de la capacidad de trabajo.

El nivel de incapacidad permanente se establece en los siguientes términos:

a) Grado de reducción del 50 % de la capacidad de trabajo.

b) Grado de reducción del 40 % si la persona está recibiendo un permiso de evaluación cuando él o ella declara que la discapacidad se debe a una lesión o enfermedad relacionada con el trabajo.

En Suiza en la protección de la incapacidad permanente se distingue un primer pilar (esquema básico) y un segundo pilar (mínimo legal). La invalidez es total o parcial en función de la reducción de los ingresos, a consecuencia de una enfermedad congénita, enfermedad sobrevenida o accidente.

El nivel de incapacidad se determina en función de los siguientes porcentajes:

a) 40 % para el cuarto de pensión.

b) 50 % para la mitad de la pensión.

c) 60 % para las tres cuartas partes de pensión.

d) 70 % para la totalidad de la pensión.

En Austria las personas empleadas con capacidad de trabajo reducida o una incapacidad laboral que se estima que durará al menos seis meses están sujetas a los siguientes beneficios de pensión:

- Pensión de invalidez (seguro de pensiones para trabajadores manuales).

- Pensión por incapacidad laboral (seguro de pensiones para empleados).

- Pensión por incapacidad laboral total (seguro de pensión para autónomos y agricultores).

Hay un concepto diferente de invalidez para trabajos cualificados o semicualificados o trabajo no cualificados:

- Existe una protección ocupacional para los trabajadores cualificados y semicualificados (en parte también para los trabajadores autónomos); es decir, aquellos con capacidad de trabajo reducida solo pueden ser transferidos a trabajos de su grupo profesional.

- Para los trabajadores no cualificados y semicualificados asegurados, no hay protección de personal: pueden ser transferidos a cualquier trabajo en el mercado laboral. Sin embargo, a partir de los 50 años de edad, se aplica una disposición por dificultades.

- Para hombres y mujeres mayores de 60 años, existe un acuerdo de protección ocupacional restringido para todos los grupos ocupacionales (incluidos los trabajadores no cualificados), si al menos 120 de los últimos 180 meses calendario se llevó a cabo la misma ocupación.

Se reconoce la invalidez original a la persona que ingresó en el mercado laboral, era inestable en el trabajo debido a deficiencias graves de salud, pero que, sin embrago, ha adquirido un mínimo de 19 años de cotización.

Para personas que no hayan cumplido 50 años el 1 de enero de 2014 se establece una pensión de invalidez (por incapacidad laboral). En caso de invalidez temporal (incapacidad laboral) por un mínimo de seis meses o subsidios de readiestramiento, prestación es de promoción social e integración en el mercado de trabajo para asegurar la subsistencia de las personas con impedimentos de salud que participan en medidas apropiadas y razonables de rehabilitación y, por tanto, mejoran su empleabilidad.

La reducción mínima en la capacidad debe ser al menos del 50 %.

En Bélgica un trabajador que, como resultado de una enfermedad o lesión no puede ganar más de una vez que los ingresos normales de los trabajadores en la misma categoría y con la misma capacitación se considera inválido.

La reducción en la capacidad para el trabajo debe ser al menos del 66 %.

En Bulgaria, la evaluación de las situaciones de incapacidad se basa en la reducción del porcentaje de capacidad de trabajo. Para facilitar la referencia, la incapacidad se puede clasificar en tres grupos:

- Grupo I: Personas con capacidad para el trabajo reducida en un grado de capacidad superior al 90 %.

- Grupo II: Personas con capacidad de trabajo reducida en un grado de capacidad de trabajo reducida en un grado de discapacidad del 71 % al 90 %.

- Grupo III: Personas con capacidad de trabajo reducida en un grado de capacidad de trabajo reducida en un grado de discapacidad del 50 % al 70,99 %.

En Croacia se distingue a efectos de la evaluación de la incapacidad hay que tener en cuenta:

La reducción de la capacidad funcional: Ocurre si, debido a un cambio permanente de la condición de salud que no puede remediarse con tratamiento médico, la capacidad funcional de un asegurado se reduce en más de la mitad en comparación con una persona sana asegurada del mismo nivel de educación o similar.

Capacidad funcional residual: Se refiere a la posibilidad de mejorar la condición de salud de una persona asegurada con capacidad funcional reducida a través de la rehabilitación ocupacional, de manera tal que la persona pueda realizar otras actividades a tiempo completo.

Incapacidad total para trabajar: Si ocurre una pérdida permanente de capacidad funcional, sin ninguna capacidad funcional residual.

Capacidad funcional parcial: si la rehabilitación ocupacional no puede mejorar la condición de salud de una persona asegurada con una capacidad funcional reducida hasta el punto de que él o ella es capaz de realizar al menos el 70 % de las horas de trabajo en puestos de trabajo en puesto de trabajo ajustados que requieran el mismo nivel de educación o un nivel similar y cumplir con su puesto de trabajo.

El mínimo de capacidad para el trabajo se establece en el 50 %.

En Chipre una persona asegurada es tratada como incapaz de trabajar como resultado de una enfermedad especial o discapacidad física o mental, distinguiéndose:

- Incapacidad total: 100 % de reducción de la capacidad de ganancia.
- Incapacidad parcial: con tres categorías:
    a) 50 % a 66,66 % de reducción en la capacidad de ingresos para edad entre 60 y 63 años: 60 % de pensión de invalidez.
    b) 66,67 % a 75 % de reducción en la capacidad de ingresos: 75 % de la pensión de invalidez.
    c) 76 % al 99 % de reducción en la capacidad de ingresos: 85 % de la pensión de invalidez.

La reducción de capacidad mínima se establece en el 50 % para las edades entre 60 y 63 años y del 66,67 % para edades inferiores a los 60 años.

En República Checa el primer grado de incapacidad va del 35 % a 49 % de pérdida de capacidad de trabajo; El segundo grado de invalidez va desde el 50 % al 69 % de pérdida de la capacidad de trabajo, mientras que en el tercer grado de invalidez se establece para el 70 % de pérdida de la capacidad de trabajo.

En Dinamarca la pensión de invalidez se establece para personas con edad entre 40 y 65 años cuya capacidad de trabajo se ha reducido de forma permanente que no puede asegurar su subsistencia. También se extiende a personas con edad entre 18 y 39 años solo en los casos especiales cuando es absolutamente evidente que nunca podrán trabajar.

La pensión de invalidez para personas mayores, introducida en 2014, es una variante acelerada del plan de pensiones de invalidez, que se basa en la capacidad para trabajar y en cumplir con ciertos criterios (tener menos de 5 años hasta la edad de jubilación y un vínculo con el mercado laboral equivalente a 20-25 años de empleo a tiempo completo) de manera que bajo este esquema no tienen obligación de participar en un programa de rehabilitación. Todas las demás condiciones son las mismas que para la pensión de invalidez.

La capacidad mínima para una persona entre 40 y 65 años debe reducirse permanentemente en la medida en que esa persona no pueda asegurar su subsistencia. Para una persona entre 18 y 39 años debe ser absolutamente evidente que nunca podrán trabajar.

En Estonia el nivel de capacidad de trabajo se establece de la siguiente manera:

- la incapacidad parcial si el trabajo está parcialmente impedido por el estado de salud.

Incapacidad total si el trabajador es incapaz de trabajar.

La evaluación de la capacidad de trabajo tiene en cuenta el estado de salud y las restricciones de actividad, teniéndose en cuenta el pronóstico y la duración estimada de las restricciones.

No hay un nivel mínimo de incapacidad. Los beneficiarios deben ser evaluados como al menos parcialmente capaces de trabajar, o no pueden hacerlo.

En Finlandia se distingue en materia de incapacidad permanente entre una pensión nacional y una pensión estatutaria.

Pensión de invalidez: Para las personas aseguradas que han perdido su capacidad de trabajo debido a una enfermedad y cuya incapacidad se estima que durará al menos un año (esta condición se refiere solo a la pensión relacionada con los ingresos) o debido a defectos permanentes o lesiones. Esta pensión se otorga por un periodo indefinido. Desde la edad de 60 años se aplican criterios más indulgentes a la pensión de invalidez. Por otra parte a los menores de 20 años no se les puede calificar hasta que no sean evaluadas sus perspectivas.

Pensión de subsidio/beneficio de rehabilitación en efectivo: las personas aseguradas cuya capacidad de trabajo se evalúa como recuperables mediante la rehabilitación, otorgado por un periodo determinado.

Pensión de garantía: Un residente que recibe una pensión de invalidez completa percibirá una garantía mínima de su pensión si es inferior a 768,60 euros al mes. También lo percibirán los emigrantes siempre que no perciban pensión y se encuentren incapacitados en el sentido indicado por la ley nacional.

La pensión nacional no tiene determinado un grado determinado de invalidez para el trabajo, En cambio la pensión estatutaria requiere:

- Pensión de invalidez: No más de 2/5 de capacidad restante.
- Pensión de incapacidad parcial: No más de 3/5 de capacidad restante.

En Francia un trabajador que, como resultado de un accidente o enfermedad no laboral, no puede ganar más de un tercio de las ganancias normales de un trabajador en la misma categoría con la misma capacitación y en la misma región.

Hay tres niveles de invalidez:

a) 1º grupo: médicamente capaz de trabajar;

b) 2º grupo: médicamente incapaz de trabajar;

c) 3º grupo: médicamente incapacitado para trabajar y que necesita atención diaria de un tercero.

El nivel mínimo de incapacidad se establece en el 66,6 %.

En Alemania se distingue:

a) Pensión total por incapacidad: concedida a asegurados que son como resultado de enfermedad o enfermedad que no pueden trabajar durante un período indefinido durante al menos 3 horas al día en las condiciones regulares del mercado de trabajo.

b) Pensión por incapacidad parcial: concedida a asegurados que son como resultado de enfermedad o enfermedad que no pueden trabajar durante un período indefinido durante al menos 6 horas al día en las condiciones regulares del mercado de trabajo.

c) Las personas aseguradas que puedan trabajar por lo menos 3 horas pero no más de 6 horas al día pueden recibir una pensión de incapacidad total siempre y cuando no haya un empleo adecuado disponible.

d) Las personas aseguradas que hayan nacido antes del 2 de enero de 1961 pueden recibir una pensión por incapacidad parcial, si son incapaces de su trabajo habitual. Las personas aseguradas son incapaces de su trabajo habitual, si no pueden trabajar más de 6 horas al día en su ocupación anterior o en cualquier otra ocupación adecuada.

El nivel mínimo de incapacidad se establece en Alemania:

a) Para la incapacidad parcial: Capacidad para cualquier trabajo desde 3 y hasta 6 horas al día.

b) Incapacidad total: Capacidad para cualquier trabajo menos de 3 horas al día.

En Grecia se considera que una persona sufre de invalidez grave cuando, como resultado de una enfermedad o discapacidad física o mental que apareció o empeoró después de la afiliación, no puede ganar más de una quinta parte de los ingresos normales de un trabajador en la misma categoría o formación durante al menos 1 año. Sin embargo, aquellos que ya no pueden ganar más de 1/3 de los ingresos normales obtienen el 75% de la prestación y aquellos que ya no pueden ganar más de 1/2 obtienen el 50% de la pensión.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en Grecia es del 50 %.

En Hungría pueden causar las prestaciones para personas con capacidad de trabajo modificada aquellas cuyo estado de salud se evalúa al 60 % o menos, que cumplen el período de calificación, que no están en actividad remunerada y que no recibir beneficios regulares en efectivo por otras razones. El beneficio solo se puede reclamar después de alcanzar los 15 años de edad.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en el 40 %.

En Irlanda para el reconocimiento de la pensión de invalidez a las personas aseguradas que no han podido trabajar durante al menos 12 meses y sea probable que no puedan trabajar durante al menos otros 12 meses. Si la incapacidad es de tal naturaleza que la persona será permanentemente incapaz de trabajar, la condición de 12 meses puede no tener que ser satisfecha.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en Irlanda en la probabilidad de que se sea incapaz de trabajar durante un mínimo de 12 meses o permanentemente.

En Italia se reconoce la pensión de invalidez a un asegurado cuya capacidad de trabajo, en ocupaciones adaptadas a su capacidad, se reduce permanentemente a al menos dos tercios como resultado de enfermedad o enfermedad (física o mental) en el seguro ordinario de invalidez. Por otra parte la pensión por incapacidad (pensione di inabilit) se paga al asegurado o beneficiario de la indemnización por invalidez que no puede realizar ninguna actividad profesional de forma absoluta y permanente.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en Italia en el seguro ordinario de invalidez en el 66 % y en la pensión de incapacidad en el 100 %.

En Letonia la Ley de Discapacidad, establece que la incapacidad de las personas mayores de 18 años se divide en tres grupos:

a) Incapacidad del Grupo I (incapacidad muy grave), si la pérdida de capacidad para trabajar es 80-100 %.

b) Incapacidad del Grupo II (Incapacidad grave), si la pérdida de capacidad para trabajar es del 60-79 %.

c) Incapacidad del Grupo III (Incapacidad moderada), si la pérdida de capacidad para trabajar es de 25-59 %.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en el 25 %.

En Lituania una persona con un nivel de incapacidad laboral de al menos el 45% recibe bien la pensión por Incapacidad de Trabajo o la pensión por discapacidad de asistencia social.

Hay 3 niveles de incapacidad para los menores de 18 años (excepto aquellos que están o están asegurados por el seguro social del Estado):

- Discapacidad grave;
- Discapacidad moderada;
- Discapacidad ligera.

Para las personas adultas y para los menores de 18 años que están, o estuvieron asegurados por el seguro social del Estado, se determina el nivel de incapacidad de trabajo de acuerdo con los criterios médicos, funcionales, profesionales y de otro tipo con el fin de evaluar la capacidad de trabajo y el empleo así como las posibilidades de encontrar trabajo. La pérdida de capacidad de trabajo se expresa como un porcentaje de la incapacidad total para trabajar (100%). Por otra parte para las personas en edad de jubilación se define el nivel de necesidades especiales.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en el 45 %.

En Luxemburgo se reconoce la pensión de invalidez a los asegurados que, como consecuencia de una enfermedad o discapacidad prolongada, hayan perdido la capacidad de trabajo hasta tal punto que no pueda llevar a cabo la ocupación del último puesto u otra ocupación adecuada a su capacidad.

En Luxemburgo no hay nivel mínimo de incapacidad para el trabajo. No obstante, el asegurado cuya invalidez sólo se refiera al último lugar de trabajo puede beneficiarse de la rehabilitación profesional. Por otra parte si no se puede adoptar ninguna medida de rehabilitación interna o externa en el seno de la empresa, se prevé un procedimiento de indemnización.

En Malta la incapacidad debe ser de carácter permanente para la realización un empleo adecuado a tiempo completo o regular a tiempo parcial. La incapacidad puede deberse a una enfermedad grave, lesiones corporales o deterioro mental.

Hay dos categorías:

a) Incapacidad para un empleo a tiempo completo o regular adecuado a tiempo parcial o por autoocupación debido a una enfermedad grave o deterioro corporal o mental;

b) Incapacidad que se considere de carácter permanente o, si su permanencia no puede establecerse de manera concluyente, aun cuando se considera que prohíbe a dicha persona un empleo o autoocupación adecuado a tiempo completo o regular a tiempo parcial durante un período de la fecha de la reclamación.

En Malta el nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en la imposibilidad de que las personas participen en un empleo adecuado a tiempo completo o regular a tiempo parcial o como trabajador por cuenta propia durante al menos un año a partir de la fecha de la reclamación.

En Polonia las prestaciones por invalidez se reconocen a las víctimas de enfermedades a largo plazo o permanentes, o que sea poco probable que recuperen la capacidad de trabajo incluso después de la rehabilitación. Se distingue:

a) Incapacidad total: cuando el asegurado es incapaz de realizar cualquier tipo de trabajo;

b) Incapacidad parcial: cuando el asegurado no puede realizar su trabajo habitual, pero es capaz de un trabajo diferente y menos calificado.

En Polonia no se definen porcentajes o puntos mínimos para ser acreedor de la incapacidad sino que la incapacidad se describe como total o parcial de acuerdo con la capacidad de trabajo restante.

En Portugal se distingue:

a) Invalidez relativa: A ella accede cualquier trabajador que, antes de llegar a la edad de jubilación, no pueda ganar más de un tercio de un salario normal, como resultado de una incapacidad permanente debido a una enfermedad o accidente no cubierto por la legislación específica sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

b) Invalidez absoluta: Supone una incapacidad completa y permanente para llevar a cabo cualquier actividad laboral.

En Portugal el nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en los siguientes términos:

a) Invalidez relativa: 66,66 % reducción de la capacidad de la ocupación normal.

b) Invalidez absoluta: 100 % de reducción para llevar a cabo cualquier actividad laboral.

En Rumanía se distingue:

a) Invalidez por Pérdida total o al menos la mitad de la capacidad de trabajo de la persona como resultado de:

• Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

• Neoplasia, esquizofrenia, SIDA,

• Accidentes no relacionados con el trabajo o enfermedades comunes.

En términos del alcance de la pérdida de capacidad de trabajo, la invalidez tiene tres categorías

• Categoría I: pérdida total de capacidad de trabajo y capacidad de autosuficiencia

• Categoría II: pérdida total de capacidad de trabajo, pero preservación de la capacidad autosuficiente

• Categoría III: pérdida de al menos la mitad de la capacidad de trabajo, ya que la persona puede realizar una actividad profesional durante la mitad de la jornada laboral como máximo.

b) Invalidez por pérdida total o al menos la mitad de la capacidad de trabajo de la persona como resultado de:

• Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

• Neoplasia, esquizofrenia, SIDA,

• Accidentes no relacionados con el trabajo o enfermedades comunes.

En términos del alcance de la pérdida de capacidad de trabajo, la invalidez tiene tres categorías:

• Categoría I: pérdida total de capacidad de trabajo y capacidad de autosuficiencia,

• Categoría II: pérdida total de capacidad de trabajo, pero preservación de la capacidad autosuficiente,

• Categoría III: pérdida de al menos la mitad de la capacidad de trabajo, ya que la persona puede realizar una actividad profesional durante la mitad de la jornada laboral como máximo.

En Rumanía el nivel mínimo de incapacidad para el trabajo es del 50%. En este sentido un médico experto en seguro social evalúa el nivel de incapacidad.

En Eslovaquia una persona tiene derecho a una pensión de invalidez si como consecuencia de enfermedad o accidente se tiene una pérdida de salud grave a largo plazo y su capacidad de trabajo se reduce en un 40 % en comparación con la capacidad de trabajo de una persona sana. Se considera que la invalidez es total si la pérdida de capacidad para el trabajo es de más del 70 % en comparación con la capacidad de trabajo de una persona sana.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en el 41 %.

En Eslovenia la invalidez se determina si se debe a un cambio en el estado de salud como resultado de lesiones o enfermedades relacionadas y no relacionadas con el trabajo, que no puede revertirse mediante tratamiento médico o rehabilitación y la capacidad de trabajo se reduce.

Existen tres categorías de invalidez de los asegurados:

a) Categoría I: se pierde la capacidad de participar en cualquier empleo remunerado organizado;

b) Categoría II: la capacidad de trabajo se reduce en un 50 % o más;

c) Categoría III: la capacidad de trabajar a tiempo completo está deteriorada, pero: son capaces de trabajar en un determinado trabajo al menos a medio tiempo; o su capacidad de trabajo en la ocupación para la que se han formado se reduce en menos del 50 %; o pueden seguir trabajando en su ocupación a tiempo completo, pero han perdido la capacidad de realizar el trabajo al que se les ha asignado.

En Suecia se distingue:

a) Compensación por enfermedad: Destinada a personas de 19 a 29 años con una incapacidad permanente para trabajar por enfermedad u otros impedimentos a la capacidad física o mental para el trabajo.

Para las personas de 30 a 64 años se reconoce una incapacidad permanente total o parcial para el trabajo, (por lo menos un 25 %), por enfermedad u otros impedimentos a la capacidad física o mental para el trabajo.

b) Compensación de actividad: Supone una incapacidad total o parcial a largo plazo (al menos un año) para el trabajo (por lo menos un 25 %), por enfermedad u otros impedimentos a la capacidad física o mental para el trabajo.

El nivel mínimo de incapacidad para el trabajo se establece en el 25 %.

En Países Bajos una persona se considera total o parcialmente incapaz de trabajar cuando, como resultado de una enfermedad, no puede ganar lo mismo que los trabajadores sanos con formación similar y habilidades equivalentes que normalmente ganan en el lugar donde trabaja o la mayoría previamente trabajado, o en las cercanías. No se hace distinción en cuanto a la causa de la incapacidad (común o profesional).

En Países Bajos el nivel mínimo de incapacidad para el trabajo exigida es distinto según el sistema de Seguridad Social y así:

— WAO (sistema anterior): 15 %

— WIA (nuevo sistema): 35 %

— Wajong: 100 %

En Reino Unido se determina la protección por la incapacidad para el trabajo por razón de enfermedad física o mental o discapacidad en un período de incapacidad para el trabajo.

No ese establece un porcentaje mínimo de incapacidad.

En estos términos resulta difícil aplicar el principio de asimilación de prestaciones, ingresos o acontecimientos, previsto en el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. El citado precepto establece que salvo disposición en contrario en el citado Reglamento y habida cuenta de las

disposiciones particulares de aplicación establecidas: a) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado; y b) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

Este principio o técnica permite para cumplir una condición establecida por la legislación de un Estado la asimilación de hechos o acontecimientos análogos cumplidos en otro Estado como si se hubieran producido en el Estado que requiere el cumplimiento de la condición. De este modo, el primer Estado otorga efectos jurídicos a los hechos o acontecimientos ocurridos en el otro Estado como si hubieran ocurrido en su territorio. De la misma manera el disfrute de prestaciones reconocidas o los ingresos obtenidos en otro Estado tendrán valor en el Estado competente. Ahora bien, como señala la sentencia del TSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª de 10 de abril de 2019 (JT/2019/410), para que opere este principio se hace necesario que se trate de prestaciones equivalentes. En este sentido, para determinar la equivalencia entre las prestaciones no basta con que se traten de prestaciones económicas destinadas a cubrir la misma contingencia, la limitación en la capacidad de trabajo, sino que deben responder a situaciones de hecho y de derecho equiparables de manera que el cuadro clínico padecido opere en ambas prestaciones, o mejor dicho, que el cuadro clínico que determina la incapacidad en otro Estado tenga virtualidad para determinar los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez en España, pues como hemos visto, los requerimientos para reconocer prestaciones de invalidez son distintos en los ordenamientos jurídicos de los Estados sometidos al Reglamento (CE) 883/2004.

## 5. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DE LA EXENCIÓN EN EL IRPF DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ PERCIBIDA DE UN ESTADO EXTRANJERO

La Dirección General de Tributos en sus dictámenes vinculantes nº V2113-10, V4005-15 y V0918 de 18 de abril de 2018 señalan que una pensión de invalidez percibida del extranjero, por un contribuyente, goza de exención prevista en el artículo 7.f) LIRPF siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1º.- Que el grado de incapacidad reconocida pueda equipararse en sus características a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

2º.- Que la entidad que satisface la prestación goce, según la normativa del país extranjero de que se trate, del carácter sustitutoria de la Seguridad Social.

Finalmente se señala que no corresponde a la Dirección General de Tributos pronunciarse sobre si existe equiparación o, en su caso, homologación de prestaciones por incapacidad permanente en sus grados de absoluta o gran invalidez, entre los distintos regímenes públicos de la Seguridad Social, es decir, el propio de la normativa española en

comparación o en referencia a cualquiera otras que regulen la Seguridad Social en el extranjero, por no ser competente por razón de la materia sobre este particular.

El problema es determinar el órgano competente para determinar los citados extremos.

## 6. COMPETENCIAS DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

El artículo 1 del RD 1300/1995, de 21 de julio establece que será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia que se trate:

a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma.

b) Verificar la existencia de lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y reconocer el derecho a las indemnizaciones correspondientes.

c) Resolver sobre la prórroga del periodo de observación médica en enfermedades profesionales y reconocer el derecho al subsidio correspondiente.

d) Determinar, en su caso, la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten procedentes en materia de incapacidades laborales y lesiones permanentes no invalidantes.

e) Declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

f) Evaluar la incapacidad para el trabajo a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario del derecho a las prestaciones económicas por muerte y supervivencia, así como de las prestaciones por invalidez del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

g) Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez.

h) Cuantas otras funciones y competencias le estén atribuidas por la legislación vigente en materias análogas a las que enumeradas en los apartados anteriores, en cuanto Entidad Gestora de la Seguridad Social, y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendada.

En el seno del INSS se constituyen los Equipos de Valoración de las Incapacidades como órganos colegiados técnicos compuestos por funcionarios del INSS, facultativos

médicos, e inspectores de trabajo que tienen entre otras funciones examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director provincial del INSS dictámenes-propuestas, preceptivos y no vinculantes, particularmente sobre la anulación o disminución de la capacidad para el trabajo por existencia de situaciones de invalidez permanente, calificación de estas situaciones en sus distintos grados.

Entre las funciones de los Equipos de Valoración de las Incapacidades se encuentra la de la determinación de la incapacidad permanente en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. En tal sentido, el artículo 28.1.c) de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobada por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril establece que la jubilación o retiro del funcionario se puede producir por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, que se declarará de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponde. Este órgano, como decimos es el Equipo de Valoración de Incapacidades y así la disposición adicional segunda del Real Decreto 397/1987, de 30 de abril establece que los dictámenes médicos preceptivos para la determinación de la existencia de la incapacidad permanente y, en su caso, fijación del grado de la misma, así como la verificación de lesiones, a efectos del reconocimiento del derecho a las prestaciones abonadas con cargo a los créditos de Clases Pasivas y cuya competencia esté atribuida a la Dirección General de Costes de Personal y de Pensiones Públicas, se emitirán por el equipo de Valoración de Incapacidades.

Asimismo el artículo 3 de la Orden de 22 de noviembre de 1996 establece que la emisión del dictamen preceptivo para la determinación de la existencia de incapacidad permanente para el servicio corresponderá, previa solicitud del órgano de jubilación competente, al Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS de la provincia en que tenga su domicilio el funcionario.

En este sentido hay que tener en cuenta que el concepto de incapacidad en el régimen de Clases Pasivas no concuerda con los grados de incapacidad permanente establecidos en el sistema de la Seguridad Social lo que invita a pensar que es el órgano apropiado para homologar conceptos distintos de incapacidad permanente.

Partiendo de la competencia del INSS a través de sus órganos administrativos para calificar la situaciones de incapacidad permanente diferentes, tanto en el Sistema de la Seguridad Social como en el Sistema de Clases Pasivas, la sentencia que comentamos concluye que dicha competencia se debe extender para determinar primero si las pensiones percibidas en terceros estados tienen el carácter de pensiones del régimen público de Seguridad Social de aquél Estado y en segundo lugar si la pensión reconocida es equiparable a los grados de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez propios de nuestro ordenamiento jurídico.

Si esto es así, hay que entender que los acuerdos del INSS al respecto, tiene el carácter de actos de trámite y por ende, no son susceptibles de impugnación autónoma ante la jurisdicción social al tener un contenido meramente declarativo por lo que el desacuerdo con

la resolución habrá de expresarse en la impugnación de las liquidaciones que se realicen por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

## 7. CRITERIOS INTERPRETATIVOS FIJADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2019

La sentencia fija los siguientes criterios interpretativos:

1º.- El reconocimiento de una pensión de invalidez en Suiza con un nivel del cien por cien no basta, por sí solo, para equipar dicha pensión con una prestación de incapacidad permanente absoluta del sistema español de Seguridad Social, porque en aquél Estado, a diferencia de lo que ocurre en España, no se distingue entre un grado de incapacidad que está referida sólo a la profesión que ejercía el interesado, aunque le impida en la totalidad de los cometidos de dicha profesión, y otro grado superior que se proyecta también sobre las profesiones.

2º.- La calificación de si una situación merece la consideración de incapacidad permanente absoluta corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los órganos reglamentariamente establecidos para examinar al interesado y emitir el correspondiente dictamen propuesta; y recae sobre el interesado la carga de aportar ante esos órganos todos los elementos que permitan probar cual fue la concreta situación que determinó la pensión extranjera cuya equiparación se pretenda con una pensión de invalidez absoluta del sistema español de Seguridad Social.

## 8. VALORACIÓN

Ciertamente, la respuesta del Tribunal Supremo es razonable y adecuada al fin propuesto si bien efectuando una interpretación que parte de la actual competencia del INSS para determinar el grado de inutilidad para el servicio de los funcionarios públicos. No obstante, a nuestro juicio la tesis del Tribunal Supremo topa con la inexistencia de una norma explícita de atribución de dicha competencia, lo que a nuestro juicio constituye un serio óbice.

En efecto, el artículo 5.3.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público exige la previa delimitación de las competencias de los órganos administrativos , añadiendo el artículo 8 de la citada ley que la competencia es irrenunciable y que se ejercerá en los términos establecidos legalmente.

En este sentido, consideramos necesario que se dicte una norma que atribuya al INSS la competencia para homologar las pensiones de incapacidad permanente reconocidas en otros Estados con lo que entendemos por incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez en nuestra legislación, así como también el procedimiento para hacer efectivo dicha homologación y su virtualidad en los procedimientos tributarios.

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# Impugnación de sanción administrativa impuesta por el consejo de ministros por falta de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social: tipo sancionador y causas exculpatorias de la responsabilidad. Comentario a la STS (social) núm. 969/2018, de 20 de noviembre (impugnación de actos de la Administración núm. 2/2018)

# Objection of administrative sanction imposed by the council of ministers for lack of income from Social Security contributions: sanctioning type and exculpatory causes of responsibility. Comment to the STS (social) no. 969/2018, of November 20 (objection of acts of the Administration No. 2/2018)

JESÚS GARCÍA ORTEGA
*CATEDRÁTICO DE LA DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSITAT DE VALÈNCIA*

**Resumen**

La sentencia de la Sala de lo Social del TS que se comenta, dictada en proceso en única instancia, resuelve la impugnación de un acto de la Administración, emanado del Consejo de Ministros, que sanciona a una empresa por no haber ingresado las cuotas de la Seguridad Social, habiendo cumplido las obligaciones formales. Es competente el orden social porque la sanción se impone como consecuencia de un Acta de infracción no vinculada a un Acta de liquidación. Se confirma la sanción económica en grado máximo por falta grave; no prospera la alegación de concurrencia de causa exculpatoria derivada de la difícil situación económica de la empresa, dedicada a la actividad de hostelería en la costa mediterránea en un contexto de crisis económica; y ello porque la situación de dificultad económica por la que atraviesa la empresa no puede ser considerada como fuerza mayor, circunstancia exculpatoria de la responsabilidad administrativa.

**Palabras clave**

Sanción administrativa; materia de Seguridad social; impago de las cuotas; Consejo de Ministros; proceso ante el Tribunal Supremo; tipo sancionador; fuerza mayor

**Abstract**

The ruling of the Social Chamber of TS that is commented, issued in a single instance process, resolves the objection of an act of the Administration, issued by the Council of Ministers, which sanctions a company for not having entered the Social Security quotas, having fulfilled the formal obligations. The social order is competent because the sanction is imposed as a result of a Infringement Act not linked to a Liquidation Act. The economic penalty is confirmed to a maximum extent for serious offense; the allegation of concurrence of exculpatory cause derived from the difficult economic situation of the company, dedicated to the activity of hospitality in the Mediterranean coast in a context of economic crisis does not thrive; and this because the situation of economic difficulty that the company is going through cannot be considered as force majeure, an exculpatory circumstance of administrative responsibility.

**Keywords**

Administrative penalty; Social Security matter; non-payment of quotas; Council of Ministers; proceedings before the Supreme Court; sanction type; force majeure

## 1. SUPUESTO DE HECHO

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó el día 21 de febrero de 2017 acta de infracción en materia de Seguridad Social a una empresa dedicada a la actividad de

*Fecha Recepción: 8-10-2019 – Fecha Revisión: 14-10-2019 – Fecha Aceptación: 23-10-2019*
*Pag. 115-133*

hostelería por incumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas, indicando que la sanción se encuadra en el art. 22.3 LISOS; se propone imponer la sanción en su gado máximo (188.202,48 euros), correspondiendo la competencia al Consejo de Ministros (arts. 40 y 48 LISOS). Según certificado emitido por la TGSS con fecha 17 de enero de 2017, la empresa mantiene una deuda con la Seguridad Social por descubierto de cuotas en el Régimen General de 185.781 euros, que asciende a 235.223,70 euros sumando intereses y recargo. Las deudas abarcan el periodo comprendido desde marzo de 2014 hasta octubre de 2016, excepto los meses de febrero y marzo de 2015. Las cuentas anuales de la empresa arrojan pérdidas de 125.157,87 euros en 2014 y 124.190,95 euros en 2015, pero no consta que haya estado en situación concursal durante el referido periodo.

La representación legal de la empresa presentó escrito de alegaciones ante la Jefatura de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, manifestando que ha tenido voluntad de pagar, pero que ha sido imposible y que llegó a un acuerdo de aplazamiento con la TGSS, presentando posteriormente hipoteca unilateral en garantía de dicho aplazamiento. Considera que la empresa se encuentra en situación extraordinaria, de fuerza mayor, derivada del carácter estacional de la actividad de hostelería en la zona de playa y que el pago de la multa abocaría al cierre.

La jefa de la Unidad Especializada formuló propuesta de resolución, confirmando el contenido del acta inicial. Considera que la empresa no se encuentra en ninguno de los supuestos excluyentes de responsabilidad, en cuanto la situación no tiene encaje en el concepto de fuerza mayor y el aplazamiento de cuotas acordado lo fue para el periodo de noviembre de 2011 a octubre de 2012, que la TGSS dejó sin efecto por haber incurrido la empresa en nuevos incumplimientos.

El Consejo de Ministros acordó en fecha 28 de julio de 2017 confirmar el acta de infracción e imponer la sanción de 182.202,48 euros, sancionando el hecho objetivo y cierto del incumplimiento en materia de cotización, sin concurrir ninguno de los supuestos excluyentes de la responsabilidad contenidos en el art. 22.3 LISOS. Se notificó la sanción el día 17 de agosto de 2017.

La empresa sancionada interpuso el día 18 de septiembre de 2017 recurso de reposición contra el referido Acuerdo del Consejo de Ministros alegando inexactitud de las cantidades reclamadas, lo cual acarrearía la nulidad del acta de infracción, así como la incidencia de situación de fuerza mayor en la empresa.

Tanto la Subdirección General de Ordenación de la Seguridad Social, como la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social en sus respectivos informes propusieron la inadmisión del recurso de reposición, por haberse interpuesto fuera de plazo, puesto que la sanción se notificó el 17 de agosto el plazo para recurrirla finalizaba el 17 de septiembre por aplicación de la Ley 39/2015. Finalmente, el Consejo de Ministros acordó con fecha 29 de diciembre de 2017 la inadmisión del recurso de reposición.

La representación de la empresa presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 26 de marzo de 2018 contra el Acta de infracción de 21 de febrero de 2017 y la resolución del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2017.

## 2. COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL PARA CONOCER DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social está y ha estado tradicionalmente escindida en orden a la atribución de competencia jurisdiccional[1], cuestión que reviste especial complejidad cuando se trata de la materia específica de impugnación de actos de las Administraciones públicas recaídos en el ejercicio de la potestad sancionadora.

La delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo en materia de impugnación de las sanciones administrativas por incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas sustantivas de Seguridad Social, ha sido en el pasado reciente una cuestión controvertida[2],que entronca con el diferente criterio seguido por la LOPJ para atribuir la competencia al orden social y al contencioso-administrativo, que deja a la materia de Seguridad Social en un territorio intermedio susceptible de ser encomendado a los órganos judiciales de uno u otro orden. En efecto, el art. 9.4 LOPJ atribuye competencia a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo para conocer "de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo"; es decir, sigue un criterio formal basado en la actuación producida por una Administración pública regida por el derecho administrativo, con independencia de su contenido material, con arreglo al cual la práctica totalidad de los actos de las entidades gestoras y servicios comunes quedarían residenciados en este orden jurisdiccional[3]. Por el contrario, a tenor del art. 9.5 LOPJ es competencia del orden social conocer las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, "así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social"; según este criterio material, lo determinante es la naturaleza de la pretensión deducida. Aunque con el inconveniente de la ausencia de unos contornos precisos de esta materia y de una delimitación conceptual precisa.

A la vista de los criterios contradictorios recogidos en la LOPJ la materia de Seguridad Social puede, de este modo, haber quedado en una zona de confluencia de ambos órdenes jurisdiccionales, social y contencioso-administrativo, lo cual permite que la ley ordinaria disponga de un amplio margen para delimitar la competencia jurisdiccional y adecuarla teniendo en cuenta la problemática que se suscite en su aplicación[4]. Pero, en todo caso, no puede desconocerse que según el art. 9.5 LOPJ el orden especializado es el orden social[5]. En este sentido, la doctrina especializada propuso superar la escisión competencial

[1] 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 Social núms. 15/16, 2006, p. 206.

[2] PÉREZ GUERRERO, M. L.: "Distribución de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo en materia de impugnación de sanciones administrativas por impago de cuotas de la Seguridad Social", TL núm. 131/2015, p. 265.

[3] LASAOSA IRIGOYEN, E.: "La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social en el presente", REDT núm. 159/2013, BIB 2013/1703, p. 4/23.

[4] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La materia contenciosa de Seguridad Social: Distribución y delimitación de competencias entre el orden social y el orden contencioso-administrativo. Inconvenientes de la actual situación y propuesta de unificación y control jurisdiccional en el orden social", en VV.AA. *Congreso de Magistrados del orden social: El futuro de la jurisdicción social*, CGPJ, 2007, p. 702.

[5] DESDENTADO BONETE, A.: "La jurisdicción de la Seguridad Social…", op. cit. p. 207.

unificando la jurisdicción, encomendando a los órganos del orden social "todas las cuestiones que afecten a materias laborales, de Seguridad Social en sentido amplio, incluyendo el control de legalidad de los actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho Administrativo" en estas materias[6]; en suma, la competencia jurisdiccional debería identificarse con la rama del derecho.

Pero el camino realmente seguido no ha sido el de la unificación de la competencia judicial en materia de Seguridad Social en un solo orden, en el social; bien al contrario, se ha mantenido la dualidad, aunque se ha transferido al orden social la competencia para conocer la impugnación de determinados actos de las Administraciones públicas sujetos a derecho administrativo. En efecto, el TRLPL de 1995 (RDLeg. 2/1005, de 7 de abril) atribuía la competencia al orden social para conocer las cuestiones litigiosas en materia de Seguridad Social incluida la protección por desempleo (art. 2.b) y, en sentido negativo, excluía de su conocimiento por el orden social "De las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral" (art. 3.a) y "De las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta" (3.b).

El primer intento de atribuir la competencia al orden social para conocer la impugnación de las resoluciones administrativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, excepto las relativas a las resoluciones en materia de gestión recaudatoria, se llevó a cabo por la DA 5ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE 14 julio) que modificaba el art. 3 de la LPL en tal sentido; aunque la entrada en vigor de esta concreta reasignación competencial entraría en vigor un año después del resto de la Ley, que fue a los cinco meses de su publicación en el BOE (DF 3ª). Pero antes de la entrada en vigor, la DA 24ª.Dos de la Le 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó la antes citada DA 5ª de la Ley 29/1998, añadiendo un número 3 al art. 3 de la LPL, del siguiente tenor: "En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número 2. Dicha Ley determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo". No obstante, el Gobierno incumplió la obligación de presentar el anunciado Proyecto de Ley, olvidando o abandonando lo dispuesto en el art. 3.2 LPL[7], por lo que la competencia para impugnar las sanciones administrativas por infracciones de orden social continuó atribuida al orden contencioso-administrativo, no llegando nunca a entrar en vigor el art. 3.2.a) LPL. En esta época de "leyes desbocadas"[8], de continuos ajustes del ordenamiento, se volvió a reformar el art. 3 LPL, pero para ensanchar el ámbito de las materias de Seguridad Social excluidas del orden social; así el art. 23 de la

[6] FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: "Competencia jurisdiccional contencioso-administrativa y control de actos administrativos en materia de Seguridad Social. Ventajas e inconvenientes de la unificación o separación de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social", Foro Social núms. 15/16, 2006, p. 205.

[7] VALVERDE ASENCIO, A. J.: "Competencia jurisdiccional para conocer de las pretensiones sobre infracciones administrativas en el orden social. Comentario al auto del Tribunal Supremo (sala especial de competencia) de 10 de julio de 2006", IUSLabor 1/2007, p.3/3.

[8] DESDENTADO BONETE, A.: "La jurisdicción de la Seguridad Social…", op. cit. p. 207.

Ley 52/2003, que reformó el art. 3.1.b LPL excluyendo la impugnación de las resoluciones en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a los riesgos profesionales, etc.

Finalmente, la transferencia al orden social de la competencia para conocer la impugnación de las sanciones administrativas por incumplimientos de las obligaciones en materia de Seguridad Social se llevó a cabo por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE del 11), que entró en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE (DF 7ª). Según esta norma, los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan "En impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3" (art. 2.letra o); los actos de las Administraciones públicas a que se refiere la letra o) son los relativos a las prestaciones; imputación de responsabilidades en materia de Seguridad Social; valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad y sobre las prestaciones a las personas en situación de dependencia. Se excluyen del conocimiento del orden social las impugnaciones de los actos administrativos en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarifación, afiliación, alta, baja y variación de datos y, en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas, y actos de gestión recaudatoria (art. 3.f) LJS).

En cuanto a las actas de infracción vinculadas con actas de liquidación, dispone el art. 14.4 del RD 928/1998, de 14 de mayo, que las actas de infracción por infracciones graves que conlleven la expedición de actas o propuestas de liquidación por los mismos hechos se formalizarán simultáneamente con las liquidaciones. Por lo demás, en el art. 34 del mismo Reglamento se establece el procedimiento conjunto.

En la exposición de motivos, la Ley da cuenta del intento fallido de 1998 de racionalizar el reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales social, contencioso-administrativo y civil, tarea que acometía definitivamente la misma "a partir de la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social y de una mayor agilidad en la tramitación procesal", con fundamento en su mayor especialización, para evitar, entre otros inconvenientes, la disparidad de criterios jurisdiccionales y la dilación en la resolución de los asuntos.

En los artículos 2 y 3 de la LJS se mantiene, por tanto, la tradicional dualidad jurisdiccional en materia de Seguridad Social; en este sentido, la concreta cuestión relativa a la impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social, inicialmente resultaba dudosa la delimitación del ámbito competencial del orden contencioso-administrativo en materia de impugnación de actos recaídos en el ejercicio de la potestad sancionadora. De esta manera, se sostuvo que la división de lo prestacional y lo recaudatorio en dos órdenes jurisdiccionales distintos alcanzaba también a la actividad sancionadora: las sanciones que tuvieran relación con la cotización o actos de encuadramiento quedarían

extramuros del orden social[9]. En el mismo sentido se pronunció una primera línea de la jurisprudencia social, para la que la impugnación de una sanción impuesta por no haber ingresado dentro de plazo las cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta con las mismas, se trataría de una litis en la que se impugna una "sanción impuesta con ocasión de un acta de infracción levantada a la demandante con ocasión de actos de gestión recaudatoria", declarando la incompetencia del orden social (SSTS de 28 de octubre de 2013, rec. 3/2012 y de 21 de enero de 2014, rec. 2/2012).

No obstante, la Sala de Conflictos de Competencia del TS, por Auto 15/2014, de 24 de septiembre, conflicto 16/2014, hizo una interpretación diferente a la antes citada, proveniente de la Sala de lo Social del TS, de las reglas de competencia en materia sancionadora y su distribución entre el orden social y el contencioso-administrativo contenidas en los arts. 2.n) y s) y 3.f) LRJS. En efecto, ante una sanción administrativa impuesta por la autoridad laboral por una falta grave, motivada por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 22.2 TRLISOS), parte del principio de concentración en el orden social, por su mayor especialización, del conocimiento de las materias que puedan calificarse como sociales y, específicamente, para conocer la impugnación resoluciones administrativas de la autoridad laboral dictadas en materia laboral, sindical y de Seguridad Social. Considera que en el diseño competencial contenido en la LRJS hay una atribución general al orden social para conocer la impugnación de los actos de las administraciones públicas relacionados con el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y de Seguridad Social, con las excepciones contenidas en el art. 3.f).

Siendo la regla general la atribución de la competencia en materia de impugnación de sanciones administrativas al orden social, las excepciones han de ser interpretadas de forma restrictiva. Por tanto, las impugnaciones de actos administrativos en materia de Seguridad Social que se excluyen del orden social en el art. 3.f) LRJS son los relativos a inscripción de empresas, formalización frente a la protección de los riesgos profesionales, tarifación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de los trabajadores, así como en materia de actas de liquidación. Pero, "por lo que respecta al ejercicio de la potestad sancionadora tan solo se excluye las actas de infracción vinculadas con liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria". Resulta evidente, por tanto, que en esa excepción no queda comprendido el supuesto debatido, en que se había impuesto una sanción por una infracción consistente en no haber dado de alta a un trabajador, pero dicha infracción no llevaba aparejada una liquidación de cuotas, ni se debate sobre el importe de las cuotas que se liquidan (Auto 15/2014, de 24 de septiembre). La Sala de lo Social del TS rectificó expresamente el criterio anteriormente seguido y en STS de 22 de julio de 2015, proceso 4/2012, afirmó la competencia del orden social para conocer de la impugnación de una sanción, por infracción grave, impuesta por el Consejo de Ministros como consecuencia de un Acta de Infracción por incumplimiento de obligación de cotizar a la Seguridad Social durante el periodo de octubre de 2009 a noviembre de 2011, habiendo presentado los documentos de cotización (art. 22.3 TRLISOS), porque dicha Acta no está vinculada a un acta de liquidación de cuotas, que es inexistente. Se trata, en suma, de un litigio en que se impugna un acto sancionador y no una liquidación de cuotas. El mismo criterio es seguido por la Sala Cuarta del TS en la sentencia que comentamos (STS de 20 de noviembre de 2018,

[9] LASAOSA IRIGOYEN, E.: "La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social…" op. cit. p. 22/23.

Impugnación de actos de la Administración núm. 2/2018) y en la de 6 de marzo de 2019, Impugnación de actos de la Administración núm. 1/2017 (sanción impuesta por el Consejo de Ministros como consecuencia de un acta de infracción por comisión de una infracción muy grave en materia de formación profesional para el empleo (art. 23.1.f) TRLISOS).[10]

De otro lado, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS ha asumido la doctrina sentada a partir del Auto de la Sala de Conflictos de competencia antes citado, en el sentido de declararse incompetente para conocer de la impugnación de una sanción administrativa (STS de 23 de mayo de 2017, rec. 4227/2015, relativa a la impugnación de una sanción impuesta por el Consejo de Ministros), como consecuencia de un Acta de infracción en materia de Seguridad Social en que se sanciona la falta de ingreso de las cuotas aun habiendo presentado los documentos de cotización, pero sin formalización de acta de liquidación conjunta, que por lo demás no es preceptiva (art. 38.1 RD 928/1998, de 14 de mayo). En este caso cabe la recaudación en vía ejecutiva de las cuotas, aun sin previa reclamación de deuda o de acta de liquidación, mediante la emisión de providencia de apremio (art. 85.1.a) RD 928/1998); esta providencia es título suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la TGSS y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los sujetos obligados al pago de la deuda (art. 38.1 LGSS).

## 3. PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATRIBUIDOS AL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL DICTADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS

La impugnación de los actos administrativos no prestacionales en materia de Seguridad Social que, según antes se ha visto, sea competencia del orden social de la jurisdicción, se tramitan con arreglo a la modalidad procesal regulada en los arts. 151 y 152 de la LRJS.[11]

No obstante, la competencia funcional para conocer de la impugnación de los actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden jurisdiccional social cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en única instancia (art. 9.a) LRJS). En cuyo caso las reglas procesales específicas que rigen estos procesos vienen recogidas en el art. 205.2 LRJS, que más que una modalidad procesal, configuran unas "normas procedimentales" singulares, que no se avienen con los principios que informan el proceso laboral (oralidad, inmediación y concentración).[12]

La atribución de competencias en el ejercicio de la potestad sancionadora de las infracciones en el orden social en general y en materia de Seguridad Social en particular, viene recogida en el art. 48 TRLISOS. Este precepto fue reformado por la DF Primera de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad

[10] GARCÍA RUBIO, M. A.: "Infracciones y responsabilidades en materia de Seguridad Social", en VV.AA. *Derecho de la Seguridad Social*, Roqueta Buj, R., y Garcia Ortega, J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 8ª ed. 2019, p. 717.

[11] ALFONSO MELLADO, C. L.: "Reclamaciones judiciales en materia de Seguridad Social", en VV.AA. *Derecho de la Seguridad Social*, Roqueta Buj, R., y Garcia Ortega, J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 8ª ed. 2019, pp. 749 y ss.

[12] BLASCO PELLICER, A.: "El proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social", en VV.AA. *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Blasco Pellicer, A. (Dir.), València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 1669.

Social, que le dio la actual redacción. Según esta, el ejercicio de la potestad sancionadora de las infracciones y sanciones del orden social en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá al órgano competente, según lo que reglamentariamente se disponga (art. 48.1 LISOS). En este ámbito hay que tener presente la doctrina constitucional, en cuanto a la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social, que el art. 149.1.17 CE «obliga a distinguir, desde un punto de vista competencial, entre la Seguridad Social y su régimen económico. Respecto a la primera es evidente que, ostentando la Comunidad Autónoma competencias ejecutivas, "le corresponde ejercitar las potestades sancionadoras que garanticen el cumplimiento de la legislación básica estatal y de la autonómica que la desarrolle (STC 102/1995, FJ 32).[13] No obstante, se reserva "al Estado, como propia de su competencia en materia de régimen económico, la potestad sobre «aquellas infracciones que recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, esto es, las que definen ilícitos que se hallan inmediatamente referidos a la percepción de sus ingresos o a la realización de los gastos correspondientes»" (SSTC 195/1996, FJ 8; 51/2006, FJ 4, y 104/2013, FJ 4 y STC 272/2015, de 17 de diciembre).

Pues bien, no habiéndose producido el anunciado y necesario desarrollo reglamentario, continúa siendo de aplicación la regulación que en esta materia de atribución de competencias sancionadoras existía con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 23/2015 (DT 2ª de la misma). En este sentido, las competencias para sancionar en el orden social en el ámbito de la Administración General del Estado, corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la autoridad competente a nivel provincial, hasta 31.000 euros; al Director General competente, hasta 62.500 euros; al titular del Ministerio competente en materia de Empleo y Seguridad Social hasta 125.000 euros y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, a partir de 125.001 euros (art. 48.1 TRLISOS).

En el caso que nos ocupa, se sanciona la infracción grave consistente en: "No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria" (art. 22.3 LISOS). Las sanciones se gradúan en este caso a partir del dato objetivo de la cuantía adeudada, de forma que "la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros (art. 39.2. Segundo párrafo LISOS). En cuanto a la cuantía de las sanciones, "La infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados,

[13] BLASCO PELLICER, A.: "Las sanciones administrativas en materia de Seguridad Social", en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (Codir.), Granada, Comares, 2008, p. 1524.

incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 %; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 %" (art. 40.1.d)1. LISOS).

A tenor de las circunstancias del caso, la cuantía del descubierto por las cuotas adeudadas era de 185.781 euros, que ascendía a 235.223,70 euros sumando intereses y recargo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el acta levantada propuso la imposición de una sanción en su grado máximo, en cuantía de 188.202,28 euros. Por tanto, la competencia para sancionar correspondía al Consejo de Ministros.

Una vez notificado el acto por el que el Consejo de Ministros impone la sanción, la empresa sancionada puede interponer el recurso potestativo de reposición regulado en los arts. 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), o impugnarlo directamente mediante escrito solicitando se tenga por anunciada la impugnación jurisdiccional presentado ante la Sala de lo Social del TS, que deberá presentar en el plazo de los dos meses siguientes a la notificación del acto impugnado (art. 205.2 LRJS).

El recurso potestativo de reposición ha de ser interpuesto en el plazo de un mes –contado de fecha a fecha– ante el mismo órgano que hubiera dictado el acto impugnado y, hasta su resolución expresa o desestimación presunta, no cabe ejercer la impugnación judicial (art. 123. 2 LPAC). El plazo máximo para dictar resolución es de un mes (art. 124.2 LPAC). El proceso de impugnación del acto administrativo se iniciará mediante el escrito solicitando que se tenga por anunciada la impugnación jurisdiccional, al que se acompañará copia del acto impugnado, que habrá de presentarse en el plazo de los dos meses siguientes a la desestimación expresa o presunta del recurso de reposición potestativo (art. 205.2 LRJS).

En esta "modalidad procesal" (STS de 6 de marzo de 2019, impugnación de actos de la Administración núm. 1/2017) se observarán las reglas específicas que establece el art. 205.2 LRJS. De no concurrir causa de inadmisión se procederá a la reclamación del expediente administrativo a la Administración autora del acto, con simultáneo emplazamiento de los interesados; se pondrá a disposición del recurrente o recurrentes para que en el plazo común de quince días procedan a la formalización de la demanda. Del escrito o escritos de demanda se dará traslado a la representación de la Administración del Estado y demás partes personadas para contestar la demanda en el plazo común de quince días. Cabe aportar prueba documental distinta de la que obre en el expediente administrativo con los escritos de demanda y contestación, pudiendo solicitar la práctica de diligencias cuando exista disconformidad con los hechos y lo estime necesario el Tribunal, que señalará a tal efecto una vista única para la práctica de la prueba. De haberse practicado prueba, el Tribunal resolverá dar traslado para conclusiones por un plazo común de diez días, salvo que estime necesaria la celebración de vista. En los diez días siguientes a la presentación de la contestación a la demanda, o presentación de conclusiones o celebración de la vista, en su caso, se señalarán los autos para votación y fallo y la sentencia se dictará en los diez días siguientes y en ella se efectuarán los pronunciamientos que correspondan en los términos establecidos en el art. 151.9 LRJS: declarar la inadmisibilidad de la demanda; desestimar la demanda cuando se ajuste a derecho el acto impugnado; estimar la demanda si se aprecia infracción del ordenamiento, incluida la desviación de poder o declarar la nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan

causado indefensión. Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TS actuando en única instancia no cabe ulterior recurso.

Las reglas especiales establecidas para los procesos en única instancia ante el TS son compatibles con la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales (arts. 151 y 162 LRJS). En este sentido, de no existir regulación especial, el procedimiento se regirá por los principios y reglas del proceso ordinario y en lo no expresamente previsto serán de aplicación las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 28/198, de 13 de julio, LJCA), en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social. En el mismo sentido, con carácter general hay en la LRJS una remisión a la LEC como norma supletoria, excepto en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, en cuyo caso cumple esta función la LJCA con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social (DF 4ª LRJS). En concordancia con lo anteriormente señalado, la jurisprudencia aplica en esta peculiar "modalidad procesal" las reglas del proceso ordinario sobre forma de la sentencia (STS de 20 noviembre 2018, sobre la fundamentación de los hechos probados), o sobre la no condena en costas a la parte vencida, porque el régimen de condena en costas en el orden social es el del vencimiento en el recurso, no en la instancia, sin admitir construcciones de la LEC o LJCA que colisionarían con tal principio (STS de 6 de marzo de 2019). De otro lado, se han aplicado las reglas específicas del proceso de impugnación de actos administrativos en materia de adopción de medidas cautelares (art. 152.1 LRJS), habiendo la Sala acordado la suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados (vid. STS de 6 de marzo de 2019).

## 4. SANCIÓN ADMINISRATIVA POR INFRACCIÓN GRAVE POR FALTA DE INGRESO DE LAS CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL HABIENDO CUMPLIDO DENTRO DE PLAZO LAS OBLIGACIONES FORMALES

La normativa de Seguridad Social establece una serie de obligaciones formales y materiales que recaen sobre los sujetos que forman parte de la relación de Seguridad Social y que cumplen una función instrumental o supeditada al fin propio de la misma, que es proteger de forma adecuada a las personas incluidas en su ámbito de aplicación frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en la LGSS (art. 2.2). Pero no contempla el TRLGSS un régimen sancionador por incumplimientos de las obligaciones formales y materiales que recaen sobre los empresarios, sino que se remite en materia de infracciones y sanciones a lo dispuesto en la LISOS (art. 135.1 LGSS). Aunque, la función de la LGSS es más compleja, en tanto en cuento establece el contenido concreto de las obligaciones cuyo incumplimiento se tipifica como infracción en la LISOS.[14]

La potestad sancionadora de la Administración se ejerce en el ámbito social con sometimiento al régimen de infracciones, sanciones y procedimiento establecidos en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), aprobado por RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, vigente a partir de 1 de enero de 2001, que aplica los principios constitucionales de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE) que conforman el derecho sancionador del Estado. Se trata no solo de un

[14] En este sentido, BLASCO PELLICER, A.: "Las sanciones administrativas en materia de Seguridad Social", op. cit. p. 1522.

mecanismo sancionador de las conductas tipificadas como antijurídicas y constitutivas de infracción, sino que cumple también una función tutelar de los trabajadores en cuanto parte débil en la relación de trabajo, así como del interés de la sociedad en general, que no puede quedar limitado a la protección judicial de los derechos sociales a instancia de parte[15].

La LISOS tipifica las infracciones y sanciones de las diferentes parcelas normativas que conforman el ámbito social; a las infracciones en materia de Seguridad Social le dedica la norma el Capítulo III, artículos 20 a 32, interesando aquí el concepto de infracción (art. 20), la sección primera (arts. 21 a 23, relativa a las infracciones de los empresarios, entidades de formación, entidades que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programadas por las empresas, trabajadores por cuenta propia y asimilados, así como los arts. 39 y 40 del Cap. VI que establecen normas generales en materia de infracciones y sanciones a los empresarios, y en general, a otros sujetos que no tengan la condición de trabajadores o asimilados.

En cuanto al concepto, las infracciones en materia de Seguridad Social son "acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el art. 2.2 de la presente Ley, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley" (art. 20.1 LISOS), concretando el art. 20.2 que se asimilan a las infracciones en esta materia las producidas respecto a otras cotizaciones que recaude el sistema de Seguridad Social. Por tanto, las cuotas que técnicamente no son cuotas de la Seguridad Social pero que se recaudan juntamente con aquellas, gozan del mismo régimen de tutela administrativa.

La LISOS aplica en su ámbito los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, pero las normas reguladoras de las obligaciones cuyo incumplimiento por acción u omisión supone infracción que hace incurrir en responsabilidad administrativa, son las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el Sistema de Seguridad Social. Las normas reguladoras de otros ámbitos o parcelas de protección social no tienen esta naturaleza que permite desencadenar los mecanismos propios de la tutela administrativa[16]; por ello no es intrascendente la expresa asimilación de las cuotas de recaudación conjunta a que antes se ha hecho referencia. Aunque la definición legal antes transcrita sitúa en posición de igualdad a las normas legales y las reglamentarias, su papel no puede equipararse en modo alguno; por imperativo del principio de legalidad los elementos básicos de las conductas antijurídicas y las sanciones deben venir suficientemente descritos en norma con rango de ley. El reglamento de desarrollo puede concretar o especificar la norma legal, cumpliendo una función de "complemento normativo de la Ley"[17], pero íntimamente vinculado a la misma, sin autonomía propia. Esta función es de especial relevancia en una rama del derecho, como es la de la Seguridad Social, especialmente en cuanto a las técnicas instrumentales para la organización de la acción protectora en que, por la variedad de situaciones incluidas y necesitadas de regulación específica, resulta necesaria la norma reglamentaria que concrete

[15] VV.AA., *Manual de Derecho Administrativo Laboral,* Monereo Pérez, J. L. (Coord.), Madrid, Tecnos, 2012, p. 295.

[16] GARCÍA MURCIA, J.: "Las infracciones y sanciones administrativas en materia de Seguridad Social", en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (Codir.), Granada, Comares, 2008, p. 1507.

[17] VV.AA., *Manual de Derecho Administrativo Laboral,* Monereo Pérez, J. L. (Coord.), op. cit. p. 302.

la aplicación de las reglas generales. De otro lado, el principio de tipicidad implica que las conductas antijurídicas deben venir descritas en la ley con alto grado de precisión, así como de las sanciones a imponer.

En el proceso de impugnación de actos de la Administración núm. 2/2018 seguido ante la Sala de lo Social del TS en única instancia, se dirige la demanda contra el Acta de infracción en materia de Seguridad Social levantada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en la que se constata un incumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al periodo comprendido entre marzo de 2014 y octubre de 2016 (excepto febrero y marzo de 2015), conducta tipificada en el art. 22.3 LISOS, y se propone la sanción en su grado máximo, y contra la resolución del Consejo de Ministros por la que se desestimaba el recurso de reposición formulado.

El acto administrativo impugnado en el asunto que está en el origen de la sentencia que se comenta se inserta en el ámbito del derecho sancionador del Estado, y se dicta en aplicación de un tipo sancionador en el que se describe una conducta antijurídica consistente en el incumplimiento de una obligación en materia de Seguridad Social; en concreto, la de no ingresar las cuotas o no ingresarlas en la cuantía debida pese a haber cumplido dentro de plazo las obligaciones formales establecidas en los apartados 1 y 2 del art. 26 LGSS, sin concurrir alguna de las circunstancias exculpatorias mencionadas en el art. 22.3 LISOS, que tipifica la conducta descrita como infracción grave.

El tipo sancionador recogido en el periodo temporal en que acontecieron los hechos que se sancionan por el acto administrativo que se revisa en el presente proceso seguido ante el TS en única instancia, ha sufrido diversas reformas desde el inicial texto de la LISOS, publicado en el BOE de 8 de agosto de 2000 (en vigor a partir de 1 de enero de 2001, DF única RDLeg. 5/2000).

En el texto inicial, recogido en el art. 22.5 LISOS, se sancionaba: "5. No ingresar, en la forma y plazo procedente, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda el sistema de la Seguridad Social, o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una situación extraordinaria de la empresa y no se haya efectuado la presentación prevista en el número anterior." El núm. 4 sancionaba la falta de ingreso de las cuotas, sin presentar en plazo reglamentario los documentos de cotización y la no transmisión o no acogimiento de los datos de cotización por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos electrónicos o telemáticos.

En la reforma de la LISOS llevada a cabo por el art. 24 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (BOE del 11, vigente a partir de 1 de enero de 2004 según la DF 2ª), modificó la literalidad del tipo sancionador y lo ubicó en el núm. 3 del art 22 LISOS, donde se mantiene en la actualidad; el tenor literal de la nueva redacción fue: «3. No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, habiendo presentado los documentos de cotización o utilizado los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una situación extraordinaria de la empresa y que dicho impago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta con ellas no sea constitutivo de delito conforme al artículo 307 del Código Penal.»

La anterior redacción del art. 22.3 LISOS fue modificada por la DF 8ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de PGE para 2009, con efectos de 1 de enero de 2009 y vigencia indefinida, y la redacción que sigue: «3. No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una situación extraordinaria de la empresa y que dicho impago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta con ellas no sea constitutivo de delito conforme al artículo 307 del Código Penal.»

El mismo tipo sancionador volvió a ser reformado por el art. 4.4 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (BOE 27 diciembre y entrada en vigor al día siguiente, DF 9ª), quedando redactado en la forma que sigue: "3. No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria."

El texto actualmente vigente del art. 22.3 LISOS quedó redactado en virtud del art.2.2 de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social (BOE del 27 y entrada en vigor al día siguiente, DF 5ª) en los siguientes términos: «3. No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria.»

Se trata de un tipo sancionador que no ha gozado, precisamente, de estabilidad normativa; más bien, ha sido objeto de un continuo ajuste. Por lo demás, el texto de la LGSS a que se refiere la última y vigente versión del art. 22.3 LISOS, es el aprobado por RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, si bien los números 1 y 2 del art. 26 fueron modificados por el art. 1.4 de la Ley34/2014, de 26 de diciembre, antes citada; su texto viene recogido en el art. 29.1 y 2 del vigente TRLGSS, aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre.

### 4.1. Tipo sancionador

En el periodo en que se devengaron las cuotas impagadas (marzo de 2014 a octubre de 2016), omisión por la que se impone la sanción que se impugna en este procedimiento, hubo dos redacciones del tipo sancionador recogido en el art. 22.3 LISOS antes transcritas. No hay diferencias sustanciales que afecten a la descripción del incumplimiento que se sanciona, sino en las formalidades que el sancionado ha cumplido. En la redacción vigente hasta 27 de diciembre de 2014 se incurre en el ilícito administrativo por no ingresar las cuotas o no ingresarlas en la cuantía debida, "habiendo presentado los documentos de

cotización", formalidad administrativa que en la redacción vigente a partir del día 28 de diciembre de 2014 (y hasta la actualidad) se sustituye por haber "cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del TRLGS". El art. 26.1 LGSS imponía a los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar el deber de "realizar la transmisión de las respectivas liquidaciones o a presentación de los documentos de cotización dentro de los plazos reglamentarios establecidos", que era el procedimiento tradicional de liquidación de las cuotas; la misma Ley 34/2014, modificó los apartados 1 y 2 citados y antes transcritos, y el art. 19.1 TRLGSS, estableciendo junto al anterior sistema de autoliquidación otro de liquidación directa de las cuotas de cada trabajador en alta realizado por la TGSS a partir de los datos de que disponga y los que deba aportar por medios electrónicos, el sujeto responsable en cada periodo de liquidación.

En el supuesto de hecho consta que en este caso la empresa cumplió las obligaciones formales en cuanto a la liquidación de cuotas en la totalidad del periodo a que se refieren los impagos, por tanto, ninguna incidencia tiene la modificación del tipo legal a estos solos efectos. Parece razonable la aseveración que se contiene en el fundamento de derecho segundo, apartado tres, en el sentido de que los cambios habidos en la redacción del tipo sancionador son inocuos a los efectos del procedimiento sancionador, porque afectan a la obligación instrumental que sí cumplió la empresa. En sentido contrario, si la reforma hubiera afectado a elementos definitorios del tipo sancionador aplicado, es decir, a las obligaciones incumplidas, o bien a las circunstancias exculpatorias, la nueva descripción del tipo solo se podía aplicar a los incumplimientos posteriores a su vigencia formal.

La norma sancionadora aplicable ha de ser la vigente en el tiempo en que se comete la infracción; que en este caso consiste en no ingresar las cuotas a la Seguridad Social durante un periodo de tiempo. Por ello, se rechaza la petición de la entidad sancionada en la que reclama la aplicación de una versión anterior del tipo sancionador, más benévola, que admitía con mayor flexibilidad la exculpación empresarial pese a la realidad del impago, con fundamento en que la empresa ya era incumplidora de las mismas obligaciones durante la vigencia de la versión anterior que se aviene mejor con sus intereses.

En cuanto a la determinación del tipo sancionador aplicable en los casos como el presente en que el incumplimiento es continuado en el tiempo y durante el mismo el tipo resulta afectado por una reforma normativa más severa, la normativa aplicable sería la más favorable vigente con anterioridad. En efecto ante una sanción por impago de las cuotas desde diciembre de 2010 a enero de 2013, se consideró que "…cuando concurría la extraordinaria situación de la empresa –que la Administración no cuestiona en su escrito de contestación ni en vía administrativa al centrarse en el momento en que se dicta el auto que declara el concurso– y comienza a dejar de abonar las cuotas por esa situación extraordinaria, no puede ser de aplicación la descripción de la conducta que hace la ley posterior, aplicable desde el 28 de diciembre de 2012. Cambiando, por tanto, la norma sancionadora, por otra que limita, y restringe, la excusa prevista en el tipo, es decir, por una norma cuya aplicación resulta perjudicial al entonces presunto infractor" (STS Contencioso-Administrativo de 17 de octubre de 2016, rec. 28/2015), que resolvió sobre el fondo sin que, por lo demás, se planteara la cuestión del orden jurisdiccional competente para resolver.

La conducta omisiva imputada al sujeto responsable de la obligación de cotizar consiste en no ingresar en la forma y plazos reglamentarios las cuotas que por todos los conceptos recauda la TGSS, o no efectuar el ingreso en la cuantía debida.

Las cuotas de la Seguridad Social se deben ingresar en el periodo reglamentario; el ingreso fuera del mismo determinará la aplicación del recargo y de los intereses de demora (art. 25 LGSS de 1994, art. 28 LGSS de 2015). Como regla general, "las cuotas y recursos que se recaudan conjuntamente con ellas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo" (art. 56.1 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio).

El incumplimiento sancionable puede consistir tanto en la omisión total del ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y demás recursos que se recaudan conjuntamente, las denominadas cuotas de recaudación conjunta que fundamentalmente hacen referencia a las cuotas por formación profesional y por el fondo de garantía salarial, como en el incumplimiento parcial por no ingresar las cuotas por todos los conceptos que recauda la TGSS y en la cuantía debida; aunque la casuística puede ser amplia, el supuesto más habitual en este último caso consiste en la ocultación parcial de la base de cotización. En todo caso, la conducta omisiva sancionable incluye también la falta de ingreso de los recargos e intereses, lo cual se explicita en la norma tanto a los efectos de graduación de las sanciones (art. 39.2.2ºpárrafo LISOS), como para la determinación de la cuantía de las mismas (art. 40.1.d) LISOS).

La completa omisión del deber de cotizar durante un determinado periodo de tiempo coloca al empresario en situación de descubierto, que en caso de que no sea ocasional, sino que por su duración pueda ser considerado prolongado, hará recaer sobre el mismo la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones que se puedan causar en tal situación, especialmente si el descubierto afecta al periodo de carencia exigido. El ingreso de las cuotas en cuantía inferior a la debida también hacer recaer sobre el empresario la responsabilidad en orden a las prestaciones, en proporción a las cuotas debidas y no ingresadas, salvo error manifiesto. La responsabilidad prestacional en estos casos es compatible con la responsabilidad administrativa por los mismos incumplimientos (art. 43.1 LISOS).

La empresa recurrente alega su ausencia de voluntad incumplidora y el esfuerzo hecho en el pasado reciente para abonar las cuotas correspondientes a otros periodos. Pero estos argumentos no pudieron ser atendidos por la Sala, en cuanto que las acciones u omisiones que se tipifican como infracciones en materia de Seguridad Social en general, y la recogida en el art. 22.3 LISOS en particular, constituyen hechos objetivos no condicionados a la concurrencia de una culpabilidad especial o ánimo fraudulento. Se incurre en el tipo sancionador definido en el art. 22.3 LISOS por el mero hecho de la falta de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y de recaudación conjunta o ingreso en cuantía inferior a la debida, y de los recargos e intereses, cualquiera que sea la situación por la que atraviese la empresa y la ausencia o no de intencionalidad incumplidora o ánimo defraudador, e incluso aunque las cuotas adeudadas se ingresen posteriormente, con recargos e intereses. Expresamente considera la sentencia comentada que "la infracción se consuma con el incumplimiento, sin que desaparezca por el posterior abono de determinadas cantidades" (Fundamento de Derecho cuarto, apartado 2.B). Se ha tipificado, por tanto, una conducta incumplidora de tipo objetivo, sin incidencia de factores subjetivos en la calificación de la

infracción ni en la graduación de la sanción, que se vinculan a la cuantía no ingresada, sin considerar posibles circunstancias concurrentes (art. 39.2 LISOS en cuanto a la graduación y art. 40.1.d)1. LISOS en cuanto a la cuantía de las sanciones).

De la misma manera que se ha tipificado como infracción una conducta objetiva omisiva, el mismo art. 22.3 LISOS configura unas circunstancias, asimismo objetivas, eximentes de la responsabilidad: cuando la falta de ingreso obedezca a una declaración concursal de la empresa, se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria o traiga su causa en un supuesto de fuerza mayor

El ámbito de la fuerza mayor como circunstancia eximente es precisamente la cuestión central que aborda la sentencia comentada, que es precisamente el supuesto en que las sucesivas reformas del tipo sancionador han tenido más incidencia en los pronunciamientos jurisdiccionales.

### 4.2. Circunstancias exculpatorias: Inexistencia de fuerza mayor

La declaración concursal de la empresa es la primera de las exculpatorias o eximentes de la responsabilidad administrativa por falta de ingreso de las cuotas debidas a la Seguridad Social, además de las de recaudación conjunta. La declaración del concurso (art. 21 de la ley 9/2003, de 9 de julio, concursal) tiene trascendencia para el empresario deudor en cuanto constata su situación de insolvencia y abre la fase de ejecución patrimonial colectiva o concursal[18]. En este sentido, el empresario deudor deberá solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5).

Entre las manifestaciones externas de insolvencia en que deberá fundar el deudor la solicitud de declaración de concurso, la ley recoge el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases que enumera y, entre ellas, las de pago de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el periodo de tres meses anteriores a la solicitud de concurso (art. 2.4.4º LC), que pueden ser alternos o consecutivos. El incumplimiento ha de ser generalizado, debiendo alcanzar en este caso a la totalidad de las cuotas, o a un porcentaje mayoritario de las mismas, "excluyéndose, por tanto, los incumplimientos aislados"[19].

No obstante, el art. 5 bis LC, añadido por la ley 38/2011, de 10 de octubre, permite al deudor poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, antes del vencimiento del plazo de dos meses para solicitar la declaración del concurso; esta fase de preconcurso tiene una duración máxima de tres meses (art. 5 bis LC). Desde la presentación de la comunicación de negociaciones no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o

[18] BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 556 y 576.

[19] PULGAR EZQUERRA, Juana, comentando los artículos 2 , 5 y 5 bis de la LC, en VV.AA., *Comentario a la Ley Concursal*, Pulgar Ezquerra, J. (Dir.)., Madrid, Wolters Kluwer, 2016, p. 165.

empresarial del deudor, pero quedan excluidos de estas previsiones los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos los créditos de derecho público. Las entidades titulares de los créditos públicos no pueden transigir sus deudas en esta fase preconcursal, aunque sí pueden acordar aplazamientos y fraccionamientos de la deuda, lo cual es trascendente para el éxito de los acuerdos de refinanciación[20].

No obstante, en los casos en que el deudor incumple el deber de solicitar el concurso en el plazo antes indicado, pese a encontrarse de forma palmaria en situación de insolvencia patrimonial, suele argumentar tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial ante la imposición de una sanción administrativa por falta de ingreso de las cuotas, la mala situación económica que imposibilita el pago de la sanción, que impediría el cumplimiento de otras obligaciones o que, en todo caso abocaría al cierre de esta. La jurisprudencia ha rechazado estos argumentos, que buscan una forzada interpretación del concepto fuerza mayor, imputando "pasividad gestora" al recurrente; "carece igualmente de consistencia y debe ser rechazada como todas las anteriores, pues como señala acertadamente el Acuerdo de fecha 27 de septiembre de 2012 por el que se resolvió, desestimándolo, el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de fecha 29 de diciembre de 2012, con argumento que hacemos nuestro, si en la más favorable de las interpretaciones se entendiera que existía una situación de insolvencia que impedía a la empresa pagar puntualmente las cuotas, debería tenerse en cuenta que el artículo 5 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, establece que el deudor debe solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, y no consta que la demandante haya instado o iniciado trámite alguno para dicha declaración…" (STS de 22 julio 2015).

La segunda de las circunstancias exculpatorias de responsabilidad es haber solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria.

Está facultada la TGSS para conceder aplazamientos de pago; "a solicitud del deudor y en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, podrá conceder aplazamientos de pago de las deudas con la Seguridad Social, que suspenderá el procedimiento recaudador" (art. 23.1 LGSS de 2015), que comprenderá el principal de la deuda, los recargos, interesas y costas, pero no la aportación de los trabajadores, ni las cuotas por AT y EP. Se considerará incumplido si con posterioridad a su concesión el beneficiario deja de mantenerse al corriente en el pago de sus obligaciones con la Seguridad Social, en cuyo caso se iniciará o proseguirá el procedimiento de apremio. Por lo demás, "las empresas y demás sujetos responsables que tengan concedido aplazamiento para el pago de sus deudas con la Seguridad Social, en tanto no se produzca el incumplimiento a que se refiere el artículo 36 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, se considerarán al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social tanto a los efectos indicados en el artículo 31.3 de dicho reglamento como para el reconocimiento de prestaciones" (art. 17.1 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo).

[20] *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana, comentando los artículos 2 , 5 y 5 bis de la LC, en VV.AA., *Comentario a la Ley Concursal*, Pulgar Ezquerra, J. (Dir.)., cit. p. 238, en cuanto a las instrucciones de la AEAT.

En este caso no concurre esta circunstancia exculpatoria, no había un aplazamiento vigente, ni solicitud pendiente de resolver; si bien es cierto que a la empresa recurrente se le concedió un aplazamiento de las cuotas devengadas en un periodo anterior al correspondiente a las cuotas impagadas que motivan la sanción aquí impugnada, tal aplazamiento fue dejado sin efecto.

— Finalmente, la tercera circunstancia exculpatoria de la responsabilidad administrativa se debe a que la falta de ingreso obedezca a un supuesto de fuerza mayor. Esta causa resultó profundamente afectada por la reforma del tipo sancionador llevada a cabo por el art. 4.4 de la Ley 13/2012, que expresamente introduce la fuerza mayor, frente a la anterior "situación extraordinaria de la empresa". En este sentido, la STS (contencioso-administrativo) de 17 octubre 2016 aplica este último concepto a un supuesto en que la falta de ingreso de las cuotas se produjo fundamentalmente bajo la vigencia de este, a una empresa que atravesaba graves problemas de liquidez. También en el presente caso pretende la demandante que la difícil situación económica que atraviesa sea considerada como un supuesto de fuerza mayor, motivo no atendido por la STS de 20 de noviembre de 2018 que comentamos, sobre la base de que "no solo se trata de que la pretensión pugna con el significado que posee en la legislación laboral (además de en el Código Civil), sino que precisamente el legislador ha incorporado esa expresión para descartar que los problemas económicos de la empresa (por extraordinarios que fuesen) tengan cabida como circunstancias exculpatorias de responsabilidad administrativa" (Fundamento de Derecho segundo, 4.D).

— La fuerza mayor es un concepto jurídico indeterminado que viene admitida en el art. 1105 CC como supuesto de exoneración de responsabilidad, de forma que "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". La doctrina civilista define la fuerza mayor como un hecho externo caracterizado por la imprevisibilidad e inevitabilidad de su irrupción; entre los hechos de esta naturaleza se incluyen hechos naturales (terremotos, accidentes atmosféricos, sequía…), hechos ajenos (guerra, huelga, motín, explosión, incendio) o disposiciones legales o de autoridades impeditivas del cumplimiento; estas causa objetivas de justificación son incompatibles con la concurrencia de culpa, por leve que sea, del deudor.[21]

— La jurisprudencia contencioso-administrativa venía sosteniendo que corresponde a la función revisora de la jurisdicción "determinar si un acto administrativo concreto hace una aplicación correcta de la noción de fuerza

[21] SOTO NIETO, F. El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación. Barcelona, Ed. Nauta, 1965, pp. 31 y ss; y REGLERO CAMPOS, L. F., y MEDINA ALCOZ, L.: *Causas de exoneración de responsabilidad civil*: Culpa de la víctima y fuerza mayor (I), Aranzadi Instituciones BIB 2014/4182 y (II) Aranzadi Instituciones BIB 2014/4183, pp. 12-18/18.

mayor", que no constituye una potestad discrecional (STS de 23 junio 2003, rec. 2443/1999)[22].

— La Sentencia comentada se remite al concepto de fuerza mayor recogido en la STS de 22 de julio de 2015, relativa a un caso similar, "ha de entenderse por fuerza mayor, [...], un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable, requisitos éstos, que no concurren en el presente caso. En efecto, como consta en los hechos probados, está acreditada la existencia de una prolongada situación de impago puntual de las cuotas origen de la sanción, situación que se inició en el mes de noviembre de 2009, y que era previsible y enteramente imputable a la empresa, ya que, pudiendo solicitar un aplazamiento que le autorizara para pagar las cuotas fuera del plazo reglamentario de ingreso, y que así se la pudiera considerar, en tanto se cumplieran las condiciones requeridas, al corriente respecto de las deudas aplazadas, como admite expresamente en su escrito de demanda, la empresa no se planteó solicitar dicho aplazamiento hasta finales del mes de abril de 2011, esto es, cuando ya había incurrido en la infracción…".

— En suma, se desestima la demanda que dio origen al presente procedimiento ante el TS, considerando que el ejercicio de la potestad sancionadora se había ejercido dentro de los límites legales, declarando ajustada a derecho la sanción.

[22] Sobre la incidencia de los agentes atmosféricos y el límite a la exigencia de diligencia empresarial, *vid.* STS (cont-adm) de 19 octubre 1998, rec. 2411/1992.

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# Unificación de doctrina en torno a la determinación del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural.
# Comentario a la STS núm. 54/2019, de 24 de enero, Sala de lo Social, Sección 1ª

# Unification of doctrine regarding the determination of the recognition of the right to risk benefit during breastfeeding: commentary STS no. 54/2019, of January 24, Social Chamber, Section 1ª

FARAH AMAADACHOU KADDUR
*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.*
*UNIVERSIDAD DE GRANADA (CAMPUS DE MELILLA)*

**Resumen**

A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 54/2019, de 24 de enero, de la Sala de lo Social, en las páginas siguientes se pretende acometer un análisis jurídico-crítico en torno a la cuestión central que se plantea en el presente recurso de casación unificadora sobre la determinación del reconocimiento o no del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora, que en este caso presta servicios como ATS-DUE en el servicio de urgencias del SAMU, en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente o presencial de 12 horas, cada 6 días, realizando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencia y emergencias, tanto en domicilio como en la vía pública. Finalmente, y en sintonía con la doctrina del TJUE, será determinante en la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la afectada, la inclusión de un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar la existencia o no de riesgo para la salud o la seguridad de ella o la de su hijo.

**Palabras clave**

riesgo durante la lactancia natural, derecho a la prestación; prevención de riesgos laborales; suspensión del contrato de trabajo; discriminación directa por razón de sexo; evaluación de riesgos individualizada

**Abstract**

Regarding the Supreme Court ruling no. 54/2019, of January 24, of the Social Chamber, the following pages seek to undertake a legal-critical analysis of the central issue raised in the present appeal on the determination of whether or not to recognize the right to a risk benefit during a worker's breastfeeding period, which in this case provides services as an ATS-DUE in the SAMU emergency service, on a 24-hour day of permanent availability or in person for 12 hours, every 6 days, carrying out tasks inherent to their position in healthcare activity in urgent and emergency situations, both at home and in public. Finally, and in line with the doctrine of the ECJ (TJUE), the inclusion of a specific examination that takes into account the individual situation of the worker to determine whether or not there is a risk to the health or safety of her or her child will be decisive in the assessment of the risks presented by the job of the person concerned.

**Keywords**

risk during breastfeeding; right to benefit; prevention of occupational hazards; suspension of the employment contract; direct discrimination based on sex; individualized risk assessment

*Fecha Recepción: 17-7-2019 – Fecha Revisión: 25-10-2019 – Fecha Aceptación: 2-11-2019*
*Pag. 135-151*

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que aquí se comenta, viene a consolidar la protección a dispensar ante la situación de riesgo durante la lactancia materna, a propósito de la doctrina más reciente del TJUE sobre la materia que en estos momentos nos ocupa. Entre los principales elementos sobre los que se sustancia el presente supuesto de hecho, conviene destacar desde el inicio, la particularidad residenciada en el trabajo nocturno y/o el trabajo a turnos, que como ya se tendrá ocasión de abordar, van a ser determinantes para la valoración y la resolución final del caso. Además, con la circunstancia añadida de que la nocturnidad y la turnicidad se desarrollan durante prolongadas jornadas laborales, lo cual incrementa considerablemente el grado de dificultad de llevar a cabo la lactancia natural.

Otra de las cuestiones interesantes que también se suscita está directamente vinculada sobre la determinación de quién debe soportar la carga de la prueba, y como se recoge en la sentencia, no debe ser la trabajadora afectada la que tiene que demostrar el riesgo específico que puede generar la organización del tiempo de trabajo sobre la lactancia. Por tanto, es la empresa, y no la trabajadora afectada, la que debe probar la influencia o la consecuencia del trabajo sobre esta práctica maternal. En definitiva, junto a la delimitación de la contingencia, así como su ámbito de aplicación, el presente pronunciamiento judicial aborda el tema relativo a la carga de la prueba en la acreditación del riesgo que puede generar para la lactancia materna y, en concreto, el deber de incluir en la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora afectada.

## 2. RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA

- **Tipo de resolución**: Sentencia
- **Órgano**: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
- **Sección**: 1
- **Fecha**: 24/01/2019
- **Nº de Recurso**: 3529/2017
- **Nº de Resolución**: 54/2019
- **Procedimiento**: Recurso de casación para la unificación de doctrina
- **Ponente**: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego
- **Votos particulares**: Carece
- **ECLI**: ES:TS:2019:498
- **Fuente de consulta**: CENDOJ

## 3. ITINERARIO PROCESAL. CUESTIÓN CONTROVERTIDA Y HECHOS PROBADOS

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante dicta sentencia, con fecha 23 de febrero de 2015, en la que se declara como hechos probados los que se detallan a continuación. La demandante presta servicios para la Consellería de Sanidad en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU) y, en concreto, como personal estatutario temporal interina en plaza vacante, con la categoría profesional de ATS DUE. La demandante presta sus servicios en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente y presencial de 12 horas, exactamente de 9 a 9 horas, cada 6 días.

Durante el día, la trabajadora está la mayor parte del tiempo en la ambulancia, tanto en caso de salidas, como preparando el material necesario para la UVI medicalizada. Mientras que, por la noche, si no hay salidas, la trabajadora pasa el tiempo en las dependencias del centro del SAMU. En el trascurso de la jornada, se realizan asistencias de pacientes urgentes en domicilio y en vías públicas, en situaciones de peligro para los trabajadores por las condiciones físicas del medio o psíquicas de enfermos, manejo de pesos, posturas forzadas y mantenidas, riesgo biológico, estrés, etcétera.

Queda probado que el trabajo de la parte actora consiste en apoyar los tratamientos médico-quirúrgicos de emergencia que se practiquen, atendiendo la salud de los pacientes en situación de riesgo o estado crítico. Con motivo del desempeño de este trabajo, la trabajadora se encuentra expuesta a agentes químicos y agentes biológicos por contagio. También queda constatado que inciden factores físicos de riesgo ergonómicos, en concreto, debido a posturas forzadas de hombro y movilización de cargas y enfermos; factores psicosociales derivados del trato con los pacientes y la organización del propio trabajo, con una sobrecarga emocional ocasionada en buena parte por el manejo de situaciones críticas; y factores crono-biológicos vinculados a la turnicidad que interfieren negativamente en las condiciones consideradas adecuadas y normales para la lactancia materna.

La parte actora dio a luz a su hijo, permaneciendo en periodo de descanso por maternidad hasta el 31 de mayo de 2014, y proporcionó a su hijo lactancia materna.

Con fecha de 20 y 22 de mayo de 2014, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales emitió informe en el que proponía adaptar las condiciones de trabajo a la actora. En dicho documento se recomendaba evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno y extremar las medidas de higiene a fin de evitar la transmisión de infecciones. Igualmente, indicaba que en caso de que la madre amamantase o bien procediera a extraer la leche en el lugar de trabajo, se debería poner a su disposición un lugar confortable y adecuado, en cuanto a la limpieza, temperatura y privacidad, así como un frigorífico. No obstante, el informe también contemplaba que en caso de que finalmente no fuera posible o que aun así, persistiese la situación de riesgo, proponía la posibilidad de proceder a cambiar de puesto de trabajo o, en su defecto, optar por la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia, siempre y cuando persistiera la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o, en su caso, a otro compatible a su estado. Sin embargo, el informe era de apta con limitaciones.

Finalmente, no resulta posible llevar a cabo la adaptación necesaria del puesto de trabajo ni tampoco el traslado de la trabajadora afectada a otro de enfermera o de otro tipo en la Consellería de Sanidad. La razón principal reside en que el SAMU constituye un compartimento estanco de las restantes unidades sanitarias, y cuenta con una serie de procedimientos específicos de acceso y, además, cuenta con unas bolsas de trabajo propias. En relación a esta cuestión concreta, la directora del Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante se pronuncia a través de la emisión de un informe con fecha de 30 de septiembre de 2014, determinando que no era posible proceder a la adaptación del puesto que venía ocupando la demandante a ningún otro trabajo dentro del SAMU.

Dada la imposibilidad de poder compatibilizar la lactancia natural con el desempeño de su trabajo, desde el 1 de junio de 2014 hasta el 31 de octubre del mismo año, la actora se

encontraba en situación de excedencia, disfrutando su periodo vacacional del 1 hasta el 28 de noviembre de 2017.

Desde el 1 de enero de 2014 la Mutua Ibermutuamur se hace cargo de las contingencias profesionales, así como de la expedición de la correspondiente certificación médica por riesgo durante la lactancia. Con anterioridad a dicha fecha se ocupa el INSS mediante los EVIS, que expedían la certificación de riesgo durante la lactancia al personal de enfermería del SAMU. A la demandante se le reconoció la prestación por riesgo durante la lactancia del 25 de mayo al 2 de noviembre de 2011.

Con fecha de 11 de abril de 2014, la trabajadora afectada solicitó a la Mutua la adaptación de su puesto de trabajo y la certificación de riesgo durante la lactancia natural, petición que fue desestimada mediante resolución emitida el 23 de mayo de 2014.

Contra tal decisión la demandante planteó la reclamación previa el 18 de junio de 2014, que fue también desestimada. Asimismo, presentó reclamación previa contra el INSS, la Consellería de Sanidad el 15 de diciembre de 2014, ambas desestimadas el 13 de enero de 2015 y el 26 de enero de 2015 respectivamente.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante de 23 de febrero de 2015, estima la demanda presentada por la trabajadora afectada, y declara su derecho a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural en el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 4 de noviembre de 2014, sobre una base reguladora diaria de 88,31€. Dicha sentencia condena al INSS y a Ibermutuamur, a la Mutua a su abono, y en caso de insolvencia de la misma como responsable subsidiario el INSS, y absuelve a la Consellería de Sanidad.

Con posterioridad, la citada sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante de 23 de febrero de 2015 fue recurrida en suplicación por la Mutua Ibermutuamur ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia con fecha de 23 de mayo de 2017, en cuyo fallo estima el recurso de suplicación formulado por la Mutua contra la sentencia del Juzgado de lo Social, siendo parte recurrida la trabajadora afectada, el INSS y la Generalidad Valenciana – Consellería de Sanidad. En consecuencia, procede a revocar la referida sentencia.

Con motivo de este giro en sede judicial, la trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 29 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del País Vasco (RSU 9/2013). La fundamentación jurídica de dicha motivación se sustenta en el art. 207 e) de la LRJS, por vulneración de los artículos 188 y 189 de la LGSS en relación con el art. 26.1, 2 y 4 de la LPRL.

## 4. ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL BÁSICA

La sentencia que aquí se comenta forma parte de un repertorio de resoluciones judiciales emitidas en estos últimos meses y a las que conviene ineludiblemente referenciar: SSTS 53/2019, de 24 de enero (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro); 56/2019, de 24 de enero (Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer); 89/2019, de 6 de

febrero (Ponente: Excma. Sra. D.ª María Milagros Calvo Ibarlucea); 244/2019, de 26 de marzo (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez).

En la STS 53/2019, de 24 de enero, se discute sobre el derecho a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora que presta sus servicios como conductora de un camión de recogida de residuos, con exposición esporádica a sustancias nocivas y a los agentes biológicos que pudiera haber en las materias orgánicas en descomposición presentes en los contenedores que debe recoger y mantener limpios. La exposición a los agentes biológicos consta en la evaluación específica de riesgos laborales de su puesto de trabajo en situación de embarazo, maternidad reciente o periodo de lactancia, así como otro tipo de riesgos específicos de su situación biológica, tales como, por ejemplo, fatiga, vibraciones, entre otros. Y, también riesgos inespecíficos pero presentes en su puesto de trabajo.

La empresa certifica que no hay otro puesto de trabajo compatible con su estado de salud. En este caso, nos encontramos con una evaluación de los riesgos presentes en el puesto de trabajo de la afectada, aunque sin mencionar la turnicidad y la nocturnidad. Por consiguiente, resulta errónea la doctrina de la sentencia recurrida conforme a la cual la prestación debe denegarse, dado que no aparecen suficientemente descritos los riesgos existentes. En cualquier caso, incumbe a la parte empresarial acreditar debidamente que las medidas de protección no eran técnica u objetivamente posibles o irrazonables, es decir, ha de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia quien desarrolle la correspondiente actividad probatoria en contrario. Con el añadido, en este supuesto, de afirmar la existencia del riesgo y al mismo tiempo denegar la prestación porque no se ha concretado cuál en concreto y cómo incide en la trabajadora afectada, en consecuencia, constituye manifiestamente doctrina errónea.

De ahí pues, que el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora afectada contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de marzo de 2017, debe prosperar.

En la STS 56/2019, también de 24 de enero, la trabajadora afectada comenzó a prestar servicios con la categoría de DUE de Urgencias, realizando su labor en el SUMMA 112. La actora fue nombrada personal estatutario fijo. Como obra en los hechos probados de esta sentencia, la demandante realiza sus servicios en turnos de trabajo de 12 y 24 horas, teniendo una jornada laboral de lunes a domingo, con una jornada laboral completa de 1536 horas de trabajo efectivo. En concreto, las laborales que desempeña la actora, son las derivadas de la actividad asistencial, tanto en domicilio como en la vía pública, en situaciones de urgencia y emergencia, actividades que puede llevar a cabo en los diferentes recursos del SUMMA 112. Además, su puesto en concreto no figura como entre los exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la propia empresa, previa consulta de los representantes de los trabajadores. También queda probado que la asistencia que realiza, en este caso en concreto, es in situ y durante el traslado en los servicios de transporte sanitario correspondientes. Igualmente, tiene encomendada la adopción de medidas de carácter sanitario que se consideren necesarias, y para cuyo ejercicio se precise la titulación correspondiente a esta categoría. Otra de las asignaciones que lleva a cabo es el registro de la actividad de enfermeros y cumplimentación de toda la documentación que sea necesaria según la normativa y procedimientos. Junto a las tareas descritas, hay que adicionar la labor

que desempeña en cuanto al mantenimiento, revisión y custodia de utillaje y aparatos asignados a su cargo.

En este caso, nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos los que concurren en el puesto de la parte actora, pero, sin embargo, no se hace una referencia específica en torno a la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora afectada.

En este contexto, el Tribunal Supremo entiende que debe ser la parte que niega la situación de riesgo durante la lactancia la que tiene que llevar a cabo la actividad probatoria en contrario. Y, por consiguiente, aplicar las previsiones contenidas en el art. 26 LPRL y el art. 188 LGSS, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para proteger su seguridad o salud y presenta elementos de prueba que indican que la adaptación de las condiciones laborales de la trabajadora afectada o la posibilidad de efectuar un cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnicamente posibles.

En este supuesto, nada de esto ha sucedido y, además, se constata el incumplimiento del art. 26.1 LPRL por parte de la empleadora. En consecuencia, se procede a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS, y la confirmación de la sentencia dictada el 17 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se declara el derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia.

En la STS 89/2019, de 6 de febrero, la demandante, médico SAMUR, presta servicios en horario de trabajo de 9 horas a las 9 horas del día siguiente, a jornada completa en turnos cada 6 días y se encuentra en situación de lactancia natural. En este supuesto, el informe emitido por la empresa no se contemplan riesgos laborales por agentes físicos, químicos ni biológicos ni por condiciones de trabajo y sí únicamente por turnicidad, no resultando técnicamente posible la adaptación o, en su caso, el cambio de puesto de trabajo dada las características especiales que presenta el puesto, unido a la inexistencia de otro puesto de trabajo diferente acorde con la situación de riesgo.

Tras solicitar la prestación por riesgo para la lactancia, fue denegada por la Mutua desestimando el Juzgado de lo Social la pretensión en sentencia confirmada en suplicación. Razón por la cual, la trabajadora afectada en este caso, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

En el presente asunto nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora, pero, sin embargo, no hace una mención específica ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora. Por consiguiente, una vez más, es la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia quien tiene que proceder a desarrollar la actividad probatoria en contrario. En la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o bien de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o bien

el cambio de puesto no eran factibles, incumbe a la figura del empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

En el presente caso, nada de esto ha sucedido y, además, se constata que la empleadora ha incumplido el mandato contenido en el art. 26.1 LPRL.

Por tanto, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora sustentada únicamente en no considerar el trabajo de la parte actora como una actividad de riesgo, la verificación del listado de riesgos comunes de dicha actividad permite sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tienen sobre la lactancia materna, sin que la falta de una evaluación específica de tal eventualidad pueda derivar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a dicha protección.

En consecuencia, por todo lo expuesto, se procede a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 1 de septiembre de 2017.

Otra sentencia clave y reciente que conviene referenciar, es la STS 244/2019, de 26 de marzo, en la que se debe resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina sobre si cabe reconocer el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural a una trabajadora que presta sus servicios como camillera en servicio de transporte urgente con ambulancia, en régimen de turnos semanales de dos días en turno de mañana de 9 a 21 horas, dos en turno de noche de 21 a 9 horas, y cinco de descanso.

Tras reclamar el derecho por la parte demandante, el Juzgado de lo Social de los de Vizcaya, estimó la demanda y procedió a reconocer tal derecho. Sin embargo, la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 27 de febrero de 2018, revoca la sentencia de instancia y desestima la pretensión de la parte actora, por no quedar acreditada la concurrencia de algún factor de riesgo en el contexto de la prestación laboral, y quedando probada la ausencia de cualquier producto por inhalación o contacto que pudiera ser calificado como tóxico o pernicioso para la lactancia materna. Igualmente ha quedado probado que el centro de trabajo cuenta con instalaciones para que la trabajadora pueda extraer la leche materna con tranquilidad, higiene e intimidad, y pueda guardarla debidamente conservada.

En cualquier caso, la trabajadora demandante hace hincapié sobre el trabajo a turnos y la nocturnidad, dado que trabaja 2 días seguidos en turno de mañana, 2 días seguidos en turno de noche y descansa los 5 días siguientes.

En conclusión, procede la aplicación de la doctrina ya expuesta y consolidada en nuestra jurisprudencia que se aparta de la anterior y, obrando en consecuencia, en este supuesto se ha de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina.

En el presente caso, aun cuando no exista para la demandante el riesgo de contacto con sustancias químicas que puedan afectar a la lactancia natural, sin embargo, no se ha llevado a cabo una evaluación del riesgo que comporta el trabajo a turnos que desempeña la parte actora. Situación en la que, como ya se viene aplicando y ahora se reitera, corresponde a la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de

desarrollar la actividad probatoria en contrario. Puesto que en la medida en que una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y, además, presenta elementos probatorios que permiten indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 del art. 26 LPRL, concretamente la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o la opción de cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Una vez más, nada de esto ha sucedido en el presente supuesto litigioso, en el que, además, la empleadora ha incumplido el mandato del art. 26.1 LPRL.

Para concluir, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la sentencia recurrida basada exclusivamente en no considerar el trabajo que desempeña la parte actora como una actividad de riesgo, la verificación de las condiciones en las que la demandante desempeña su actividad, unido a las circunstancias anteriormente expuestas, procede la estimación del recurso para casar y anular la sentencia recurrida y resolver de este modo el debate suscitado en suplicación desestimando el planteado por la Mutua frente a la sentencia de 24 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social núm.7 de Bilbao.

## 5. POSICIONES DE LAS PARTES Y PRECEPTOS RELEVANTES

Como ya se ha señalado y ahora se reitera, la cuestión que se dirime en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es la determinación del reconocimiento o no del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora que presta servicios como ATS-DUE en el servicio de urgencias del SAMU en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente o presencial de 9 a 9 horas, cada 6 días, ejecutando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencias y emergencias en domicilio y en vías públicas.

Por tanto, la trabajadora afectada interpone el presente recurso de casación contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 747/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, con fecha de 23 de febrero de 2015, recaída en autos núm. 704/2014, seguidos a su instancia frente a Ibermutuamur, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social; el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS); y la Consellería de Sanidad Valenciana en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU), sobre la cuestión discutida en torno al derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia materna.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante dictada el 23 de febrero de 2015, estima la demanda planteada por la trabajadora afectada y declara su derecho a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural en el periodo, del 1 de junio de 2014 al 4 de noviembre de 2014 inclusive, sobre una base reguladora diaria de 88,31€, condenando al INSS y a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, y en el caso de ésta última a proceder a su abono, con responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia de la Mutua, y absuelve a la Consellería de Sanidad.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social razona sobre el carácter urgente de las asistencias médicas que realiza la trabajadora afectada, entendiendo que el carácter imprevisible y de imposible planificación, impiden organizar los tiempos y actos, no siendo posible extraer la leche con la ambulancia en marcha y atendiendo al paciente, en consecuencia no se dan las condiciones de privacidad, tranquilidad e higiene necesarias, todo ello unido a la existencia de riesgos biológicos, ergonómicos y psíquicos ocasionados por la turnicidad y nocturnidad que afecta a la cantidad de la leche.

Con posterioridad, dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha de 23 de mayo de 2017 dicta sentencia en cuyo fallo procede a estimar el recurso de suplicación formulado por la Mutua contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, de 23 de septiembre de 2015 que había acogido la demanda de la trabajadora, siendo parte recurrida la trabajadora, el INSS y la Generalidad Valenciana-Consellería de Sanidad, revocando la referida sentencia.

En líneas generales, la Sala de suplicación niega la incidencia de las condiciones de turnicidad y nocturnidad como factores de riesgo, y añade que en el presente supuesto no se han acreditado circunstancias que puedan figurar como tales, y bajo esta argumentación estima el recurso interpuesto por la Mutua.

Una vez fijadas las posiciones, y tras formalizar el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la trabajadora, se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del País Vasco, de 29 de enero de 2013 (RSU 9/2013). El motivo se fundamenta sobre la base de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS dedicado a los motivos del recurso de casación, por infracción de los arts. 188 y 189 de la LGSS en conexión con el art. 26.1, 2 y 4 de la LPRL, por consiguiente, estos son los preceptos relevantes que inciden directamente sobre el presente litigio y sobre cuya eventual infracción se discute en esta sede judicial.

Como punto de partida, conviene recordar el contenido que regulan los preceptos en cuestión. Para comenzar, los arts. 188 y 189 de la LGSS se encuentran ubicados en el Capítulo IX dedicado específicamente al riesgo durante la lactancia natural. El primero de ellos, el art. 188 LGSS delimita la situación protegida, y establece que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera a tales efectos el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados. Y, el art. 189 de la LGSS establece que la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley, para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá cuando el hijo cumpla nueve meses, salvo que la trabajadora beneficiaria se haya incorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o bien a otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior a la fecha de su reincorporación.

Otro precepto clave es el art. 26 LPRL, rubricado «protección de la maternidad», y especialmente el contenido de sus primeros cuatro apartados en el que dispone lo siguiente:

1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LPRL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.
2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.
   El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.
   En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.
3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET, durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.
4. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el periodo de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por

> riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses contemplada en el art. 45.1.d) ET, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

La sentencia de contraste trata de una trabajadora que ostenta la misma categoría profesional, destinada al servicio de urgencias médicas en horario de 24 horas de disponibilidad, sometida a condiciones de turnicidad y nocturnidad, debiendo atender los avisos de atención urgente que le sean requeridos. Bajo tales condiciones, se considera acreditada la existencia de riesgo para la lactancia natural por las condiciones específicas que concurren en su prestación de servicio, al realizar turnos y en jornada nocturna, junto con la existencia de riesgos biológicos por el peligro que entraña estar en contacto con pacientes que presentan patologías infecciosas.

Por tanto, cabe apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, dándose la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 219 LRJS. De lo expuesto cabe concluir que los hechos contemplados en las dos sentencias son sustancialmente iguales, como idénticas son las pretensiones en ambos supuestos y la fundamentación esgrimida, sin que la concurrencia de los matices diferenciales tenga la suficiente entidad y relevancia para desvirtuar la coincidencia de ambas situaciones. En definitiva, dadas las circunstancias de identidad, las sentencias comparadas han derivado en soluciones diametralmente opuestas que es necesario unificar.

## 6. COMENTARIO SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADA

Al hilo de lo anteriormente expuesto, corresponde ahora abordar los contenidos doctrinales de la sentencia analizada tras los pronunciamientos efectuados por el TJUE que al abordar la materia obliga a introducir un cambio importante en la doctrina del Tribunal Supremo.

Para comenzar, la doctrina tradicional de la Sala en supuestos similares al presente, aparece contenida en múltiples sentencias entre las que cabe citar, al menos, las siguientes: SSTS de 1 de octubre de 2012, Rcud. 2373/2011; de 21 de marzo de 2013, Rcud. 1563/2012; de 24 de junio de 2013, Rcud. 2488/2012; de 7 de abril de 2014, Rcud. 1724/2013; y de 28 de octubre de 2014, Rcud. 2542/2013. En sus trazos más gruesos, el contenido sustancial en el que se fundamenta la doctrina tradicional puede resumirse de la siguiente manera:

1.- La prestación por riesgo durante la lactancia natural puede percibirse en los términos previstos en los arts. 188 y 189 LGSS, cumpliendo con todos los requisitos legalmente previstos de manera sucesiva. En base a ello, la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere, en primer lugar, la verificación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir de manera negativa sobre la salud tanto de la mujer como la de su hijo. En segundo lugar, que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario o bien no sea posible o no permita eliminar el riesgo. Y, en tercer lugar, que tampoco sea factible el traslado de la trabajadora afectada a un puesto o función diferente pero que resulte compatible con su estado, aplicando los principios de la movilidad funcional, o a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría.

2.- Conforme a ello, no cabe el percibo de la prestación cuando los riesgos no figuran debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia natural, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.1 en conexión con el art. 16, ambos de la LPRL. Esta circunstancia impediría conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y agotadas las previsiones contenidas en el art. 26 LPRL, de incluir la situación en la causa para proceder a la suspensión del contrato de trabajo, según lo dispuesto en el apartado quinto del art. 48 ET.

3.- La complejidad que reviste la situación protegida no responde únicamente a la decisión sobre la existencia o no del riesgo, sino que reside también en un conjunto de actuaciones empresariales sobre la adecuación del puesto de trabajo o el traslado a un puesto de trabajo que resulte compatible. Las medidas que aun siendo posibles y procedentes, no se adoptasen generan la eventual responsabilidad empresarial con motivo de esta omisión, en la medida en que el derecho que ostenta la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación del puesto o bien a la movilidad, de la misma manera que la entidad gestora tampoco tendría que soportar el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido debidamente con sus obligaciones de carácter preventivo.

4.- A tenor del art. 26 LPRL, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural es una medida subsidiaria cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. De modo que, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y valorar como insuficientes o ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, como son, en primera instancia, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, en caso de que tal adaptación resultase imposible o ineficaz, habría que proceder a efectuar el cambio de puesto de trabajo (SSTS de 18 de marzo de 2011, Rcud. 1863/10; de 23 de enero de 2012, Rcud.1706/11).

Bajo tales coordenadas, la inexistencia de una evaluación específica de los riesgos en relación a la incidencia de las condiciones de trabajo sobre la lactancia llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba sobre la existencia de dicho riesgo específico, entendiendo que corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora afectadas, y la distribución del gravamen probatorio, supone que es la parte actora quien debe proceder a desvirtuar las causas de denegación de la prestación.

Sin embargo, a merced de la resolución de algunos asuntos por parte del Tribunal de Luxemburgo, se ha propiciado un cambio de rumbo importante en nuestra doctrina jurisprudencial, y entre ellos cabe citar, al menos, los siguientes.

En primer lugar, con motivo de la STJUE de 19 de octubre (C-531/15, Asunto Otero Ramos), tiene una importante incidencia en el cambio sobre la doctrina tradicional expuesta, en particular, es determinante sobre la cuestión relativa a la distribución de la carga de la prueba. En este pronunciamiento judicial el Tribunal de la Unión Europea admite la inversión de la carga de la prueba en los casos en los que la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo al art. 4.1 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 periodo de lactancia. Dicho precepto impone a la parte empresarial el deber de determinar,

ya sea directamente o bien a través de los servicios de protección y prevención, la naturaleza, el grado y, también, la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a las que se refiere el art. 2 (dedicado a definir «trabajadora embarazada», «trabajadora que ha dado a luz» y «trabajadora en periodo de lactancia») para poder apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, y determinar las medidas que deben adoptarse.

De lo expuesto se extrae la exigencia de realizar un examen específico de la situación en la que se encuentra la trabajadora, teniendo en cuenta su situación individual para determinar si su salud o bien la de su hijo están expuestas a algún tipo de riesgo. Por consiguiente, la falta de evaluación, conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva, de los riesgos que entraña un puesto de trabajo de una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia, conlleva la privación de la protección que debería otorgarse tanto a la trabajadora afectada como a su hijo. En consecuencia, no se puede tratar de la misma manera a una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia que cualquier otro trabajador. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la ausencia de evaluación del riesgo ocasiona un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia y, por consiguiente, constituye una discriminación directa por razón de sexo, en consonancia con lo dispuesto en el art. 2.2 c) 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.

Según la STJUE esta misma distribución del gravamen probatorio hay que aplicarse para valorar la existencia o no de un puesto de trabajo adaptable.

La conclusión que puede extraerse de todo ello es que, en aquellos supuestos en los que la evaluación de riesgos no contempla de manera específica la incidencia de los riesgos que entraña el puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, supone una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora, así como la privación de la posibilidad de acreditar que los riesgos constatados pueden incidir durante el periodo de lactancia natural. Despejada esta cuestión determinante, bastará a la trabajadora afectada con acreditar que la evaluación de riesgos no cumple con dichas premisas esenciales.

Con motivo de esta STJUE, sobre el caso Otero Ramos, se modificó la doctrina tradicional de la Sala en un doble sentido, como ya quedó reflejada en las SSTS de 26 de junio de 2016; y de 11 julio de 2018.

En primer lugar, en los casos en los que la evaluación de riesgos no determina específicamente la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultará contraria al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le niegue la posibilidad de acreditar que los riesgos constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante la lactancia. Además, la carga de la prueba recae sobre el empresario, que es quien dispone del principio de facilidad probatoria, y teniendo en cuenta que entre sus obligaciones preventivas no sólo figura la evaluación general de riesgos sino también la incidencia que puedan tener sobre la mujer embarazada o durante el periodo de lactancia.

En segundo lugar, en cuanto a la cuestión relativa a la repercusión o relevancia del sistema de trabajo a turnos y/o nocturno sobre la protección de la lactancia materna, lo que se pretende es verificar la dificultad o, en su caso, el impedimento del acto de amamantar por el mero desempeño de la actividad laboral. A tales efectos, no será suficiente con que exista un peligro de trasmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad de que el hijo realice las tomas alimentarias que necesita. Razón por la cual, no puede de ninguna manera desdeñarse la influencia que indudablemente tienen los tiempos de trabajo sobre la lactancia como elemento determinante tanto en la calidad como en la cantidad del amamantamiento. De no entenderlo así, resultaría contraria a su propia finalidad protectora. De ahí que, la turnicidad o el trabajo con horarios y jornadas que impiden la alimentación regular del menor, hacen necesario la puesta a disposición de la trabajadora de todas las condiciones que resulten necesarias para poder llevar a cabo la extracción y posterior conservación de la leche materna. En sintonía con todo ello, no cabe limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles a través de la leche materna, ya que lo contrario, entroncaría con el fin que persigue la norma de salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en los supuestos en los que la madre ha optado por esta vía de alimentación para su hijo.

Recientemente, esta doctrina ha sido avalada por la STJUE de 19 de septiembre de 2018 (C-41/2017, Asunto González Castro). En dicha sentencia la trabajadora en situación de lactancia, desempeña gran parte de su trabajo en periodo nocturno combinado con trabajo a turnos. En este caso, el Tribunal de Luxemburgo viene a reiterar y precisar la doctrina del caso Otero-Ramos. En su argumentación esgrimida alude, por un lado, al art. 19.1 sobre la carga de la prueba, 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, en el que se establece que los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona se considera perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, correspondiendo a la parte demandada mostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. El TJUE señala que este artículo se aplica a una situación en la que la trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia natural impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otra autoridad competente del Estado miembro, la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo, al no haber sido debidamente realizada con arreglo a lo estipulado en el art. 4.1 de la ya reiterada Directiva 92/85. La inexistencia de la correspondiente evaluación del riesgo del puesto de trabajo que desempeña una trabajadora en periodo de lactancia, conforme a los requisitos exigidos en dicho art. 4.1 de la Directiva 92/85, implica un trato menos favorable para la mujer y, por consiguiente, constituye una discriminación directa por razón de sexo, según el art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54.

El TJUE también ha precisado que, en base al art. 4.1 de la Directiva 92/85, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo que desempeña una trabajadora en periodo de lactancia debe incluir un examen específico que tome en consideración la situación individual en la que se encuentra dicha trabajadora, para concluir finalmente si su salud o su seguridad o bien las de su hijo están expuestas a algún tipo riesgo. De modo que, la disposición general que define las medidas que deben ser adoptadas ante las actividades

que conllevan un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia, es el mencionado art. 4 de la Directiva 92/85.

Por otro lado, el art. 7 también de la Directiva 92/85, es la disposición específica que corresponde aplicar en los casos de trabajo nocturno, en el que se reconoce que puede entrañar un riesgo particular para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en periodo de lactancia.

Desde una perspectiva de conjunto, queda patente la finalidad compartida por ambos preceptos, arts. 4 y 7 de la Directiva 92/85, de proteger a las trabajadoras que se encuentren en cualquiera de las tres situaciones anteriormente descritas, frente a los riesgos que entrañan sus correspondientes puestos de trabajo. No obstante, conviene matizar que el art. 7 de esta Directiva pretende reforzar esta protección mediante el establecimiento del principio de que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en periodo de lactancia, no están obligadas a desempeñar un trabajo nocturno a partir del momento en el que aporten un certificado médico que dé fe de la necesidad de dispensar dicha protección para su seguridad o salud.

Para concluir, el Tribunal de la Unión señala que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora afectada, debe incluir un examen específico en el que se tome en consideración la situación individual de dicha trabajadora para determinar si finalmente su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En caso de que no se proceda a realizar dicho examen, supondrá un trato menos favorable a una mujer y constituirá una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54, en conexión con el art. 19.1 de dicha Directiva.

## 7. APUNTE FINAL SOBRE LA RESOLUCIÓN ADOPTADA

La respuesta al presente asunto coincide con las SSTS 56/2019, de 24 de enero, y 89/2019, de 6 de febrero, que afectan a trabajadoras destinadas en servicios de urgencias médicas que deben acudir en ambulancias para poder prestar atención urgente a los pacientes que lo demandan, y desempeñan su actividad en condiciones prácticamente idénticas de turnicidad y nocturnidad, y sometidas a los mismos riesgos laborales.

La aplicación de la doctrina ya expuesta y consolidada en nuestra jurisprudencia que se aparta de la anterior debe conllevar la estimación del recurso planteado por la trabajadora afectada. De ahí que, el recurso debe prosperar y resolverse la controversia litigiosa en los acertados términos que acogió la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, de fecha 23 de febrero de 2015, que estimó la demanda.

En este caso, nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos los que concurren en el puesto de trabajo que desempeña la parte actora, sin embargo, no hace particular mención ni precisión sobre la incidencia o afectación de los mismos sobre las condiciones específicas del puesto con respecto a la eventual situación de maternidad o lactancia natural.

Como ya se ha señalado y ahora se reitera, esta circunstancia requiere que la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante el periodo de lactancia desarrolle la

actividad probatoria en contrario, y aplicar las previsiones contenidas en el art. 26 LPRL y 188 LGSS, dado que en la medida en que una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad o de su salud o las de su hijo y, además, presenta elementos de prueba que permiten indicar que la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto no eran factibles, incumbe a la parte empresarial acreditar que eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Lamentablemente, nada de esto ha sucedido en el presente supuesto, en el que además, la empleadora ha incumplido el mandato del art 26.1 LPRL, en base al cual «la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico».

Bajo tales premisas, frente al argumento de denegación de la prestación efectuado por parte de la Entidad Gestora sustentado únicamente en no considerar el trabajo de la actora como una actividad de riesgo, la verificación del listado de riesgos comunes de dicha actividad en un caso como el que nos ocupa, es suficiente para sostener que ninguna duda cabe del efecto que alguno de ellos tienen sobre la lactancia, sin que la ausencia de una evaluación específica sobre dicha eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora afectada, para casar y anular la sentencia recurrida y confirmar en sus términos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que estimó la demanda sobre el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia.

Para concluir y como última observación, es justo reconocer la complejidad que entraña la delimitación de la prestación de riesgo durante la lactancia natural. En cualquier caso, resulta remarcable los acertados términos en los que se resuelve la cuestión litigiosa, tanto en la sentencia aquí comentada, como en las concordantes también referenciadas a lo largo de estas páginas. La evolución que sobre esta cuestión precisa ha experimentado la doctrina jurisprudencial supone una clara mejora en la interpretación de las normas y, de este modo, con lo que la norma correctamente entendida dice, mucho más protectora y más acorde tanto con el derecho a la igualdad y no discriminación, como con el propio objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en los que la madre legítimamente opta por esta vía de alimentación para su hijo/a.

Otro elemento destacable y que hay que resaltar en la presente sentencia reseñada, es la repercusión que indiscutiblemente tiene el tiempo de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural, razón por la cual, no puede desdeñarse como elemento que influye tanto en la cantidad como en la calidad del amamantamiento. De ahí que, en los supuestos de trabajo a turnos o nocturno, con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, hay que tener en cuenta la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias para extraer y conservar adecuadamente la leche materna.

Dada la importancia y sensibilidad de la cuestión que subyace de fondo, sobran las razones para confirmar y reafirmar con absoluta rotundidad el acierto de la doctrina acuñada por las sentencias referenciadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, posteriormente acogida por el Tribunal Supremo y percibida como un gran avance. En particular, desde la perspectiva de la prevención y protección de la salud de la mujer en el ámbito laboral anudada, en este caso, a la lactancia natural, y encaminada a la consecución de la igualdad efectiva en materia de salud laboral. En este sentido, no está de más recordar que la integración y la presencia de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud laboral es una nota distintiva comunitaria propia de cualquier sociedad democrática avanzada que se precie.

En particular, es todo un acierto la exigencia de incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora afectada a fin de determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo/a están expuestas a un riesgo, así como la consideración de discriminación directa por razón de sexo cuando tal examen no se ha realizado en los términos requeridos. Otro de los aspectos positivos ya reseñados es la oportuna clarificación de que ha de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia quien debe proceder a desarrollar la actividad probatoria en contrario. En consecuencia, por las razones expuestas en la argumentación jurídica esgrimida, es justo afirmar que la concatenación de estos elementos determinantes recibe una justa ponderación en la resolución final adoptada en sede judicial.

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# La vulneración del derecho de igualdad y de la prohibición de discriminación sexista en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial

# Infringement of right to equality and prohibition of gender discrimination in calculation of retirement pensions for part-time workers

MARÍA ANGUSTIAS BENITO BENÍTEZ
*PROFESORA SUSTITUTA INTERINA (ACREDITADA COMO CONTRATADA DOCTORA)*
*DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSIDAD DE CÁDIZ*

**Resumen**

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha afrontado un nuevo cuestionamiento de su regulación. La reforma llevada a cabo tras la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno (C‑385/11) y la STC núm. 61/2013 de 14 de marzo (a través de la Ley 1/2014, de 28 de febrero), introducía elementos cuestionables como el ahora discutido: el método de cálculo de la pensión de jubilación del trabajo a tiempo parcial establecido en el artículo 248.3 LGSS. El estudio aborda la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto Villar Láiz (C-161/18), y la STC núm. 91/2019 de 3 de julio, que han declarado que la diferencia de trato establecida por el precepto mencionado conlleva una discriminación indirecta por razón de sexo.

**Abstract**

The social protection of part-time workers has faced a new questioning of their regulation. The reform carried out after the STJUE of November 22, 2012, Elbal Moreno case (C-385/11) and STC no. 61/2013 of March 14 (through Law 1/2014, of February 28), introduced questionable elements such as the one now discussed: the method of calculating the part-time retirement pension established in Article 248.3 LGSS. The study addresses the STJUE of May 8, 2019, Villar Láiz case (C-161/18), and STC no. 91/2019 of July 03, which have stated that the difference in treatment established by the aforementioned precept entails indirect discrimination based on sex.

**Palabras clave**

Seguridad Social; jubilación; igualdad; discriminación sexista

**Keywords**

Social Security; retirement; equality; sexist discrimination

## 1. UN BREVE RECORRIDO POR LA REGULACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: LA AGONÍA PROVOCADA POR MÚLTIPLES REFORMAS

El cuestionamiento de la formulación de la seguridad social del trabajo a tiempo parcial es una sombra demasiado extensa en nuestro ordenamiento, caracterizada por una pugna constante entre el legislador y los pronunciamientos judiciales.

*Fecha Recepción: 12-9-2019 – Fecha Revisión: 28-10-2019 – Fecha Aceptación: 5-11-2019*
*Pag. 153-161*

La primera resolución sería la STC 253/2004, de 22 de diciembre[1], que declararía inconstitucional la regla por la cual "para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas" (art. 12.4 del Texto Refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)[2]. Desde entonces, surgiría la crítica de la doble proporcionalidad que se ha mantenido hasta la actualidad. No obstante, la regla anterior no era aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, pues para las prestaciones por desempleo el artículo 3.4 del RD 625/1985, de 2 de abril[3], estableció para los contratos a tiempo parcial la regla según la cual cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada y que ha sido superada recientemente, como tendremos ocasión de señalar.

Con carácter previo a la STC 253/2004, de 22 de diciembre, y por actuación del RD 15/1998 de 27 de noviembre[4], se introduciría ciertas medidas «con objeto de hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial», tal y como declaraba su Exposición de Motivos. Se trataba de dulcificar/facilitar el acceso a las pensiones jubilación e incapacidad permanente, aplicando un coeficiente multiplicador de 1.5 del que resultaba el número de días considerados acreditados para la determinación de los periodos mínimos de cotización. Por lo que, cuando llegó el pronunciamiento del TC se entendió que con tales reformas se daba satisfacción al fallo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, la proporcionalidad que persistía en el periodo de carencia, aun corregida, continuaba imponiendo una exigencia desproporcionada a los trabajadores a tiempo parcial. Por lo que, pese a que el legislador no se consideró obligado a abordar nuevas modificaciones, lo cierto es que con posterioridad a la STC 253/2004, de 22 de diciembre, se plantearon nuevas cuestiones. No obstante, tendríamos que esperar hasta el 2012, con la STJUE de 22 de noviembre, asunto Elbal Moreno (C-385/11), seguida por la STC 61/2013, de 14 de marzo[5], para obligar al legislador a abordar una nueva formulación de la seguridad social del trabajo a tiempo parcial que se esperaba fuera definitiva.

La reforma legal[6] daría lugar al coeficiente global de parcialidad que calcula la parcialidad del trabajador a lo largo de su carrera profesional fijando la carencia que será

[1] STC núm. 253/2004, de 22 de diciembre (Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 2045/1998).

[2] La Resolución de 1 de febrero de 1982, sobre afiliación y prestaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial, introdujo la regla de proporcionalidad estricta que más tarde pasaría a quedar recogida en la norma cuestionada y en la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social de 1994, esta es, que a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de la Seguridad Social correspondiente para causar derecho a la prestación de que se trate se computarán las horas o días efectivamente trabajados.

[3] Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

[4] RD-L 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad.

[5] STC núm. 61/2013, de14 de marzo (cuestión de inconstitucionalidad núm. 5862/2003).

[6] En primer lugar, por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, luego por 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.

exigida a cada trabajador, esto es, se personaliza un requisito hasta entonces genérico para todos los potenciales beneficiarios. Se lograba configurar una proporcionalidad que no ocasionara efectos desproporcionados en el acceso a las pensiones. Pero dado que el TJUE había puesto de manifiesto que la proporcionalidad debería reflejarse únicamente en la cuantía de la pensión a recibir, se podría haber extendido a las jornadas parciales las reglas de cómputo previstas para el trabajo a tiempo completo.

Sin embargo, con esta solución se lograría mantener la conexión entre los dos planos en disputa, estos son, el período de cotización y el cálculo de las bases reguladoras a los efectos de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente siendo el elemento de enlace, el porcentaje aplicable a la base reguladora, pues para su determinación se tomarán los días cotizados resultantes de las operaciones llevadas a cabo en el periodo de carencia (art. 247 LGSS).

## 2. EL CUESTIONAMIENTO DE LA NORMA DISCUTIDA: EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

El art. 248.3 párrafo primero dispone que para determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, se tendrán en cuenta el número de días cotizados que hayan resultado de lo establecido en las normas relativas al cómputo de los periodos de cotización previstas en el art 247 LGSS, esto es, aplicando el coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad. No obstante, y para evitar que la proporcionalidad sobre el cálculo de la cuantía de la pensión sea cuestionada, decide el legislador introducir una medida correctora que suaviza el alcance de la nueva doble dimensión de la proporcionalidad. En efecto, se dispone que el número de días cotizados que arroje ese cálculo se incrementará con la aplicación de un coeficiente de 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al de los días por los que se cotizara efectivamente.

Tal coeficiente ya existía, pero con una funcionalidad diferente, pues antes "se dirigía a suavizar la exigencia de carencia, mientras que ahora se proyecta sobre la cuantía de la pensión"[7]. Esto último es importante subrayarlo: la proporcionalidad no sólo despliega efectos por la conexión entre retribuciones y cotización, sino que además su virtualidad alcanza a la determinación de otro de los elementos que intervienen en la fijación de la cuantía, el porcentaje aplicable. De modo que, ahora, la doble proporcionalidad se plantea, una vez que resulta admisible la aplicable a la carencia, en el cálculo de la cuantía de la protección a disfrutar: en la base reguladora per se, y en el porcentaje que se aplicará a la misma.

Por lo tanto, pese a permitir el acceso con periodos cotizados inferiores a 15 años, en la determinación del tipo los distintos coeficientes dependerán para los trabajadores a tiempo parcial de los mismos periodos de cotización exigible a los trabajadores a tiempo completo. Esto implica que el legislador asume que la parcialidad del trabajador puede generar la no acreditación de los 15 años de cotización que permite la aplicación del 50% –como primer coeficiente aplicable tras el reconocimiento de la pensión–, y que por ello se altere este

[7] LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, 2016, p.144.

elemento permitiendo que el mismo sea inferior: "cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años". Se introduce con esta precisión normativa una ruptura con el modelo tradicionalmente mantenido, pues el acceso a la pensión no va unido a la aplicación del 50%, excluyéndose, por tanto, en el empleo a tiempo parcial esa garantía. Por vez primera vez se permite el reconocimiento de pensiones de jubilación que no alcanzan el 50% de la base reguladora. La doctrina propuso que la configuración de este porcentaje fuese más congruente con el principio de proporcionalidad, demandando que "hubiera sido más equitativo utilizar el propio coeficiente global de parcialidad también para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora"[8].

Se garantiza en todo caso la cuantía mínima de las pensiones, de forma que, si la pensión causada resultara inferior al importe de la pensión mínima vigente en cada momento, y reuniendo el resto de los requisitos (carencia de otros ingresos o rentas), se reconocerá el complemento necesario para alcanzar la cuantía mínima establecida, si bien, la cuantía del complemento no podrá superar la prevista para las pensiones no contributivas[9]. Por lo tanto, de la propia configuración de los complementos por mínimos, puede resultar que no se pueda garantizar plenamente, sustancialmente, la pensión mínima prevista para la pensión contributiva.

El coeficiente multiplicador beneficia a la totalidad de los trabajadores a tiempo parcial que cumplan con la carencia, neutralizando el perjuicio, y asimilando a los trabajadores a tiempo completo a aquellos cuya jornada sea de dos tercios o más[10]. Sin embargo, pese al beneficio, lo cierto es que desde su incorporación generaba ciertas dudas, y la crítica hacia un legislador reacio a ofrecer una regulación que acabara con todas las dudas desde la óptica de la igualdad[11].

[8] "Es decir, aplicar, a partir del número entero 1, unas centésimas adicionales inversas al coeficiente de parcialidad. Por seguir con los ejemplos anteriormente expresados, en el caso de que el coeficiente total de parcialidad fuera del 60% derivado de un coeficiente de parcialidad del 20% que da lugar a un resultado de 1.000 días acreditados a tiempo parcial, a esos 1.000 días habría que aplicarles un porcentaje del 1'80. Y, si del 86% derivado de un coeficiente de parcialidad de un 50% que da lugar a esos mismos 1.000 días, a éstos se les aplicaría un porcentaje del 1,50. De tal modo que por supuesto, nunca pudiese trascenderse el 100% de la pensión, salvo los conocidos casos de incentivo en el retraso de la edad de jubilación. Esta sería una regla mucho más equitativa, porque el 1,5 expresado por la norma favorece desproporcionadamente a los trabajadores con un coeficiente de parcialidad alto y perjudica los trabajadores con un coeficiente de parcialidad bajo" CABEZA PEREIRO, J.C, "Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014.

[9] El art. 59.2 LGSS: "el importe de dichos complementos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. Cuando exista cónyuge a cargo del pensionista, el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que correspondería a la pensión no contributiva por aplicación de lo establecido en el artículo 364.1.a) para las unidades económicas en las que concurran dos beneficiarios con derecho a pensión".

[10] LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, *op.cit*., p.144.

[11] Es ilustrativo los datos que ofrecía ROQUETA BUJ, R. "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial tras el Real Decreto-Ley 11/2013", *Actualidad Laboral,* núm. 3, 2014.

*(...)*

## 3. LA IGUALDAD DE TRATO Y LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA: UN *DÉJÀ VU* EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Con la doctrina científica cuestionando tal formulación era previsible su discusión en sede judicial y, como sucediera con el periodo de carencia, la primera reacción llegaría del TJUE seguida, prontamente, del TC.

En la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto Villar Láiz (C-161/18), el INSS reconoció una pensión de jubilación en un importe para cuyo cálculo se aplicó un porcentaje del 53%. La solicitante consideró que, para calcular el importe de su pensión de jubilación, se aplicara un porcentaje superior (del 80,04%) defendiendo que los períodos en que trabajó a tiempo parcial fueran tomados en consideración del mismo modo en que hubieran sido tratados de haber sido períodos de trabajo a tiempo completo. Tras desestimarse su solicitud, la Sra. Villar Láiz presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social competente en la que alegaba que la diferencia de trato establecida por la normativa nacional daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres. Sin embargo, sería desestimada en instancia por considerar el órgano judicial que el trato dispensado a los trabajadores a tiempo parcial a efectos del cálculo de la pensión de jubilación no constituía una discriminación, ya que la fórmula aplicada tiene por finalidad adaptar el cálculo a las cotizaciones realizadas, con arreglo al principio de *pro rata temporis*. Tras recurrir en suplicación el órgano *ad quem* plantearía, mediante auto de 17 de enero de 2018, la cuestión prejudicial.

El cuestionamiento de la norma a nivel europeo dependerá, una vez más, únicamente de la compatibilidad de la normativa nacional con la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, dado que no cabe su análisis respecto al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997) pues la pensión discutida no se encuentra incluida en su ámbito de aplicación. Para la constatación de la vulneración de la norma europea, en primer lugar, se deberá acreditar si la misma genera un impacto adverso contrario a la prohibición de la discriminación sexista y, en segundo lugar, si la formulación del elemento discutido responde al objetivo legítimo de salvaguardar la sostenibilidad del sistema de seguridad social contributivo.

| Porcentajes aplicables a la pensión de jubilación del trabajador a tiempo parcial en alta durante 15 años | | | |
|---|---|---|---|
| Coeficiente global de parcialidad | Días de cotización acreditados | Aplicación del coeficiente multiplicador | Porcentaje de la pensión de jubilación |
| 0,1 | 547,4 | 821,1 | 7,49% |
| 0,2 | 1.095 | 1.642,5 | 15% |
| 0,3 | 1.642 | 2.463 | 22,49% |
| 0,4 | 2.190 | 3.285 | 30% |
| 0,5 | 2.737 | 4.105,5 | 37,49% |
| 0,6 | 3.285 | 4.927,5 | 45% |
| 0,7 | 3.832 | 5.475 | 50% |
| 0,8 | 4.380 | 5.475 | 50% |
| 0,9 | 4.927 | 5.475 | 50% |

Corresponde al juez nacional la determinación de la afectación femenina mayoritaria, señalando el TJUE que para ello deberá utilizar datos estadísticos que "representen la situación de la mano de obra, son válidos y si se pueden tomar en consideración, es decir, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos". Recordemos que, desde la STJUE de 14 de abril del 2015, en el asunto Cachaldora Fernández (C-527/13), en la que se discutía la formulación del mecanismo de integración de lagunas español para el trabajo a tiempo parcial, se viene a endurecer los datos que permiten acreditar el impacto adverso. Para el TJUE no sería suficiente la mayor presencia de mujeres en el empleo parcial, sino que es exigible además la acreditación de que el elemento discutido repercute, en efecto, en una mayor proporción al colectivo femenino. En tal caso no se consideró acreditado el impacto adverso, ni tampoco por nuestro TC (que se pronunció sobre la materia en la sentencia núm. 156/2014, de 25 de diciembre[12]), si bien mantenemos, como lo hace la doctrina especializada, que la solución dada es injusta y arbitraria, no quedando la cuestión "ni mucho menos cerrada"[13].

En el supuesto objeto de debate, el órgano remitente indicaba que esta regulación "tiene como consecuencia que, en el supuesto de períodos de trabajo a tiempo parcial, el Derecho español produce, en la mayoría de los casos, efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, y solo en algunos casos minoritarios esos efectos son neutros, cuando el coeficiente de parcialidad sea superior o igual a dos tercios del trabajo a tiempo completo".

El Gobierno español sostuvo que, del total de los expedientes de pensión de jubilación tramitados y resueltos favorablemente por el INSS durante los años que van desde 2014 hasta 2017 –y en los que se han tomado en consideración períodos trabajados y cotizados a tiempo parcial, teniendo en cuenta el índice global de parcialidad– cerca del 60% se referían a mujeres y cerca del 40% a hombres. Además, por lo que se refiere al grupo de trabajadores específicamente afectados por las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal, respecto del 65% de los trabajadores a tiempo parcial –esto es, los que han trabajado, de media, menos de dos tercios de la jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo–, el porcentaje aplicable a su base reguladora es inferior al aplicable a la base reguladora de los trabajadores a tiempo completo. De lo anterior se deduce que los trabajadores a tiempo parcial reducido sufren una desventaja como consecuencia de la aplicación de dicho porcentaje.

Como decíamos, la determinación del impacto adverso es una cuestión que deberá estimar el órgano nacional. Partiendo de la presunción de que así lo hará, el TJUE pasa al segundo filtro, es decir, si la configuración de la medida se justifica en salvaguardarla sostenibilidad del sistema de seguridad social contributivo, no existiendo desproporcionalidad en su formulación para alcanzar dicho fin. Y sobre esto, el TJUE considera que el "primer elemento –esto es, el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, a la base reguladora de un trabajador a tiempo completo comparable– permite ya lograr el objetivo perseguido que consiste, en particular, en la salvaguardia del

[12] STC núm. 156/2014, de 25 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361/2012).

[13] LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, *op.cit*., p.162.

sistema de seguridad social de tipo contributivo". Por lo tanto, "la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*».

Por su parte, el TC en el seno del recurso de amparo planteado en relación con el precepto cuestionado, promovió una cuestión interna de inconstitucionalidad, permaneciendo aquél suspendido hasta su resolución. Mediante sentencia de 3 de julio de 2019[14], el TC decide declarar la inconstitucionalidad de la norma discutida tanto por vulnerar el derecho de igualdad como por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo. No descarta el Tribunal ninguna de las dos tutelas para cuestionar la norma. Al respecto, la doctrina ha subrayado la importancia "de no prescindir de ninguna de las tutelas antidiscriminatorias concurrentes cuando se analicen las desigualdades de trato en el ámbito del trabajo atípico, complementando ambas para llegar a un mayor contenido protector, y conjurando el riesgo de debilitación mutua a través de una interferencia desventajosa y el riesgo de invisibilizar una tutela con la otra y, en particular, la tutela de la discriminación sexista indirecta con la tutela del trabajo a tiempo parcial"[15].

En primer lugar, somete el precepto cuestionado al derecho a la igualdad entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, retornando nuevamente al mismo punto de partida: el desigual tratamiento que la carencia recibe, en cuanto al cómputo de las cotizaciones, para cada categoría de trabajador. Desde luego que la carencia persigue múltiples objetivos, entre ellos, evitar la repentina irrupción en el sistema en búsqueda de protección, y a su vez, condicionar su acceso, y la intensidad de la acción protectora[16], si bien en su formulación no podrá admitirse tratamientos diferenciados sin concurrir la necesaria justificación. El TC realiza un recorrido por las diversas sentencias nacionales y del TJUE recaídas sobre la materia, entre ellas, la STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (asunto C-98/15), que declaró contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, el artículo 3.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, según el cual, a los efectos del acceso y duración de la prestación por desempleo, cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada, lo que creaba una diferencia de trato entre trabajo a tiempo parcial vertical y trabajo a tiempo parcial horizontal. Este pronunciamiento generó la reforma del precepto mencionado[17].

[14] STC núm. 91/2019de 3 de julio (cuestión de inconstitucionalidad núm. 688/2019).

[15] LOUSADA AROCHENA, J.F. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 254.

[16] ARAGÓN GÓMEZ, C. *La prestación contributiva de Seguridad Social*, Thomson Reuters, 2013, pp. 236-241.

[17] Modificado por el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, indicando ahora el precepto que: "cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Se excluyen de dicho cómputo los períodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social".

Si bien limitando su decisión a la norma cuestionada, el TC reitera la doctrina ya consolidada: la proporcionalidad únicamente se justifica en la base reguladora, pues de acuerdo con el tiempo efectivamente trabajado se obtiene una retribución acorde, y a su vez conforme a esa cantidad se han ido practicando las correspondientes cotizaciones al sistema de Seguridad Social, materializándose su contribución al mismo. De acuerdo con ese esfuerzo contributivo, se tiene después derecho a una base reguladora equivalente para la pensión de jubilación. Se cuestiona por ello, el tratamiento diferenciado en el cómputo de los periodos de cotización pues considera que "es evidente que, con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo". Y, pese a la previsión del coeficiente multiplicador, afirma que de tal regulación "deriva no solamente una diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, para unos de manera natural, en función del tiempo real (trabajadores a tiempo completo) y para otros artificialmente a partir de un valor reductor (trabajadores a tiempo parcial), sino que el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo". Como se observa, de nuevo, el debate pivota sobre qué debe entenderse por carencia, y de la conceptualización que se mantenga no cabe mantener un trato desigual si no existe una justificación objetiva y razonable. Y así lo entiende el TC: "los periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, no son tratados de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo", pues a estos no se les aplica ningún coeficiente reductor. Los principios de contribución al sistema, proporcionalidad y equidad ya están salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora (a partir de la base de cotización) y no dejan de estarlo porque el trabajador a tiempo parcial vea reconocido todo el tiempo de cotización de sus contratos en alta», sin que se haya explicado la razón de tal tratamiento diferenciado.

La formulación del elemento discutido planteaba, además, dudas desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de sexo, en su dimensión indirecta. Con carácter previo al examen del fondo, solventa el TC la oposición a la apreciación de la discriminación indirecta por razón de sexo (planteada por el abogado del Estado y la letrada de la administración de la Seguridad Social) en base a que se trata de una cuestión no planteada en el recurso de amparo puesto que el demandante pertenece al sexo masculino, recordando la solución alcanzada por el propio TC en su sentencia núm. 156/2014, de 25 de septiembre (relativa a la formulación del mecanismo de integración de lagunas para el trabajo a tiempo parcial), en la que procedió a la inadmisibilidad de la cuestión en un supuesto en el que el demandante también era varón, y en el que consideró que no procede entrar a valorar si la norma cuestionada es discriminatoria por razón de sexo, porque supondría un control abstracto de la norma y una desconexión con el litigio *a quo*. Resuelve ahora el TC en sentido favorable, incorporando en su análisis la posible vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo al considerar que la cuestión interna de inconstitucionalidad no estaba constreñida por la demanda de amparo, tanto porque la cuestión de inconstitucionalidad la planteaba directamente aquella Sala, ex art. 55.2 LOTC, como porque subsidiariamente cabría siempre su ampliación por la vía del art. 39.2 LOTC. Señala, además, que "aunque el recurrente del proceso *a quo* no fuera una mujer, la norma cuestionada resultaba de aplicación universal para todos los trabajadores a tiempo parcial y, desde luego, le fue aplicada al demandante de amparo, según se recogía en los antecedentes y

en el fundamento jurídico 5 de dicha resolución. Por tanto, es patente la relevancia que tiene el precepto que aquí se cuestiona para la resolución del recurso de amparo en el que se han suscitado dudas sobre su constitucionalidad".

Para abordar el análisis de la posible discriminación indirecta por razón de sexo, indica el TC que el mismo "pasa necesariamente por atender a los datos revelados por la estadística". El TC acredita el impacto adverso manejando como datos aquellos que reflejan el porcentaje de mujeres y de hombres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial –"concretamente, en el primer trimestre de 2018, los hombres representaban el 23,50 por cien y las mujeres el 76,49 por cien. En el segundo trimestre de 2018, los hombres eran el 24,07 por cien y las mujeres el 75,93 por cien, mientras que en el tercer trimestre de 2018 –último dato disponible cuando se promovió la cuestión interna de constitucionalidad– los hombres eran el 24,41 por cien y las mujeres el 75,59 por cien"–, sin que sea necesario acudir a datos más específicos sobre la repercusión femenina que genera el elemento discutido, alejándose por ello del endurecimiento de la prueba que exige el TJUE.

## 4. UN NUEVO RETOQUE EN UNA CUESTIONABLE REFORMA POR GOTEO

La estimación de la inconstitucionalidad del precepto cuestionado obliga al legislador a abordar una reforma, de la que tan sólo cabe esperar cuál será su alcance. El TC deja claro que:

- La nulidad afecta únicamente a la remisión que el párrafo primero del apartado tercero del artículo 248 LGSS realiza, en relación con la determinación de las cuantías de las pensiones de jubilación, al segundo párrafo de la letra a) del artículo 247 LGSS, bastando para ello declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "de jubilación y" que se contiene en el mencionado art. 248 LGSS. Ello implica que se excluye a la pensión de incapacidad permanente, para las cuales queda intacto la determinación de la cuantía en función de la fórmula cuestionada.

- El alcance de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad queda modulado, pues, debe preservarse la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por lo que sus efectos no se extenderán en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes.

Las entidades gestoras de la Seguridad Social han comenzado a calcular las pensiones de jubilación tomando en consideración días naturales y a revisar aquellas cuya resolución no sea firme, a la espera de las modificaciones normativas que exige el cumplimiento de ambos pronunciamientos en el sentido ya apuntado. Esta es la reforma requerida, pero no la que se ambiciona, pues dada la argumentación utilizada tanto por el TJUE como por el TC, esencialmente en cuanto que el efecto de la reducción sobre la base reguladora permite lograr el objetivo de salvaguardia del sistema de seguridad contributivo, autoriza seguir cuestionando la consideración de la parcialidad para el cómputo de carencia a todos los efectos, esto es, tanto en el acceso como la intensidad protectora, siendo, por lo demás, difícil de admitir soluciones diversas para cada uno de estos elementos de los que resulta la pensión a percibir. En definitiva, estamos ante una nueva oportunidad para seguir corrigiendo aquellos elementos que generan la brecha de género en el sistema de Seguridad Social.

nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

# Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentario a las STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio

# The problems of access to the retirement pension for temporary and part-time workers. Commentary to the STJUE of May 08, 2019 and STC 91/2019, of July 03

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ
*PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD. DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSITAT DE VALÈNCIA*

**Resumen**

Las relaciones entre Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial siempre han sido complejas y difíciles. La aparición del trabajo a tiempo parcial ha planteado numerosos desafíos e interrogantes en un sistema de protección social de tipo contributivo, en el cual el modelo tipo se había construido sobre la base del trabajo a tiempo completo. Las sentencias objeto de este comentario vienen a declarar la inconstitucionalidad de la fórmula del cómputo de la cuantía de la pensión de jubilación en el caso de los trabajadores a tiempo parcial. La consideran discriminatoria desde una doble perspectiva. Indirectamente, porque el 75% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Directamente, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, ya que a los trabajadores a tiempo parcial su jornada les penaliza dos veces, a la hora de calcular el tiempo trabajador y cotizado y a la hora de calcular la cuantía de su pensión.

**Palabras clave**

Jubilación; trabajadores a tiempo parcial; trabajadores temporales

**Abstract**

The relations between Social Security and part-time work have always been complex and difficult. The emergence of part-time work has raised numerous challenges and questions in a social protection system of a contributory type, in which the type model was built on the basis of full-time work. The rulings referred to in this commentary declare the formula for calculating the amount of the retirement pension for part-time workers to be unconstitutional. They consider it discriminatory from a double perspective. Indirectly, because 75% of part-time workers are women.

Directly, compared with full-time workers, since part-time workers are penalized twice for their working hours, for the calculation of working time and contributions and for the calculation of the amount of their pension.

**Keywords**

Retirement; part-time workers; temporary workers

## 1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial siempre han sido complejas y difíciles. La aparición del trabajo a tiempo parcial ha planteado numerosos desafíos e interrogantes en un sistema de protección social de tipo contributivo, en el cual el modelo tipo se había construido sobre la base del trabajo a tiempo completo.

*Fecha Recepción: 29-10-2019 – Fecha Revisión: 7-11-2019 – Fecha Aceptación: 12-11-2019*
*Pag. 163-170*

La protección social, derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial vigente, se regía por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial, al trabajador a tiempo completo.

Se aplicaba un doble coeficiente de parcialidad. En primer lugar un coeficiente global.

Así, se partía de todos los días de contrato, aunque no se trabajen todas las horas y luego se reajustaba con el coeficiente de parcialidad, en una especie de viaje de vuelta a una fórmula similar a la anterior, de día trabajado día cotizado[1]. No obstante, el cambio de fórmula presenta una diferencia importante, ya no tiene como referencia para el cómputo de los días cotizados la jornada máxima legal, lo que perjudicaba a los trabajadores con jornadas inferiores[2]. El resultado es el número de días que se consideran efectivamente cotizados en cada periodo.

En segundo lugar, un coeficiente de parcialidad interno. Luego había que sumar todo el tiempo trabajado computable, ya sea en horas o en días (porcentaje de jornada). No para determinar la carencia, sino para determinar el porcentaje de jornada realizada a tiempo parcial, respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable en el periodo de alta, a efectos finales de la carencia proporcional exigida.

Por lo tanto, por ejemplo, en un supuesto de un trabajador a tiempo parcial, que trabaja todo el año con una jornada diaria al 50%, tomaríamos el año y luego sobre el mismo aplicaríamos el coeficiente de parcialidad del 50%. Lo que nos daría la cotización efectivamente exigida para acceder a las prestaciones. Así, por ejemplo, el periodo general de carencia se reduciría de 15 años a 7.5 y el periodo específico a 365 días dentro de los 15 años anteriores.

La parcialidad se seguía teniendo en cuenta en la carencia, pero la diferencia radicaba en que ya no impedía el acceso a la prestación. Con carácter general, la cotización efectiva exigida era la que derivaba del coeficiente de parcialidad interno y su comparación con los periodos cotizados a tiempo completo a lo largo de la vida laboral o periodo que se adopte. Así, el periodo en que había que reunir la carencia genérica, (toda la vida en el caso de jubilación) se parcializaba el periodo de cotización exigido, de acuerdo con el coeficiente global de parcialidad. De este modo, la presencia de periodos a tiempo parcial llevaba a reducir proporcionalmente los periodos de carencia exigidos. Por lo que se accedía a las prestaciones en función de aquella. Por lo tanto, la carencia pasaba a individualizarse, a personalizarse, a adaptarse a la carrera de seguro propia y específica de cada trabajador a tiempo parcial, de acuerdo con el coeficiente de parcialidad.

En consecuencia, ya no era necesario para la carencia el coeficiente del 1,5, sino que éste sólo se tomaba en cuenta ya para el cálculo del porcentaje a aplicar a la pensión de jubilación. Sin que el número de días resultante pudiera ser superior al período de alta a tiempo parcial, ya que el coeficiente de parcialidad interno o específico no podía llevar a que los días de alta con contrato, sin más, se computasen como cotizados, sino sólo los que

[1] De acuerdo con LOUSADA AROCHENA, J.F., "Protección social del trabajo a tiempo parcial según el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto", AS, nº. 7, 2013, pág. 4, el mismo resultado se hubiera obtenido con asimilar a cotizados los periodos de alta de los trabajadores a tiempo parcial como si fueran a tiempo completo.

[2] BARCELÓN COBEDO, S., "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", Valencia, 2013, pág. 94.

resultasen tras aplicar el coeficiente citado. Por eso, si bien la parcialidad permitía acceder a las prestaciones con carencias propias más reducidas, que en el caso de trabajadores a tiempo completo, también se utilizaba para determinar el porcentaje a aplicar a la base reguladora en la pensión de jubilación. Introduciendo una corrección derivada del principio de proporcionalidad. De este modo, las prestaciones seguían siendo de menor cuantía.

Cuando el interesado acreditaba un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial, incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora, era el equivalente al que resultaba de aplicar a 50 el porcentaje que representaba el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

De este modo, aunque tener menos de 15 años cotizados no impedía acceder a la pensión, sin embargo, sí tenía efectos sobre su cuantía final, al calcularse ajustando el porcentaje de la base reguladora a su concreta parcialidad[3]. Permitiendo acceder a pensiones con bajas carreras de seguro en supuestos de reducidas jornadas y precariedad[4].

## 2. LA STJUE DE 8 DE MAYO DE 2019

Así las cosas, todo empieza con las cuestiones prejudiciales que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León decide plantear (con fecha 27 de febrero de 2018) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que se dilucide si la normativa española es contraria a la Directiva Europea de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El TJUE ha contestado, en su Sentencia de 8 de mayo de 2019, que considera que la legislación española podría dar lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo. Contraria a la Directiva sobre el principio de igualdad de trato, ya que el 75 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

El TJUE estima que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León apreciar si los datos estadísticos, relativos a la distribución de trabajadores de sexo masculino y femenino, aportados ante él, son válidos, representativos y significativos.

Si el tribunal español, basándose en esos datos y, en su caso, en otros elementos pertinentes, llega a la conclusión de que la normativa nacional controvertida coloca a las mujeres en una posición particularmente menos ventajosa que la de los hombres, dicha normativa sería contraria a la Directiva, salvo que esté objetivamente justificada.

El TJUE pone de manifiesto, además, que las disposiciones nacionales controvertidas tienen, en la mayoría de los casos, efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo.

Por lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial reducido, (es decir, los que han trabajado de media, menos de dos tercios de la jornada ordinaria de un trabajador a

[3] BARCELÓN COBEDO, S., "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", Valencia, 2013, pág. 177.
[4] LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., "La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos", Albacete, 2014, pág. 57.

tiempo completo comparable), el porcentaje aplicable a su base reguladora es inferior al aplicable a la base reguladora de los trabajadores a tiempo completo.

De lo anterior, se deduce que esos trabajadores, que representan el 65 % de los trabajadores a tiempo parcial, sufren una desventaja como consecuencia de la aplicación de dicho porcentaje.

El TJUE observa que la normativa nacional controvertida comporta dos elementos que pueden reducir el importe de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En primer término, la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula a partir de las bases de cotización, integradas por la remuneración efectivamente percibida, en función de las horas trabajadas.

Ello tiene como resultado que dicha base reguladora sea, en el caso de un trabajador a tiempo parcial, inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En segundo término, mientras que dicha base reguladora se multiplica por un porcentaje, que depende del número de días cotizados, se aplica a ese mismo número de días, un coeficiente de parcialidad, que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable.

Aunque este segundo elemento queda atenuado por la circunstancia de que el número de días cotizados, resultante de la aplicación del coeficiente de parcialidad, se incrementa con la aplicación de un coeficiente de 1,5, el primer elemento permite ya lograr el objetivo perseguido, que consiste en salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo.

Por lo tanto, concluye el TJUE, aplicar adicionalmente un coeficiente de parcialidad, relativo al trabajo a tiempo parcial, va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo “pro rata temporis”.

## 3. STC 91/2019, DE 3 DE JULIO

En este mismo sentido se ha pronunciado ahora nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia 91/2019, de 3 de julio. No resulta justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial. Se rechaza la diferencia que se da en la reducción adicional de la base reguladora, mediante un porcentaje derivado de un *coeficiente de parcialidad* que merma el número efectivo de días cotizados. Además, constituye una discriminación indirecta por razón del sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Se obvia los requisitos de "justificación objetiva y razonable" en las diferencias entre los trabajadores. De igual modo, rompe con la proporcionalidad exigida, pues estos contratos no sólo suponen una "reducción razonable de la base reguladora", sino que "añaden una reducción del periodo de cotización" para establecer la cuantía de la pensión, que no se hace con el trabajador a tiempo completo. Toda esta diferenciación conduce a un "resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social", con "incidencia predominante en el empleo femenino”. No obstante, el Pleno descarta la retroactividad y señala que, a fin de

garantizar el principio de seguridad jurídica, la declaración de nulidad no afectará, ni a los conflictos individuales juzgados con anterioridad, ni a las situaciones administrativas decretadas en firme.

En última instancia, si se estima que hay una discriminación indirecta, como parece meridianamente claro que la hay, ya que afecta indudablemente a la gran mayoría de los casos a mujeres y si se estima que la aplicación de un coeficiente de parcialidad también es discriminatorio, con respecto a los trabajadores a tiempo completo. No veo otro remedio que volver a acudir al criterio de día trabajado, aún a menos horas, computa como día cotizado, a efectos de reunir los periodos previos de cotización o de carencia, esto es, los 15 años mínimo y dejar la proporcionalidad de la jornada afecte exclusivamente el cálculo de la base reguladora de la pensión, que será inferior, obviamente, al tratarse de trabajo a tiempo parcial.

Sin embargo, la solución de considerar día trabajado, aun a menos horas que la jornada a tiempo completo, como día cotizado, que se mantenía en la regulación de desempleo, se ha considerado también como discriminatorio para los trabajadores a tiempo parcial verticales por la STJUE de 9 de noviembre de 2017[5]. En consecuencia, el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, ha modificado el art. 269.1 de la L.G.S.S. y el art. 3.4 del RD 625/1985, que establece ahora que cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial, se computará el periodo durante el que el trabajador haya permanecido en alta, con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Con lo cual, parecía que se daba carpetazo definitivamente al criterio de día trabajado día cotizado, por discriminatorio.

Sin embargo, ahora debemos volver a la solución día trabajado, día cotizado, al menos a la hora de calcular la base reguladora. Así, si el trabajador tiene menos de 15 años cotizados, se sigue aplicando el art. 248.3 *in fine* LGSS: "Cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años".

Así, el tener menos de 15 años cotizados, seguirá sin impedir el acceso a la pensión. De tal modo que se mantiene lo bueno de la regulación anterior. Sin embargo, ya no tendrá efectos sobre la cuantía final, al calcularse el porcentaje de la base reguladora sobre días naturales.

Así nos lo aclara también el Criterio 17/2019 del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

[5] PÉREZ DEL PRADO, D., "Otro toque del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio", Revista de Información Laboral, nº. 4, 2018.

Lo que se modifica es la remisión que hace el art. 248.3 LGSS al art. 347 LGSS para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión. Que ahora se calculará sobre los años reales trabajados.

Así, con la normativa anterior, con 18 años cotizados a media jornada, se calculaba 9 años a tiempo parcial. Se le aplicaba el coeficiente corrector del 1.5 y salían 13.5 años. Lo cual suponía un 45% de la base reguladora. Ahora, 18 años enteros cotizados suponen un 57.56% de la base reguladora.

Que afectará a los expedientes a partir de 12 de agosto de 2019, fecha de la publicación de la Sentencia en el BOE. A los expedientes pendientes de resolver y a los que no sean firmes todavía, por no haber transcurrido el plazo para reclamar en vía judicial y no se hubiera hecho. Estos se revisarán de oficio.

De unos 8.500 expedientes, aproximadamente, se verán afectados unos 2.200, que verán la cuantía de su pensión aumentada de media en un 4%. El resto no se verán afectados porque ya llegaban al 100% de la base reguladora, bien por tener jornadas iguales o superiores al 67% (lo cual con el coeficiente de 1.5 ya llegaban al 100%), bien porque tenían reconocidos complementos a mínimos.

## 4. TRABAJADORES TEMPORALES

Sin embargo, nada se dice sobre los trabajadores temporales. Este colectivo de trabajadores presentan problemas muy parecidos con los trabajadores a tiempo parcial, pues no deja de ser un supuesto de parcialidad, aunque en este caso normalmente planteado a lo largo de toda una vida laboral. Dificultades de reunir los periodo de carencia exigidos por las prestaciones, al trabajar menos tiempo, aunque se vaya simultaneando con periodos de desempleo, pero no siempre. Por lo tanto hay muchas lagunas de cotización y los periodos de desempleo tienen bases muy inferiores, lo que reduce las cuantías de las prestaciones futuras.

Lo primero que se le ocurre a uno cuando piensa en posibles soluciones para facilitar el acceso a la pensión de jubilación de este colectivo de trabajadores, es precisamente eso, tratarlos como un colectivo con un problema específico, del cual no se ha tomado conciencia, a diferencia de los trabajadores a tiempo parcial, que presentan problemas muy parecidos, pues no deja de ser un supuesto de parcialidad, aunque en este caso normalmente planteado a lo largo de toda una vida laboral.

En primer lugar, una posible solución sería la aplicación de la normativa laboral y más concretamente, de contratación temporal fraudulenta, que sería un debate distinto. Esto es, el control de la causa de los contratos temporales. Si mantenemos la causalidad y la controlamos eficazmente a través de más medios de Inspección o un control efectivo en las Oficinas de Empleo. Esto es que se controle si existe causa o no para celebrar el contrato cuando se registre en la oficina de empleo y no sea meramente a efectos estadísticos. O si damos por perdido el debate de la causa de la temporalidad y vamos al contrato único o al modelo anglosajón con porcentajes máximos de contratos temporales, de acuerdo con la plantilla total de la empresa, etc. Las presunciones de conversión en indefinidos, si es una contratación temporal fraudulenta se convierte en indefinido, art. 15.3 del E.T. o sin tener en cuenta el carácter fraudulento o no del contrato, por el sólo hecho de encadenar distintos

contratos temporales sucesivos durante más de 24 meses con el mismo trabajador, art. 15.5 del ET. Puede darse que estas presunciones no se lleguen a aplicar porque el trabajador no reclame, etc.

En consecuencia, una primera solución que me viene a la mente sería la aplicación retroactiva de la normativa laboral que no se haya aplicado en su momento, porque el trabajador no haya denunciado, etc. Obviamente, en el momento de la jubilación, sería ver si ha habido incumplimiento, más bien del art. 15.5 del ET, porque no sería viable analizar ya a toro pasado la causalidad o carácter fraudulento de cada contrato temporal que se haya celebrado en su momento, vía art. 15.3 del ET. Pero si sería relativamente fácil ver la carrera laboral del trabajador y ver si ha estado contratado con sucesivos contratos temporales para la misma empresa durante más de 24 meses y aplicar retroactivamente la conversión en indefinido, aunque sólo sea a efectos de otorgarle un periodo de cotización ficticia para reunir los periodos de carencia y aumentar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación.

En segundo lugar, al igual que se hace con otros colectivos con dificultades para acceder a la pensión de jubilación, otra posible solución sería el otorgar un determinado periodo de cotizaciones ficticias, a efectos de reunir la carencia genérica o el periodo previo de cotización exigida para acceder a la pensión de jubilación. Así, o bien a efectos globales se les otorga a este colectivo de trabajadores un periodo de cotización en general, por regla general o ya se les otorga un periodo específico, en función de sus concretas circunstancias personales. Por ejemplo, computar como tiempo cotizado, a efectos de reunir la carencia genérica, los días correspondientes a las distintas indemnizaciones por fin de contrato temporal que se le haya abonado a lo largo de la vida laboral. O, por ejemplo, a estos efectos, considerar como periodo cotizado el tiempo que hubiera transcurrido inscrito en la Oficina de Empleo, aun cuando no se tenga derecho a la prestación por desempleo, como ocurre con la situación asimilada al alta, pero en este caso a efectos de reunir el periodo de carencia exigible para tener derecho a la pensión de jubilación.

Ahora bien, esto sería recurrir a la normativa laboral de forma retroactivo y podría ser una solución. Pero ahora, centrándonos estrictamente en el debate de Seguridad Social, desde la perspectiva de las dificultades que tiene este colectivo para acceder a la pensión de jubilación.

Mi primera reacción sería hacer extensible a este colectivo las propuestas que se han ido aplicando al colectivo de trabajadores a tiempo parcial.

Así, en primer lugar, lo que se me ocurre es volver a aplicar la tesis de los días cuota. Esto es, volver a computar la cotización por las pagas extraordinarias para cumplir los periodos de cotización previa o de carencia de la pensión de jubilación, que se eliminaron con la reforma de 2007. De tal modo que cada año computaría como 14 meses cotizados, a razón de dos pagas extraordinarias por año. En consecuencia, se reuniría el periodo mínimo de carencia de 15 años con poco más de 12 años y medio de trabajo y cotización real.

Aplicar el coeficiente corrector de parcialidad del 1,5, tanto para reunir los periodos previos de cotización o de carencia, como para calcular la base reguladora. De tal modo que tener menos de 15 años cotizados no impedirá acceder a la pensión. Sin embargo, sí tendrá

efectos sobre su cuantía final, al calcularse ajustando el porcentaje de la base reguladora a su concreta parcialidad, permitiendo acceder a pensiones con bajas carreras de seguro, en supuestos de precariedad. De este modo se evitaría que no se pudiera acceder a la pensión de jubilación por no tener la carencia genérica requerida.

O tal vez una ratio de años cotizados, porcentaje aplicable a la base reguladora, menos exigente que el supuesto ordinario. De tal forma que con menos años cotizados, los porcentajes aplicables a la base reguladora sean más elevado. Así, por ejemplo, 100% de la base reguladora con 25 años cotizados a lo largo de la vida laboral, etc.

Una vez cumplida la carencia genérica y por lo tanto teniendo derecho a la pensión de jubilación, para evitar los efectos de una pensión reducida, por pocos años de cotización a lo largo de la vida laboral, en cuanto a que no deja de ser un supuesto de parcialidad, aunque en este caso normalmente planteado a lo largo de toda una vida laboral. Aplicar un coeficiente de parcialidad, en comparación con una carrera asegurativa ordinaria. El problema aquí, obviamente, sería qué tenemos en cuenta como carrera asegurativa ordinaria, a efectos comparativos, pues evidentemente una cosa es lo que venían trabajando y cotizando de forma habitual los trabajadores y otra cosa muy distinta es lo que pude pasar en el futuro, precisamente por el alto porcentaje de temporalidad o precariedad que existe. Creemos que en este caso, lo más adecuado y justo sería comparar con los años que exige la normativa reguladora para tener derecho al 100% de la base reguladora de pensión de jubilación, esto es 35 años o 38, cuando entre en vigor plenamente la reforma de 2011. Luego hay que sumar todo el tiempo trabajado computable, ya sea en horas o en días (porcentaje de jornada), no para determinar la carencia, sino para determinar el porcentaje de jornada realizada respecto de la jornada realizada por un trabajador comparable en el periodo de alta, a efectos finales de la calcular la cuantía de la pensión. Así, por ejemplo, si tomamos como referencia de comparación de una carrera asegurativa ordinaria los 35 años que se exigían antes para tener derecho al 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación, y tenemos un trabajador que con contratos temporales y periodos de desempleo subsidiado ha cotizado a lo largo de su vida laboral 17 años y 6 meses. Esto es, el 50% de la carrera comparativa. De tal modo que sumaríamos al 50% básico de la base reguladora, un 25% adicional, quedando el porcentaje aplicable a la base reguladora en un 80% con la regulación antigua y más o menos en un 72% con la nueva regulación, tras la reforma de 2011.

Ahora bien, como este colectivo de trabajadores también son mayoritariamente mujeres, se podría plantear también la discriminación de estas soluciones y la alternativa sería, año trabajado, aun cuando sean menos meses, computa como año cotizado.

Laborum

# Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

# Los límites de la justiciabilidad de los derechos de seguridad social en México

# The limits of justiciability of social security rights in Mexico

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

*LICENCIADA EN DERECHO CON MENCIÓN HONORÍFICA. ESPECIALISTA EN DERECHO SOCIAL (LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL, AGRARIO Y COOPERATIVO) CON MENCIÓN HONORÍFICA. MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN HONORÍFICA. DOCTORA EN DERECHO CON MENCIÓN HONORÍFICA. DOCTORANDA EN LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA*

**Resumen**

A partir del concepto de justiciabilidad, en este trabajo se analizan los principales obstáculos para acceder en México a las prestaciones contenidas en los ordenamientos de seguridad social como resultado de la ineficacia de las normas de seguridad social y de la aplicación de la normatividad laboral al ámbito de la seguridad social. Fundamental fue la consulta de las reformas laborales de 2012 y 2019 que impactan en el ámbito de la seguridad social. Desde el punto de vista metodológico, la investigación requirió de la consulta de fuentes especializadas en derecho laboral, derecho laboral burocrático, derecho de la seguridad social y teoría del derecho, las que al amparo de los métodos deductivo y comparado, nos permitieron ofrecer algunas propuestas de solución tendientes a superar los inconvenientes de la normatividad en materia de seguridad social y la superación de la anomia y la falta de autonomía jurisdiccional en la resolución de los conflictos de seguridad social.

**Palabras clave**

Seguridad Social; justiciabilidad; Instituto Mexicano del Seguro Social

**Abstract**

Based on the concept of justiciability, this paper analyzes the main obstacles to accessing, in Mexico, the benefits contained in social security systems as a result of the inefficiency of social security regulations and the application of labor regulations to the field of social security. Fundamental was the consultation of the labor reforms of 2012 and 2019 that impact in the field of social security. From a methodological point of view, the research required the consultation of sources specialized in labor law, bureaucratic labor law, social security law and theory of law, those which, under the guise of deductive and comparative methods, allowed us to offer some proposals for solutions aimed at overcoming the disadvantages of social security legislation and improvement of the anomie and lack of jurisdictional autonomy in the resolution of conflicts of social security.

**Keywords**

Social Security; justiciability; Mexican Social Security Institute

## 1. INTRODUCCIÓN

La exigibilidad puede entenderse desde dos perspectivas, una en sentido amplio y otra restringida. El primer tipo de exigibilidad se refiere a los procesos sociales y políticos con los cuales cuenta la sociedad para que el Estado cumpla sus obligaciones. Como ejemplos de este tipo de exigibilidad se encuentran las denuncias en medios de comunicación, protestas sociales, huelgas, peticiones administrativas, actuaciones del *ombudsman* o defensores de derechos humanos, y en general, cualquier acto por el cual se incida en las políticas públicas o en las reformas legislativas de un país.

*Fecha Recepción: 11-6-2019 – Fecha Revisión: 5-7-2019 – Fecha Aceptación: 7-7-2019*
*Pag. 173-197*

Por su parte, la exigibilidad en sentido restringido, a la que se denomina justiciabilidad, se refiere a la capacidad de reclamar una reparación ante un juez o un tribunal de justicia cuando ocurrió o es probable que ocurra una violación a un derecho.

En el caso de las prestaciones correspondientes a los seguros sociales previstos en los ordenamientos de seguridad social, en concreto, la LSS y la LISSSTE con sus múltiples disposiciones reglamentarias disponen de mecanismos jurisdiccionales de índole laboral para hacerlas justiciables al negarse por parte de los institutos de seguridad social su otorgamiento y pago o efectuarse de manera incorrecta.

Las prestaciones en dinero establecidas en las leyes de seguridad social, en la mayoría de los casos, al ser sustitutivas del salario ante la imposibilidad del asegurado de prestar sus servicios; y las prestaciones en especie al tener como finalidad restituir la salud del derechohabiente o proveer de los medios para atender y controlar los padecimientos, secuelas y limitaciones que sean irreversibles, deben otorgarse con la debida oportunidad y prontitud, sin embargo existen diversos obstáculos que lo impiden o dificultan.

Se considera que en México los principales obstáculos para hacer justiciables los derechos previstos en los ordenamientos de seguridad social, son la falta de regulación de las controversias de seguridad social dentro de la norma constitucional, la inadecuación de las normas sustantivas, la regulación procedimental de los conflictos de seguridad bajo las leyes laborales, la ejecución de las resoluciones en materia de seguridad social y los problemas de racionalidad en los ordenamientos de seguridad social. Así que procedamos al análisis de cada uno de las referidas limitantes.

## 2. ANOMIA CONSTITUCIONAL

El 28 de abril de 2016 el Ejecutivo Federal presentó –ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión– la iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. La iniciativa presidencial propuso una reforma al derecho procesal del trabajo que descansaba en dos premisas básicas:[1]

a) El replanteamiento de la función conciliatoria, de manera que constituya una instancia prejudicial a la cual los trabajadores y patrones deberán acudir antes de iniciar el procedimiento que se instaure para la resolución del conflicto.

b) La justicia laboral sea impartida en lo sucesivo por órganos del Poder Judicial Federal o de los poderes judiciales locales, según corresponda.

Ambas propuestas hoy son una realidad ante la aprobación del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, publicado el 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación, en cuyo artículo

[1] Exposición de Motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, México, Cámara de Diputados, 2016, p. 6.

123, apartado A, fracción XX dispone que los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas,

La anterior transcripción evidencia que en el reformado texto constitucional es inexistente la regulación sobre la interposición, tramitación y resolución de los conflictos de seguridad social, a los que definimos como las controversias que tienen por objeto reclamar actos u omisiones de los organismos de seguridad social que están relacionados con el reconocimiento de derechos o el otorgamiento de prestaciones derivadas de los diversos seguros que componen el régimen obligatorio del seguro social previsto en las diversas legislaciones de seguridad social con sus respectivos reglamentos, así como las disposiciones que resulten aplicables en virtud de contratos colectivos de trabajo o contratos-Ley.

Y es que si bien coincidimos que desde la técnica legislativa, la reforma constitucional aprobada en 2019 es de índole laboral, debió haberse ocupado del reconocimiento de los conflictos de seguridad social y de atribuir competencia al órgano encargo de su resolución, debido a que en las juntas especiales que integran la JFCA se interponen, tramitan y resuelven este tipo de controversias en contra del IMSS, el INFONAVIT y las distintas AFORES. Con base en la estadística que reportan las 66 Juntas Especiales que componen la JFCA, los conflictos individuales de seguridad social interpuestos al 31 de marzo de 2019, guardan el siguiente estado procesal:

| **Fases** | **Total de asuntos de Seguridad Social** | |
|---|---|---|
| | **IMSS, AFORES INFONAVIT** | |
| Instrucción y Dictamen | 108.037 | IMSS: 78.266<br>AFORES: 24.340<br>INFONAVIT: 5.431 |
| Amparo | 13.419 | TOTAL: 108.037 |
| Laudo | 41.257 | |
| Ejecución | 35.536 | |
| Total | 198.249 | |

**Cuadro 1. Conflictos individuales de seguridad social interpuestos**
**Fuente: Elaborado por la Autora con base en la información estadística proporcionada por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje**

Por su parte, la fracción XII del artículo 123 constitucional en su apartado B dispone que los conflictos individuales, colectivos o intersindicales serán sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Con mayor claridad y detalle, el artículo 124 de la LFTSE, establece que el TFCA será competente para:

i. Conocer de los conflictos individuales que se susciten entre titulares de una dependencia o entidad y sus trabajadores.

ii. Conocer de los conflictos colectivos que surjan entre el Estado y las organizaciones de trabajadores a su servicio.

iii. Conceder el registro de los sindicatos o, en su caso, dictar la cancelación del mismo.

iv. Conocer de los conflictos sindicales e intersindicales.

v. Efectuar el registro de las Condiciones Generales de Trabajo, Reglamentos de Escalafón, Reglamentos de las Comisiones Mixtas de Seguridad e Higiene y de los Estatutos de los Sindicatos.

Yes que a diferencia de los conflictos laborales, de los que se ocupa la doctrina y la jurisprudencia por ser los únicos que la Constitución mexicana reconoce, la falta de regulación de las controversias de seguridad social que se suscitan entre los organismos de seguridad social –IMSS e ISSSTE– y sus derechohabientes encuadra dentro de lo que se denomina como anomia constitucional[2] por Enrico Spagna Musso[3], Peter Waldmann[4] y Fernando Escalante Gonzalbo.[5]

La expresión anomia (*Üvoìíá*) que se emplea para aludir a una omisión en las normas constitucionales de un hecho o situación que socialmente exigen ser regulados, constituye uno de los obstáculos para materializar la regulación de los conflictos de seguridad social.

Al aprobarse el 24 de febrero de 2017 la creación de los tribunales laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales de las entidades federativas,[6] conforme al artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XX en correlación con el principio de legalidad –que dicta como máxima que el gobernado es libre de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, mientras que los poderes públicos sólo pueden realizar aquello que la ley ordena– este tipo de organismos sólo están facultados para pronunciarse sobre los conflictos laborales, y no respecto de las controversias de seguridad social que surgen ante la negativa o la incorrecta determinación de las prestaciones derivadas de los seguros sociales previstas en la LSS y en la LINFONAVIT con sus respectivas normas reglamentarias.

En el caso de la anomia constitucional existente en el apartado B del artículo 123 constitucional en lo concerniente a los conflictos de seguridad social que interponen los derechohabientes en contra del ISSSTE, el FOVISSSTE y las AFORES, si bien se intenta superar a través de la competencia por afinidad o prorrogada que se fundamenta en la ampliación de la competencia que por vía jurisprudencial señala a la JFCA, el TFCA y el TFJA como los facultados para conocer de este tipo de controversias, ante la disimilitud de criterios aislados y jurisprudenciales constituye uno de los principales obstáculos que impide su tramitación y resolución por la diversidad de conflictos competenciales que plantean,

[2] El término anomia es un neologismo introducido y desarrollado en la sociología por Durkheim con una finalidad diversa, al referirse a un estado social provocado por aquella sociedad que está en cambio y por consecuencia las reglas no están debidamente establecidas, lo que propicia el deterioro o rompimiento de lazos sociales. En el ámbito jurídico se ha empleado para aludir a una omisión en las normas constitucionales de un hecho o situación que socialmente exigen ser regulados.

[3] SPAGNA MUSSO, E.: *Appunti per una teoría dell' anomia constituzionale*, Scritti in onore di Constantino Mortati, Milán, Giuffré, 1977, vol. I, pp. 281 y ss.

[4] WALDMANN, P.: *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina,* Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 1-214.

[5] VV.AA.: *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*, BERNECKER WALTHER L. (Ed.), México, UNAM-Colegio de México-Servicio Alemán de Intercambio Académico, 2004, pp. 125-146).

[6] A pesar de que se aprobó la creación de los tribunales laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales de las entidades federativas a la fecha son inexistentes.

dificultando con ello el otorgamiento y pago de las prestaciones de seguridad social previstas en la LISSSTE y sus disposiciones reglamentarias.

A manera de ejemplo de lo expuesto se encuentra el conflicto competencial 7/2005, en el que un asegurado que prestaba sus servicios en un cuerpo de seguridad pública demandó la expedición del dictamen por incapacidad permanente total en términos de la LISSSTE. El asunto se presentó en julio de 2002 ante la JFCA, quien al declararse incompetente lo turnó al TFCA. Al tener conocimiento del asunto, el tribunal burocrático declinó la competencia en favor del antiguo TFJFA, quien al declarase incompetente, lo turnó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

Fue hasta el año 2005 cuando el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito resolvió la controversia competencial al determinar que el TFJFA era el órgano más afín para resolver el conflicto interpuesto, pues de acuerdo con la fracción VI del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, era el competente para sentenciar los asuntos en materia de pensiones con cargo al ISSSTE.[7]

Otros conflictos competenciales polémicos fueron los radicados bajo los números 37/2013, 39/2013, 43/2013, 3/2014, 4/2014, 6/2014, 14/2014, 16/2014 y 55/2014 referentes a los trabajadores jubilados adscritos a los planteles y demás servicios que se incorporaron al Sistema Educativo a nivel estatal en términos del Acuerdo Nacional para la Modernización de la Educación Básica. En estos casos la acción principal consistió en demandar al FOVISSSTE y a la AFORE denominada PENSIONISSSTE la devolución de las aportaciones acumuladas en la subcuenta de vivienda.

En todos los conflictos competenciales los Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo del Primer Circuito fueron coincidentes en señalar que si la controversia versaba sobre la devolución de los montos acumulados en la subcuenta de vivienda, por consecuencia, resultaba aplicable el artículo 78 de la LISSSTE que atribuye competencia al TFCA para resolver la controversia planteada.[8]

Como elemento adicional, los Tribunales Colegiados Octavo, Décimo y Décimo Tercero, consideraron que conforme a la tesis 2a. XLVII/2001 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el TFCA era el competente para resolver el conflicto interpuesto ante la naturaleza del régimen constitucional que rige la relación laboral, de la cual deriva el vínculo en el cual se sustentan las prestaciones reclamadas al ISSSTE por parte de un derechohabiente.[9]

Empero, un criterio opuesto al de los órganos jurisdiccionales anteriores fue el que sostuvo el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al

[7] Competencia 7/2005 entre la Sexta Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la Segunda Sala Auxiliar del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sitio consultado http://www.scjn.gob.mx [7 de junio de 2019].
[8] Contradicción de Tesis 9/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sitio consultado http://www.scjn.gob.mx [21 de mayo de 2019].
[9] Idem.

resolver el 20 de octubre de 2014 el conflicto competencial número 55/2014, suscitado entre la Junta Especial Número Uno de la JFCA y la Quinta Sala del TFCA.

De acuerdo con el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo, la competencia para conocer de la devolución de las aportaciones de vivienda debía surtirse en favor de la JFCA, en primer lugar, al considerar que al crearse un organismo descentralizado en el Acuerdo Nacional para la Modernización de la Educación Básica, en sustitución de la Secretaría de Educación Pública, se generó un nuevo vínculo laboral que hacía inaplicable el apartado B del artículo 123 constitucional. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional estableció que el FOVISSSTE y el PENSIONISSSTE eran órganos dependientes del ISSSTE, por lo que en su calidad de organismo descentralizado de carácter federal, le era aplicable el apartado A, fracción XXXI, inciso b), punto 1, del artículo 123 constitucional en lugar del artículo 78 de la LISSSTE.[10]

Ante la disimilitud de los criterios para determinar la competencia del órgano encargado de resolver el conflicto sobre la devolución de las aportaciones de vivienda efectuadas por los trabajadores jubilados adscritos a los planteles y demás servicios incorporados al nuevo sistema educativo, le correspondió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolver la contradicción. Para el Alto Tribunal, debido a que en el Acuerdo de Modernización de la Educación Básica, las partes se obligaron a respetar los derechos laborales de los trabajadores que prestaban sus servicios en los planteles y demás unidades administrativas que se incorporaron al Sistema Educativo estatal, la relación de trabajo siempre se desarrolló bajo el régimen del apartado B del artículo 123 constitucional que en correlación con el artículo 78 de la LISSSTE son los que determinan la competencia del TFCA para resolver la controversia planteada.[11]

Finalmente, se expone el conflicto competencial número 13/2006, suscitado entre la Junta Especial Número Cuarenta y Nueve de la JFCA en el Estado de Chiapas y la Sala Regional Chiapas-Tabasco del TFJFA.

En este caso, Lucía Rebeca Díaz Penagos demandó al ISSSTE los incrementos correspondientes a su jubilación. Al radicarse la demanda en la Junta Especial Número Cuarenta y Nueve de la JFCA mediante acuerdo dictado el 26 de junio de 2016 determinó que era incompetente para conocer del asunto, toda vez que de las fracciones XX y XXXI, del apartado A, del artículo 123 constitucional, no se desprende que deba conocer de los juicios en donde se haga valer una acción relativa a las pensiones y jubilaciones, pues no se trata de un conflicto entre el capital y el trabajo derivado de una relación laboral, por lo que turnó los autos a la Sala Regional Chiapas-Tabasco del TFJFA.

Por su parte, la Sala Regional Chiapas-Tabasco del TFJFA a través del auto de fecha 15 de agosto de 2016, señaló en lo sustancial, su incompetencia al no actualizarse los supuestos de la fracción VI del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en razón de que del texto de la demanda no se advierte la existencia de alguna resolución definitiva dictada en materia de pensiones civiles con cargo al erario federal del ISSSTE, o bien, de alguna solicitud o instancia que pudiera configurar

[10] Idem.
[11] Idem.

una negativa ficta. Por el contrario, la Sala Regional del TFJFA consideró que la acción principal al consistir en el ajuste a la jubilación y el pago de las diferencias entre la cantidad que se pagó, se trataba de una cuestión de naturaleza laboral entre el gobierno federal y los servidores públicos.[12]

Por razón de turno, el conflicto competencial fue resuelto por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, quien determinó que si bien las pensiones tienen como fuente la relación de trabajo establecida entre el derechohabiente y la dependencia en el cual haya laborado, también lo es, que la surgida entre aquél y el ISSSTE constituye una nueva relación de naturaleza administrativa, la cual es de supraordinación a subordinación, en la que el interesado como gobernado se somete al imperio del organismo de salud, quien ante él adquiere el carácter de autoridad, ya que puede crear, modificar o extinguir ante sí o por sí la situación jurídica del pensionado.[13] A lo anterior el tribunal colegiado adicionó, que de acuerdo con lo establecido en la fracción VI del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la Sala Regional Chiapas-Tabasco del TFJFA era la competente para conocer del caso.[14]

Este último criterio es relevante, debido a que ante una nueva reflexión, la Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha abandonado de manera parcial la tesis jurisprudencial 2a. XLVII/2001 que imperó durante aproximadamente cinco años. Conforme al texto de la jurisprudencia se disponía que para fijar la competencia del órgano que tenga a su cargo el conocimiento, interposición y resolución de los conflictos de seguridad social instaurados por un derechohabiente en contra del ISSSTE, se debe atender al régimen constitucional que rige la relación laboral de la cual deriva el diverso vínculo en el cual se sustentan las prestaciones reclamadas.

De esta manera, ante la interposición de un asunto en el que se reclame la orden de suspensión del importe de una pensión decretada por el ISSSTE, la Segunda Sala de la Corte consideró, que una vez concedida la pensión, el organismo de salud se encuentra facultado para suspenderla, modificarla o revocarla, en los casos y condiciones previstos en su normatividad, sin que para ello esté obligado a acudir ante un tribunal jurisdiccional o administrativo, lo que da lugar a una relación de supraordinación a subordinación, en la que el derechohabiente se somete al imperio del órgano de seguridad social, quien ante él adquiere el carácter de autoridad.

Por tanto, con base en lo considerado por el Alto Tribunal en correlación con la fracción VI del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, las órdenes o resoluciones emitidas por parte del personal del ISSSTE o de los órganos competentes dependientes de él, en las cuales se haya concedido, negado, revocado, suspendido, modificado o reducido una determinada pensión, ante la observancia del principio de definitividad, deben de manera previa al juicio de amparo, recurrirse a través

[12] Competencia 13/2006. Suscitada entre la Junta Especial Número Cuarenta y Nueve de la Federal de Conciliación y Arbitraje en el Estado de Chiapas y la Sala Regional Chiapas-Tabasco del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. 6 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Elías Álvarez Torres. Secretario: Julio César González Soto. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sitio consultado http://www.scjn.gob.mx [2 de junio de 2019].

[13] Idem.

[14] Idem.

del juicio contencioso administrativo ante el actual TFJA, salvo que se actualice alguna de las excepciones al principio de mérito previstas en la Ley de Amparo.[15]

Es así, que ante la cuestionada competencia por afinidad, se generan una pluralidad de criterios que, en ocasiones, resultan contradictorios o dan lugar a modificaciones en los criterios asumidos, lo que retarda el otorgamiento y pago de las prestaciones de seguridad social en detrimento de los derechohabientes. Por tanto, no sólo es prioritario el reconocimiento de los conflictos de seguridad social dentro de la norma constitucional, sino es necesario que con claridad y precisión se indique el órgano u órganos que ha de encargarse de su tramitación y resolución, pues ello evitará los constantes conflictos competenciales en los que las autoridades omiten pronunciarse sobre la acción principal ante el peregrinar de los expedientes de un órgano jurisdiccional a otro para determinar a quién le compete su resolución.

## 3. INADECUACIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS

En la mayoría de los conflictos de seguridad social que suelen interponerse en contra del IMSS y el ISSSTE, los derechohabientes reclaman el pago de las prestaciones en dinero y en especie del seguro de riesgos de trabajo. Debido a que en la LSS y en la LISSSTE con sus respectivas disposiciones reglamentarias, no existe un listado de enfermedades de trabajo para el reconocimiento de los padecimientos de orden profesional y un baremo que permita llevar a cabo la valuación de los mismos, se ha recurrido con base en los artículos 43 y 58 de la LSS, así como los artículos 56 y 62 de la LISSSTE, a la aplicación supletoria de los artículos 513 y 514 de la actual Ley Federal del Trabajo expedida desde el 1º de abril de 1970.

En el artículo 513 de la Ley Federal del Trabajo se reconocen un total de 161 padecimientos de orden profesional; mientras que en lo referente al proceso de la valoración de la aptitud para trabajar, al que se define como la evaluación de la capacidad psicofísica del individuo para realizar su trabajo que supone una compatibilidad entre las condiciones de salud de una persona y las exigencias de un determinado trabajo[16] desde la perspectiva médico-legal y, en particular, con relación a las secuelas, cada día propende más por intentar realizar una valoración cuantitativa a través de los procesos de baremación.[17]

La mayoría de las veces cuando hablamos de baremo o tablas de incapacidad, nos referimos a un sistema matemático de valoración del daño corporal, cuyas normas asignan un valor –fijo o en forma de intervalo– a los padecimientos, lesiones y secuelas reconocidos como de índole profesional. A pesar de que los baremos están en relación con la materia que se valora y la legislación aplicable, en cuanto a sus estructura suelen estar ordenados por aparatos, sistemas o por la gravedad de los padecimientos.

[15] Jurisprudencia 111/2005. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sitio consultado http://www.scjn.gob.mx [3 de abril de 2019].

[16] AGUADO BENEDÍ, M.J. et al.: *Guía de valoración de incapacidad laboral temporal para médicos de atención primaria*, Madrid, Escuela nacional de medicina del trabajo, Instituto de salud Carlos III, 2015, p. 51

[17] GARCÍA J., *Estudio comparativo de la baremación de secuelas en diferentes Países*, Bogotá, Cuadernos de medicina forense, 2015, p. 113

En México, en el artículo 514 de la ley laboral se consigna un baremo de aplicación obligatoria que es empleado para expresar en porcentajes la pérdida de la capacidad funcional de los sistemas afectados debido a un riesgo profesional. Los porcentajes de incapacidad propuestos se establecen en relación con la totalidad del individuo, siendo cien el valor máximo, el cual corresponde a la pérdida total funcional del organismo.

Después de 48 años de haber permanecido incólumes los artículos 513 y 514 de la legislación laboral, el catálogo de enfermedades profesionales y la tabla de valuación de incapacidades expedidos en el siglo XX eran acordes con el desarrollo de la ciencia y los entornos económico, social y político que imperaban en aquella época. De manera paralela la transición epidemiológica, la aparición de nuevos riesgos (químicos, biológicos, físicos y psicológicos) aunada a la inaplicabilidad de los principios ergonómicos, así como la globalización de la economía, el progreso de la medicina del trabajo y el avance tecnológico al transformar la estructura y dinámica de los mercados laborales, han dado lugar al incremento y diversificación de las tareas ocupacionales, lo que provoca la aparición de nuevos padecimientos profesionales, cuyo reconocimiento y calificación al no tipificarse en los artículos 513 y 514 de la actual ley laboral evidencian el gradual distanciamiento entre la ley y la realidad que está destinada a reglar.

Ante tal panorama una de los principales modificaciones de la reforma laboral de 2012 fue que conforme al artículo cuarto transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social debía expedir las tablas de enfermedades de trabajo y de valuación de incapacidades permanentes resultantes de los riesgos de trabajo, en un término de seis meses, contados a partir de la entrada en vigor del citado Decreto, por lo que las tablas a que se refieren los artículos 513 y 514 del código laboral se derogarían hasta la expedición del nuevo catálogo de enfermedades laborales y su correspondiente baremo de valuación de incapacidades permanentes.

No obstante, que el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo se publicó el 30 de noviembre de 2012 en el Diario Oficial de la Federación y entró en vigor el 1º de diciembre de 2012, lo que provocó que en junio de 2013 feneciera el término para la expedición de las tablas de enfermedades de trabajo y de valuación de incapacidades permanentes, al día de hoy en México en contravención al citado artículo transitorio, se aplican los anacrónicos artículos 513 y 514 de la ley laboral que datan del 1º de abril de 1970, sin que exista una propuesta seria de reformar ambos dispositivos legales durante todo el año de 2013 y parte del 2014.

Los primeros esfuerzos tendientes a lograr la expedición del listado de enfermedades de trabajo y la tabla de valuación de incapacidades permanentes surgieron hasta el 30 de abril de 2014 con la presentación de la iniciativa propuesta por la diputada Sonia Rincón y el 6 de agosto de ese mismo año con la iniciativa del diputado Manlio Fabio Beltrones. Sin embargo, al operar la preclusión prevista en el artículo 89 del Reglamento de la Cámara de Diputados para el dictamen de las iniciativas, según consta en el acuerdo de la mesa directiva de este órgano legislativo emitido el 30 de abril de 2015, se procedió a desechar ambas propuestas.

Frente a las omisiones y la falta de diligencia del poder público en la expedición de las tablas de enfermedades profesionales y de valuación de incapacidades permanentes, la diputada Ana Georgina Zapata a través de la iniciativa de reforma presentada el 16 de marzo 2016 ante la Cámara de Diputados denunció una antinomia en cuanto al sujeto facultado para actualizar y emitir las tablas de enfermedades de trabajo y la de valuación de incapacidades permanentes, en virtud que, por una parte, los artículos 476, 513 y 514 señalan que corresponderá a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y, por otra, el diverso artículo 515 confiere dicha facultad al poder legislativo. Para solucionar el conflicto competencial la iniciativa propone que la facultad de llevar a cabo la actualización de ambas tablas recaiga en el ejecutivo federal.[18]

Al día siguiente de su presentación, la iniciativa fue turnada a la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados para su análisis y discusión. De acuerdo con el dictamen del órgano legislativo, corresponde a la Secretaria del Trabajo y Previsión Social la emisión del listado de enfermedades profesionales y de la tabla de valuación de incapacidades permanentes.[19]

El 21 de febrero de 2017[20] la Cámara de Diputados a través del oficio número Dgpl 63-II-1-1950 turnó al Senado para su discusión el proyecto que contiene el Decreto por el que se reforman los artículos 513 y 515, y se adiciona el artículo 515 bis a la Ley Federal del Trabajo. En el proyecto se atribuye competencia para llevar a cabo la actualización de las tablas de enfermedades de trabajo y de valuación de las incapacidades permanentes al titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, previa aprobación del proyecto respectivo por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, además de imponerle la obligación de realizar las investigaciones y estudios necesarios, conforme al progreso de la medicina del trabajo para llevar a cabo la actualización

En este sentido, y conforme al artículo segundo transitorio de la iniciativa, el titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social deberá expedir las tablas de enfermedades de trabajo y de valuación de las incapacidades permanentes resultantes de los riesgos de trabajo, en un término de seis meses, contados a partir de la entrada del decreto de reforma a la Ley Federal del Trabajo con base en el Reglamento Federal en Materia de Seguridad y Salud que consignará los aspectos y tipo de información que deberán contener ambas tablas.[21]

Sin lugar a dudas, dos tareas prioritarias son la discusión de esta iniciativa y la expedición del listado de enfermedades como su tabla de valuación de incapacidades permanentes, debido a que hacen posible la identificación y la calificación de los padecimientos que derivan de un accidente o enfermedad ocupacional para que pueda operar la reparación de los daños provocados al derechohabiente o a sus beneficiarios.

[18] Exposición de Motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, México, Cámara de Diputados, 2016.

[19] Cámara de Diputados, Versión Estenográfica de la sesión ordinaria del 21 de febrero de 2017.

[20] En lo general, el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo fue aprobado el 21 de febrero de 2017 por la Cámara de Diputados con 303 votos a favor, 86 en contra y 10 abstenciones y luego de rechazarse de manera gradual seis reservas se avaló en lo particular con 297 votos a favor, 84 en contra y seis abstenciones.

[21] Cámara de Diputados, Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, Versión Estenográfica de la sesión ordinaria del 21 de febrero de 2017.

De manera particular, la tabla de valuación de las incapacidades permanentes al emplearse para determinar el grado de riesgo que presenta el operario, constituye un factor indispensable en la fijación del tipo de incapacidad que existe y en la procedencia de las prestaciones en dinero que le corresponden al asegurado siniestrado como reparación pecuniaria del daño al amparo de la normatividad aplicable, como se muestra en el siguiente cuadro.

| Consecuencia | Reparación en la LSS y en la LISSSTE |
|---|---|
| Incapacidad temporal | Subsidio: 100% del salario durante los días de incapacidad |
| Incapacidad total | Pensión, aguinaldo e incrementos |
| Incapacidad parcial | a. 1% a 25% - Indemnización global equivalente a 5 anualidades<br>b. 26% a 49% - El asegurado puede optar por la indemnización global o la pensión e incrementos<br>c. 50% a 99% - Pensión, aguinaldo e incrementos |
| Muerte | Pensiones de viudez, orfandad o ascendencia, aguinaldo también denominado como gratificación e incrementos.<br>Gastos de funeral |

**Cuadro 2. Prestaciones en dinero derivadas de un riesgo profesional en las leyes de seguridad social**
**Fuente: Elaborado por la Autora con base en la LSS y la LISSSTE**

Y es que a pesar de que la doctrina desarrolla una amplia gama de reparaciones, en el caso de la materia laboral, la indemnización y en el derecho de la seguridad social, el pago de la pensión, determinados ambos beneficios conforme a las tablas de enfermedades de trabajo y de valuación, son las formas de compensar de manera económica el daño que provoca un riesgo profesional en el organismo del operario.

Por supuesto que el otorgamiento o denegación de este tipo de prestaciones es un tema que importa asegurado y al empleador. Para el operario la inadecuada valoración de un riesgo laboral implica el erogar recursos para interponer un juicio en el que normalmente debe asumir la carga probatoria de acreditar la profesionalidad del padecimiento, pues al no estar tipificado el estado patológico en el catálogo de enfermedades profesionales, no opera en su favor la presunción legal prevista en el artículo 831 de la ley laboral de considerar que esa enfermedad la adquirió el asegurado en ejercicio o con motivo del trabajo, lo que propicia en algunos casos la falta de reparación del daño o que éste se prolongue por años.

Para el sector patronal la determinación del tipo de consecuencia que produce un riesgo de trabajo es fundamental, pues de ello depende la fijación de las primas que debe cubrir el empleador en el seguro de riesgos de trabajo. De igual forma para los institutos de seguridad social, el reconocimiento y calificación de un riesgo laboral es importante, debido a que el tipo de incapacidad que presente el asegurado es proporcional al tipo de prestaciones que deben erogar para cumplimentar las resoluciones de carácter administrativo o los laudos y sentencias en los que se decrete el reconocimiento y valuación de los padecimientos de orden profesional.

## 4. AUSENCIA DE NORMAS PROCEDIMENTALES EN LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL

De acuerdo con el artículo segundo transitorio del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral,

publicado el 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación, el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deben realizar las adecuaciones legislativas que correspondan para dar cumplimiento a lo previsto en el citado decreto, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo, esto es, al 25 de febrero de 2018.

Al día de hoy, para cumplimentar la reforma laboral en materia de justicia laboral, las legislaturas de los Estados de Aguascalientes, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas reformaron sus textos constitucionales para atribuir a los poderes judiciales de las entidades federativas competencia para tramitar y resolver los conflictos entre trabajadores y patrones.

A nivel federal, el 1º de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la Ley Federal del Trabajo que sujeta la interposición, tramitación y resolución de los conflictos de seguridad social bajo los lineamientos de los procedimientos especiales laborales,[22] tal y como fueron instaurados en la reforma de 2012. Bajo este tenor, la reforma laboral de 2019 provoca la transgresión del objeto de la Ley Federal del Trabajo contenido en su artículo 1o., que a la letra dispone:

> La presente Ley es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución.

Cosa análoga sucede en el caso de los conflictos de seguridad social que son tramitados y resueltos por el TFCA. En la praxis el TFCA se ha ocupado de dirimir controversias entre el ISSSTE y los derechohabientes; entre éstos y las AFORES (principalmente el PENSIONISSSTE) aplicando el procedimiento ordinario laboral burocrático previsto en los artículos 127 a 146 de la LFTSE y, a falta de disposición expresa en este ordenamiento, en la mayoría de las veces, ha recurrido a la aplicación supletoria de la Ley Federal del Trabajo.

Y es que, si bien es cierto que los principales ordenamientos especializados en reglar las relaciones de naturaleza laboral lo son, sin lugar a dudas, la Ley Federal del Trabajo que norma el apartado A del artículo 123 constitucional y la LFTSE, en el caso de los conflictos de seguridad social, al no existir una relación de trabajo, sino de órgano asegurador-asegurado entre los derechohabientes con los institutos de seguridad social que deriva del pago de las cuotas empleadas para el financiamiento de los seguros sociales que se otorguen ante el cumplimiento de una serie de requisitos, por consecuencia escapan de los ámbitos de validez material y personal de las legislaciones laborales.

De acuerdo con Hans Kelsen, la norma jurídica puede tener un ámbito de validez espacial, lo que implica que resulta aplicable dentro de un determinado espacio.[23] Por su parte, el ámbito de validez temporal, como su nombre lo indica, se refiere al tiempo en que una norma jurídica ha de reglar la realidad social o una parte de ella. Las normas jurídicas

[22] Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva, Diario Oficial de la Federación, 1º de mayo de 2019.

[23] KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, p. 26.

nacen a la vida jurídica a partir de una fecha determinada, que puede ser la de su entrada en vigor de una ley que se publica en un diario o periódico oficial y, de igual manera, podrían tener una fecha en que dejan de estar en vigor.[24]

Junto a estos dos ámbitos de validez de la norma, cabe también distinguir un dominio de validez personal y otro denominado objetivo o material.[25] No obstante, que la Ley Federal Trabajo, la LFTSE y las leyes de seguridad social, dentro de las cuales se encuentran la LSS y la LISSSTE, se encuentran vigentes (ámbito temporal) y son de observancia general en toda la República Mexicana (ámbito espacial), sus ámbitos de validez material y personal son disímiles.

El ámbito de validez personal, entendido como a quien se dirige la legislación,[26] en el caso de la Ley Federal del Trabajo involucra a los empleadores y trabajadores inmersos en una relación de trabajo, cuya nota distintiva es la subordinación. Por su parte, el artículo 1o. de la LFTSE consigna el ámbito de validez personal, en los términos siguientes:

> Artículo 1o. La presente Ley es de observancia general para los titulares y trabajadores de las dependencias de los Poderes de la Unión, del Gobierno del Distrito Federal, de las Instituciones que a continuación se enumeran: Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Juntas Federales de Mejoras Materiales, Instituto Nacional de la Vivienda, Lotería Nacional, Instituto Nacional de Protección a la Infancia, Instituto Nacional Indigenista, Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, Comisión Nacional de Valores, Comisión de Tarifas de Electricidad y Gas, Centro Materno-Infantil Maximino Ávila Camacho y Hospital Infantil; así como de los otros organismos descentralizados, similares a los anteriores que tengan a su cargo función de servicios públicos.

En este sentido, de acuerdo con el artículo 2o. de la LFTSE, la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones referidas en el artículo 1o. del mismo ordenamiento y los trabajadores de base a su servicio.

En cambio, en el derecho a la seguridad social, en donde no es necesario la existencia de una relación laboral, para que tengan aplicabilidad las leyes de seguridad social, los elementos subjetivos son diversos a los del derecho laboral y el derecho laboral burocrático. Ante el modelo de capitalización individual instituido en México, a partir del 1º de julio de 1997, con la entrada en vigor de la actual LSS y del 1º de abril de 2007 al aprobarse la LISSSTE, el ámbito de validez personal del derecho a la seguridad social se amplía al involucrar, no sólo al asegurado y a los pensionados, a sus correspondientes beneficiarios, así como a los institutos de seguridad social, sino abarca a los organismos financieros de índole privada, como las aseguradoras, las distintas AFORES y SIEFORES, cuya inexistencia y requisitos para su configuración dentro de la legislación laboral provocan la inaplicabilidad de esta última normatividad.

Ahora bien, en lo concerniente al ámbito de validez material, al que se conceptualiza como el contenido de la normatividad; en el derecho laboral este dominio se ocupa de la

[24] Idem.
[25] Idem.
[26] Ibidem, p. 28.

regulación de las relaciones de naturaleza laboral que derivan de todo contrato de trabajo; mientras que el derecho laboral burocrático, principalmente, reglamenta las relaciones individuales y colectivas del trabajo al servicio del Estado. En tanto que en el derecho de la seguridad social su dominio de validez material es el esquema de protección de los distintos seguros sociales que se encuentran reconocidos y regulados en las leyes de seguridad social.

A pesar de la vinculación que existe entre el derecho de la seguridad social, el derecho laboral y el derecho laboral burocrático por razones de origen, al encontrar ambos su fundamento en el artículo 123 constitucional y ser partes integrantes del derecho social, los conflictos individuales de seguridad social, por su origen, naturaleza, características y ámbitos normativos para su resolución, son disímiles a los conflictos laborales existentes en los sectores público y privado. A manera de corolario se exponen las principales diferencias que existen entre los conflictos laborales y las controversias de seguridad social en el siguiente cuadro:

| Diferencias | Conflictos Laborales | Conflictos laborales burocráticos | Conflictos de seguridad social |
|---|---|---|---|
| Partes | Trabajador<br>Patrón<br>Sindicato<br>Estado | Servidor público<br>Estado (patrón)<br>Sindicatos | Asegurado<br>Pensionado<br>Beneficiario<br>Patrón o Sujetos obligados<br>AFORES<br>Organismos de seguridad social |
| Tipos de conflictos | a) Intereses pugna:<br>-Individuales y colectivos de carácter jurídico<br>-Individuales y colectivos de carácter económico<br>b) Por los sujetos[27]<br>Patrones vs Trabajadores<br>Inter-obreros<br>Inter-patronales<br>Inter-sindicales<br>Trabajadores vs Sindicatos<br>Sindicatos vs Estado<br>Sindicatos vs Terceras personas | a) Intereses pugna:<br>-Individuales y colectivos de carácter jurídico<br>-Individuales y colectivos de carácter económico<br>b) Por los sujetos<br>Patrones<br>vs<br>Trabajadores<br>Inter-obreros<br>Inter-patronales<br>Inter-sindicales<br>Trabajadores<br>vs<br>Sindicatos<br>Sindicatos vs Estado<br>Sindicatos vs Personas | Organismo asegurador vs Asegurado<br>Organismo asegurador vs Pensionado<br>Organismo asegurador vs Beneficiario<br>Organismo asegurador vs Organismo asegurador<br>Organismo asegurador vs Patrón<br>Organismo asegurador vs Sujeto obligado<br>AFORE vs Asegurado<br>AFORE vs Pensionado<br>AFORE vs Beneficiario |
| Tipo de relación | Laboral definida en los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo | Laboral definida en el artículo 2o. de la LFTSE | Asegurado-Órgano asegurador.<br>No es necesario que exista una relación de trabajo<br>Depende del tipo de seguro que se contrate con el organismo de seguridad social |
| Prestaciones demandadas | Laborales | Laborales | De seguridad social.<br>Sistema de seguros sociales privatizados |
| Ordenamientos Aplicables | Artículo 123, apartado A Constitucional y Tratados Internacionales en materia laboral ratificados por México<br>Ley Federal del Trabajo<br>Contratos de Trabajo<br>Contratos-Ley<br>Reglamentos de Trabajo | Artículo 123, apartado B Constitucional y ratificados por México<br>Tratados Internacionales<br>LFTSE<br>Ley Federal del Trabajo<br>Código Federal de Procedimientos Civiles<br>Reglamentos de Trabajo | Artículo 123 Apartado A, fracción XXIX Apartado B, fracción XI y XIII. Los Tratados internacionales en materia de seguridad social ratificados por México<br>LSS de 1973<br>LSS de 1997<br>LINFONAVIT<br>LSSSTE<br>LISSFAM<br>Reglamentos de las leyes de seguridad social.<br>Contratos de Trabajo, Contratos-Ley<br>Acuerdos Generales dictados por los organismos de seguridad social |

**Cuadro 3. Diferencias entre conflictos laborales y conflictos de seguridad social**
**Fuente: Elaborado por la Autora**

[27] BUEN LOZANO, N.: *Derecho procesal*, México, Porrúa, 2013, p. 81.

Las disimilitudes que existen entre los conflictos laborales y los conflictos de seguridad social aunadas al fenómeno de la globalización y las crisis financieras de los institutos de seguridad social ameritan que los órganos encargados de tramitar y resolver las controversias de seguridad social tengan conocimientos especializados en el derecho de la seguridad social, el derecho fiscal, el derecho laboral, el derecho bancario y bursátil, indispensables todos ellos, para comprender el nuevo paradigma que impera en el sistema de seguros básicos ante la hegemonía de las distintas aseguradoras, las AFORES y SIEFORES, cuya organización, funcionamiento y actual problemática escapan del ámbito de validez personal de la legislación laboral.

De ahí que la exigencia del conocimiento teórico-práctico del derecho laboral que se compele al personal adscrito al TFCA y el que se adscriba a los tribunales laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación o de los poderes judiciales locales en términos del artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XX, resulta insuficiente para resolver las múltiples y diferentes controversias que plantean los asegurados, pensionados y beneficiarios en contra del IMSS, el ISSSTE, las AFORES y el INFONAVIT.

Conviene traer a colación las esclarecedoras palabras del maestro Néstor de Buen:

> Una deformación antigua de los conceptos ha asociado históricamente al derecho del trabajo con el derecho de la seguridad social. Los planes de estudio de las universidades suelen colocarlos juntos, a veces en la compañía comprometedora del derecho burocrático, en una especie de síntesis de lo más importante del derecho social. Por el mismo motivo se ha considerado, por supuesto que sin razón, que ser laboralista lleva en sí mismo el germen de la seguridad social. Nada más falso.[28]

Es así, que en virtud de lo expuesto, se considera necesaria la reforma al artículo 123 constitucional para que se realice el reconocimiento constitucional de los conflictos de seguridad social y que a la autonomía didáctica, autonomía científica o dogmática y la autonomía legislativa del derecho de la seguridad social se agregue la autonomía jurisdiccional y procedimental.

En cuanto a la autonomía jurisdiccional resulta indispensable instituir los tribunales de lo social, a los que debiera otorgarse competencia, a nivel constitucional, para resolver todo tipo de controversias de seguridad social interpuestas contra cualquier organismo de seguridad social, así como los conflictos que se interponen en contra de las aseguradoras o de las AFORES al tener a su cargo la administración de los recursos de la cuenta individual de los derechohabientes, lo que evitaría que autoridades como la JFCA, el TFCA y el TFJA se encarguen de resolver los conflictos de seguridad social bajo procedimientos de índole procesal laboral, procesal burocrática y administrativa que no corresponden con la naturaleza de las prestaciones de seguridad social y que, en ocasiones, provocan disimilitud en las resoluciones que se emiten.

A mayor abundamiento de lo expuesto, es importante destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las decisiones emitidas en los órdenes disciplinario y contencioso administrativo no cumplen con los requisitos

[28] BUEN LOZANO, N.: *Seguridad Social*, México, Porrúa, 1995, p. IX

establecidos en la Convención Americana sobre derechos Humanos, además de apuntar que la jurisdicción disciplinaria no constituye una vía suficiente para juzgar, sancionar y reparar las consecuencias de violaciones a los derechos humanos. La jurisdicción contencioso administrativa, por otra parte, es un mecanismo que procura la supervisión de la actividad administrativa del Estado, y que únicamente permite obtener una indemnización por daños y perjuicios causados por abuso de autoridad.[29]

Y en tanto a la autonomía procedimental, cabe mencionar que dentro de las leyes de seguridad social, como la LSS y la LISSSTE con sus correspondientes normas reglamentarias, se consignan las prestaciones que derivan de los distintos seguros sociales y los requisitos para acceder a los mismos, pero se carece de normas de tipo adjetivo u operativo en las que se reglamenten procedimientos adecuados para la tramitación de las controversias que se susciten en materia de seguros sociales, reglas autónomas en materia de carga de la prueba, ofrecimiento, admisión y desahogo de las probanzas. Un factor clave para asegurar y determinar con la mayor exactitud posible el acceso a los esquemas de protección que los ordenamientos de seguridad social contemplan para "compensar" las consecuencias que pueden derivar de los riesgos profesionales y las enfermedades generales es la instauración de los procedimientos de reconocimiento y valuación de los padecimientos de índole profesional y general. En los manuales y reglamentos internos del IMSS e ISSSTE se han instaurado procedimientos para el llenado de la documentación que de acuerdo con ambas instituciones han de servir para la calificación del riesgo profesional y la determinación de la invalidez, como se muestra en los siguientes cuadros:

| | |
|---|---|
| Aviso de atención médica inicial y calificación de probable accidente de trabajo (forma ST-7)<br><br>Aviso de atención médica inicial y calificación de probable accidente de trabajo (forma ST-9) | El IMSS entrega al patrón los formatos ST-7 y ST-9, según corresponda, para que manifieste lo que a su interés convenga en un término de 72 horas. La falta de respuesta patronal provocara que a través del correo certificado el IMSS le entregue al empleador el denominado oficio de solicitud de información complementaria a fin de contar con los datos necesarios para la calificación del accidente o la enfermedad de trabajo. Al término de las 24 horas posteriores a la recepción del oficio de solicitud de información complementaria, si el patrón no proporciona los datos requeridos para la calificación del riesgo de trabajo, entonces los servicios de Salud en el Trabajo del IMSS calificarán el accidente o enfermedad con base en el resultado de la primera atención médica, el testimonio del asegurado o la información contenida en las notas médicas expedidas por el médico tratante. El resultado de la calificación se notificará al patrón mediante correo certificado o a través del portal del IMSS. |
| Dictamen de invalidez (forma ST-4) | El médico tratante deberá realizar las valoraciones médicas que estime necesarias en el dictamen de invalidez (forma ST-4) para determinar si se trata de una invalidez definitiva o provisional. |

**Cuadro 4. Reconocimiento de los riesgos de trabajo e invalidez por parte del IMSS**
**Elaborado por la Autora con base en los formatos ST-7, ST-9 y ST-4**

[29] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Informe 140/09, petición 1470-05, Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y empleados públicos de Antioquia (Sintraofan), Colombia, 30 de diciembre de 2009, párrafo 64, sitio consultado https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Colombia1470-05.sp.htm, [7 de julio de 2019] e Informe 74/07, Admisibilidad, José Antonio Romero Cruz, Rolando Ordoñez Álvarez y Norberto Hernández vs Colombia, 15 de octubre de 2007, párrafo 34, sitio consultado scm.oas.org/pdfs/2008/CIDH/.../22.COLOMBIA.1136-03.ROMERO.ADM.doc [7 de julio de 2019].

<table>
<tr><td>Accidente en el centro de trabajo</td><td>Accidente en trayecto Formato RT-03 B</td><td>Accidente estando de comisión Formato RT-03 C</td></tr>
<tr><td>Solicitud de calificación de probable riesgo de trabajo (forma RT 01)</td><td colspan="2">Cumplir requisitos establecidos en caso de accidente profesional suscitado en el centro de trabajo</td></tr>
<tr><td>Certificado médico inicial (formato RT-02)</td><td>Tarjeta de control de asistencia</td><td>Oficio o pliego de comisión</td></tr>
<tr><td>Acta administrativa levantada en la Dependencia o Entidad, relacionada con el riesgo de trabajo</td><td>Croquis y tiempos de recorrido habitual (domicilio-centro de trabajo; centro de trabajo-domicilio; domicilio-estancia; estancia-centro de trabajo, y centro de trabajo-estancia)</td><td>Croquis y tiempos de recorrido habitual (domicilio temporal-centro de trabajo y centro de trabajo- domicilio temporal)</td></tr>
<tr><td>Certificación de sueldos y horarios de labores</td><td></td><td>Constancia de descripción del puesto</td></tr>
<tr><td>Credencial para votar</td><td rowspan="2"></td><td rowspan="2">Constancia de descripción de actividades de la comisión</td></tr>
<tr><td>Talón de pago reciente, señalar la fecha y hora en que se recibió al paciente y la descripción de las condiciones en las que se encontraba al momento de la recepción, así como el tipo de lesión o lesiones</td></tr>
<tr><td>Fotocopia de las licencias médicas otorgadas y la nota médica inicial de urgencias.</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td colspan="3">El médico de medicina del trabajo tendrá la obligación de realizar la calificación médico-legal del probable riesgo resolver dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción. Teniendo en cuenta el padecimiento reclamado en los casos de enfermedad de trabajo, es posible que el plazo de calificación pueda ampliarse, sin rebasar los noventa días hábiles. La resolución del médico deberá constar en el reverso del formato RT-01.</td></tr>
<tr><td>Invalidez<br>Formato ST-09<br>estudios auxiliares de diagnóstico actualizados y debidamente identificados y autorizados.</td><td colspan="2">El médico tratante deberá realizar las valoraciones médicas que estime necesarias en el proyecto de dictamen, con la finalidad de que en un plazo máximo de 52 semanas, contado a partir de la expedición de la primera licencia médica emita el diagnóstico final del caso. El proyecto de dictamen lo remitirá al Subcomité de Medicina del Trabajo Delegacional, quien en un término no mayor a treinta días naturales lo podrá ratificar o modificar para que la Subdelegación de Prestaciones proceda a enviarlo al Comité de Medicina del Trabajo para que emita la resolución final</td></tr>
</table>

**Cuadro 5. Reconocimiento de los riesgos de trabajo e invalidez por parte del ISSSTE**
**Fuente: Elaborado por la Autora con base en los formatos RT-01, RT-03 B, RT-03 C y ST-09, así como el Acuerdo 43.1356.2016 por el que se aprueba el Reglamento para la Dictaminación en Materia de Riesgos del Trabajo e Invalidez del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.**

Las descripciones de los trámites realizados ante el IMSS e ISSSTE para lograr el reconocimiento y calificación de un riesgo profesional y de un estado de invalidez constituyen procesos para el llenado de la correspondiente documentación institucional. Conforme al artículo 899-E de la Ley Federal del Trabajo –de aplicación supletoria en el caso de la LFTSE–, los dictámenes médicos deben contener los requisitos siguientes:

i. Datos de la identificación y de la acreditación de la profesión de médico;

ii. Datos de identificación del actor, precisando el documento con el que se comprobó su identidad;

iii. El diagnóstico de los padecimientos reclamados;

iv. La expresión de los razonamientos para determinar la relación de causa efecto entre la actividad específica desarrollada por el trabajador y el estado de incapacidad cuya calificación o valuación se determine;

v. Los medios de convicción en los cuales se basan las conclusiones del peritaje, incluyendo la referencia a los estudios médicos a los que se hubiera sometido el trabajador; y

vi. En su caso, el porcentaje de valuación, de disminución orgánico funcional, o la determinación del estado de invalidez.

La exigencia de los anteriores requisitos se considera inadecuada porque reduce el dictamen médico al análisis de los padecimientos reclamados, cuando el propósito del desahogo de esta prueba es ilustrar a la autoridad laboral sobre la existencia de todos los padecimientos, secuelas y limitaciones que produjo el riesgo de trabajo o el estado de invalidez en el organismo. De igual forma, es insuficiente que en los dictámenes médicos únicamente se exija la expresión de los razonamientos para determinar la relación de causa efecto entre la actividad específica desarrollada por el asegurado y el estado de incapacidad que presenta, pues no debemos olvidar que los riesgos laborales también pueden ser derivados del ambiente laboral. En adición a lo establecido en el 899-E del código laboral, estimamos que es necesario detallar en los dictámenes médicos y técnicos, los aspectos siguientes:

a. Antecedentes médicos y laborales del asegurado o pensionado

b. La descripción de las actividades desempeñadas por el actor

c. Los resultados obtenidos de la exploración física y clínica

d. El diagnóstico de todos los padecimientos

e. La interpretación de los estudios realizados

f. Las conclusiones médicas, en las que, en el supuesto que se determine la profesionalidad del riesgo de trabajo, el mecanismo y condiciones en que éste se realizó y que se establezca de manera detallada la relación de causa-efecto-daño entre el padecimiento y que lo produjo.

g. El porcentaje de invalidez que presenta el asegurado, pues de ello dependerá el número de semanas de cotización requeridas para gozar de las prestaciones del seguro de invalidez como lo dispone el artículo 122 de la LSS

h. Al determinarse la imposibilidad del asegurado para procurarse, mediante un trabajo igual, una remuneración superior al cincuenta por ciento de su remuneración habitual percibida durante el último

> año de trabajo es necesario que el dictamen médico establezca la naturaleza de la enfermedad, las circunstancias personales del asegurado relativas a su edad, antigüedad laboral, trabajos desempeñados, exigencias mínimas de salud requeridas para el desempeño de la actividad última realizada, su capacidad y limitación para dicha actividad, a fin de que la autoridad laboral cuente con los elementos necesarios para determinar con certeza la existencia del estado de invalidez.

Lo anterior, permitirá establecer de una manera más adecuada la relación de causa-efecto-daño entre los padecimientos profesionales y las actividades desempeñadas o con el medio ambiente laboral y determinar el grado de incapacidad que presenta el asegurado o pensionado que solicita una revaloración, lo que repercutirá en el tipo de prestaciones que han de cubrirse por parte de los institutos de seguridad social y las AFORES. En el caso del estado de invalidez es necesario que en las leyes de seguridad social se consignen los requerimientos que debe reunir la pericial médica para que sea idónea para demostrar la imposibilidad del asegurado de generarse el cincuenta por ciento de la remuneración percibida durante el último año, tal y como lo disponen los artículos 119 de la LSS y el artículo 118 de la LISSSTE.

## 5. EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Por supuesto, que un aspecto fundamental en la justiciabilidad de los derechos que derivan de los sistemas de seguros sociales, lo es el cabal y oportuno cumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos administrativos y jurisdiccionales, pues constituye una parte fundamental de los derechos de debido proceso y de tutela judicial efectiva, debido a que ésta última, no culmina con el dictado de la resolución, sino involucra todo el proceso de ejecución de la misma.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de subrayar ciertos rasgos distintivos del proceso de ejecución de sentencia, cuando aquél que debe cumplimentarla es el Estado. De esta manera, el órgano interamericano ha recalcado que el deber estatal de garantizar la observancia de los fallos judiciales alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar, debido a que este tipo de instituciones pueden tener una inclinación a usar su poder y privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos.[30]

Los principales argumentos que suelen invocar el IMSS e ISSSTE para justificar la demora en el cumplimiento de los laudos que dictan las autoridades laborales –JFCA y TFCA– es la falta de presupuesto, lo que tal y como lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos de ninguna manera justifica una demora prolongada en el tiempo en el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos

[30] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* s.l.i., OEA, 2007, p. 6.

humanos,[31] como es el caso el derecho a la seguridad social, cuya falta de tutela puede constituir una violación continuada a los artículos 25 y 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.[32]

Es común que como parte del cumplimiento del laudo, el trámite de la inclusión a nómina de aquellas prestaciones de seguridad social condenadas en un juicio laboral, de manera indebida las Juntas Especiales que integran la JFCA se lo imponga al derechohabiente, y omitan requerir a los organismos de seguridad social para que informen sobre el cumplimiento de la condena en los términos en que fue decretada, pues a fin de cuentas, ellos son los que tienen la obligación de restituir los derechos de los asegurados y de sus beneficiarios que fueron vulnerados y dieron lugar a la interposición de un procedimiento laboral y a una resolución que debe cumplimentarse.

A través de un "carteo" interno entre el área jurídica encargada de los juicios laborales y las correspondientes áreas administrativas del IMSS el trámite de inclusión a nómina puede durar de uno a cuatro años, sin que la autoridad laboral decrete el dictado del correspondiente auto de ejecución u ordene la apertura del incidente de liquidación por las pensiones que se han venido devengando.

El criterio que ha imperado en las juntas especiales de la JFCA, es que ante el pago de las cantidades cuantificadas por la autoridad laboral en el laudo principal o a través de una resolución incidental se ha cumplimentado la condena decretado en contra de los organismos de seguridad social, por lo que las demás actuaciones tendientes a lograr la inclusión a nómina para que proceda administrativamente el pago mensual de las subsecuentes pensiones son responsabilidad del derechohabiente, quien queda a merced de los engorrosos y dilatorios trámites administrativos que deben cumplimentarse de manera administrativa ante el IMSS y han dado lugar al planteamiento del incidente de prescripción con fundamento en la fracción III del artículo 519 de la Ley Federal del Trabajo para así evitar cumplimentar las condenas decretadas en los laudos.

Por lo general, después de agotados todos los trámites administrativos, opera la inclusión en la nómina, pero en ocasiones, los institutos de seguridad social deducen de manera unilateral los montos de las prestaciones en dinero decretados en los laudos o, en contravención a la fracción XIV del apartado A del artículo 123 constitucional en correlación con el artículo 53 de la actual LSS, se priva al derechohabiente de los recursos acumulados en la cuenta individual para financiar las prestaciones del seguro de riesgos condenadas por las autoridades laborales.[33]

Es bajo este contexto, que ante la demora en la ejecución de los laudos, coincidimos con Francisco Cuevas en la necesidad de tipificar en la Ley del Presupuestos de Egresos de cada año una partida específica para las autoridades responsables y, cuando se emita una resolución y éste haya causado estado, pero se omita cubrir a la parte actora las prestaciones condenadas o éstas le sean cubiertas administrativamente de manera incorrecta, la autoridad

[31] Idem.
[32] Ibidem, p. 7.
[33] Sobre la anticonstitucionalidad del seguro de riesgos de trabajo en la LSS vigente *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V.L.: "Anticonstitucionalidad del seguro de riesgos de trabajo y su problemática ante la reforma laboral", Revista Latinoamericana de Derecho Social, número 18, enero-junio de 2014, pp. 29-57.

que decretó la condena le ordene directamente al responsable de dicha partida a que proceda a dar cumplimiento al laudo, sin ningún trámite administrativo interno de por medio.[34]

## 6. PROBLEMAS DE RACIONALIDAD NORMATIVA EN LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL

De acuerdo con Manuel Atienza en la elaboración de las normas jurídicas es necesaria la comunión de los niveles de racionalidad. El primer nivel es el correspondiente a la racionalidad comunicativa o lingüística (R1), en el cual es necesario que el emisor (editor) sea capaz de transmitir con fluidez, claridad y precisión un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario).[35]

El segundo nivel es el propio de la racionalidad jurídico-formal (R2) que exige que la ley se inserte de manera armónica dentro del sistema jurídico. El tercer nivel corresponde a la racionalidad pragmática (R3) y se dirige a los destinatarios de la norma jurídica para que adecuen su conducta a lo prescrito por la normatividad. En cuarto lugar se encuentra la racionalidad teleológica (R4), que impone a las normas el cumplimiento de específicos fines sociales, como la redistribución de la riqueza, aumento o disminución de la protección social, reducción del desempleo, etcétera. Finalmente, el último nivel de racionalidad es el de carácter ético (R5), a través del cual las conductas prescritas y los fines de las normas se presuponen como valores susceptibles de ser justificados y evaluados de manera ética.[36]

Consideramos que los principales problemas que presentan las leyes de seguros sociales es en los niveles R1 y R2. El gran inconveniente de la LSS y la LISSSTE con sus respectivos reglamentos a nivel de R1 es la indefinición de determinados términos especializados que ameritan su conceptualización para facilitar la justiciabilidad del sistema de seguros sociales. A manera de ejemplo podemos mencionar el caso del término acto definitivo, cuya definición no se contempla en la LSS ni en el Reglamento del Recurso de Inconformidad, a pesar de que resulta necesaria su conceptualización, pues de ello dependerá la procedencia o improcedencia de los recursos de inconformidad y queja administrativa como medios administrativos de impugnación para combatir los actos u omisiones del IMSS.

Otro ejemplo ilustrativo es la indefinición del término dependencia económica que se exige como requisito para que los beneficiarios puedan acceder a las prestaciones previstas en los distintos seguros sociales que regulan la LSS y la LISSSTE. Un tercer ejemplo es la falta de conceptualización del término salario base de cotización que resulta fundamental para determinar y cuantificar todas las prestaciones en dinero previstas en la LSS. De manera ambigua en el artículo 27 de la LSS se consigna la integración de los conceptos que forman parte del salario base de cotización y aquellos que se encuentran excluidos del mismo. Los anteriores ejemplos dan cuenta de la falta de claridad y precisión lingüística que impera en las leyes de seguros sociales, lo que da pauta a actuaciones discrecionales de los institutos de seguridad social al resolver sobre la procedencia o improcedencia de las prestaciones solicitadas por los derechohabientes.

[34] CUEVAS GODÍNEZ, F.: *El contencioso administrativo federal en México*, Pampillo Baliño, J.P. y Munive Páez, M.A (Ed.), México, Porrúa-Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 2012, p. 430

[35] ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, España, Civitas, 1997, pp. 53-54.

[36] Idem.

En lo concerniente a la racionalidad jurídico-formal (R2) también representa un serio inconveniente que opera en contra del acceso a las prestaciones de seguridad social. Ilustrador de la falta de coherencia y plenitud que impera en los ordenamientos de seguros sociales, lo es el caso de la incapacidad permanente total.

De acuerdo con el artículo 62 de la LSS y 66 de la LISSSTE, las prestaciones en dinero otorgadas al asegurado que presenta una incapacidad permanente total podrán revocarse ante su recuperación. En tanto que el artículo 480 de la Ley Federal del Trabajo (de aplicación supletoria por disposición de su artículo 55 de la LSS) y la fracción III del artículo 56 de la LISSSTE definen a la incapacidad permanente total como la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida, lo que al hacer imposible la recuperación del asegurador debido a la severidad e irreversibilidad de los padecimientos ocasionados por el riesgo de trabajo sufrido, genera la improcedencia de la revocación de la pensión decretada por incapacidad permanente total.

Un segundo ejemplo es el financiamiento de las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo en la LSS. El artículo 70 de la LSS dispone que las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo, inclusive los capitales constitutivos de las rentas líquidas al fin de año y los gastos administrativos, deben cubrirse íntegramente con las cuotas que para este efecto aporten los patrones, lo que enfatiza la obligación constitucional de los empleadores de responsabilizarse de los riesgos de trabajo. Asimismo, este mismo ordenamiento en su artículo 53 preceptúa que aquel patrón que haya asegurado a los trabajadores a su servicio contra riesgos de trabajo quedará relevado del cumplimiento de las obligaciones derivadas de un accidente o enfermedad profesional, asumiendo el IMSS la calidad de patrón, al sufragar la pretensión mediante un sistema que consiste en el pago de pensiones.

Empero, por disposición de los artículos 58 y 64 de la LSS, sólo podrán acceder a una pensión derivada de un riesgo de trabajo aquellos asegurados que siendo víctimas del siniestro contraten los seguros de renta vitalicia y sobrevivencia, que cubrirá, en caso de fallecimiento del pensionado, las prestaciones económicas a sus deudos. En la contratación del seguro de renta vitalicia y sobrevivencia, en primer lugar, el IMSS calculará el monto constitutivo o prima que ha de pagarse a la institución de seguros privada que elijan el trabajador y sus beneficiarios. En segundo lugar, al monto se le deberá restar el saldo acumulado en la cuenta individual del asegurado, y la diferencia positiva será la suma asegurada, que deberá pagar el IMSS a la compañía de seguros.

De lo anterior se desprende que de acuerdo con los artículos 53 y 70 de la LSS, el IMSS continua recibiendo las cuotas patronales que deberán emplearse para financiar las prestaciones y gastos administrativos que la operación del seguro de riesgos de trabajo genera, pero por disposición de los artículos 58 y 64 de la LSS remite al asegurado y a sus beneficiarios con las AFORES y las compañías aseguradoras, para que sean éstas las que, en contravención a la fracción XIV del apartado A del artículo 123 constitucional, otorguen las prestaciones del seguro de riesgo de trabajo con los recursos depositados en la cuenta individual, cuya propiedad corresponde a los asegurados, de acuerdo con el artículo 169 de la LSS.

Un tercer ejemplo es el caso de la fracción I del artículo 15 de la LSS que impone a los patrones la obligación de registrar e inscribir a sus trabajadores en el IMSS, comunicar sus altas y bajas, las modificaciones de su salario y los demás datos, dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles. En tanto que conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la LSS, de suscitarse un riesgo de trabajo dentro de los primeros cinco días que se confieren al patrón para registrarse e inscribir a sus trabajadores se hará acreedor a un capital constitutivo, a pesar de que se hubiese presentado el aviso de inscripción del asegurado, dentro del término establecido en el artículo 15 fracción I de la LSS.

Y, finalmente tenemos los casos de contravención a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación como partes del sistema jurídico mexicano en el caso de los seguros de invalidez y guarderías. De acuerdo con el artículo 138 de la LSS, las asignaciones familiares, que consisten en una ayuda por concepto de carga familiar que se concede en los seguros de invalidez, cesantía o vejez, sólo se le cubren a la esposa o concubina del pensionado, sin que esta prestación se haga extensiva al esposo o concubinario.

Cosa análoga ocurre en el seguro de guarderías, que por disposición del artículo 201 de la LSS, sólo se proporciona a la asegurada y a los asegurados, pero a éstos últimos, se les exige que tengan la categoría sospechosa de viudo o divorciado y se les haya confiado la custodia de sus hijos.

Un tercer caso de contravención a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación es el cumplimiento del requisito de la dependencia económica que se impone a los esposos o concubinarios de las aseguradas o pensionadas para acceder a las prestaciones de viudez en los seguros de riesgos de trabajo y vida por disposición de los artículos 64 y 130 de la LSS, respectivamente, así como para ser considerados como sujetos de protección en el seguro de enfermedades en términos del artículo 84 de la LSS.

Incluso la fracción V del artículo 5 de la LISSSTE define como familiar derechohabientes de los seguros sociales que regula este ordenamiento, al esposo o concubinario de la asegurada o pensionada, cuando sea mayor de 55 años de edad; o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella, requerimientos que no es necesario que cumpla la esposa o concubina.

A todo lo anterior, se adiciona la complejidad con que se encuentran redactadas y estructuradas la LSS, la LISSSTE y sus múltiples disposiciones reglamentarias, lo que, en la mayoría de las veces, dificulta su comprensión por parte de los derechohabientes, generando con ello el desconocimiento de sus derechos y de sus obligaciones. Ante la ineficacia y deficiencia de los servicios médicos prestados por los institutos de seguridad social, es común que los derechohabientes consideren a los seguros sociales como un sistema inútil, lo que provoca que no se visualice como un derecho exigible. Es por ello que se estima necesaria la elaboración de materiales en los que se difunda de una forma sencilla los derechos que derivan de las aportaciones a los sistemas de seguros sociales y la manera en que éstos se pueden ejercer, ya que los derechos sólo pueden volverse socialmente eficaces en la medida que sus destinatarios estén informados sobre su existencia, contenido y manera de ejercerlos ante su transgresión.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es necesario que entendamos, de una vez por todas, que el derecho laboral, el derecho laboral burocrático y el derecho de la seguridad social, si bien deben guiarse por los postulados de la justicia social y el derecho social, al tener instituciones jurídicas autónomas, marcos normativos propios, principios diversos, así como una evolución y desarrollo diferentes deben regularse por sus propias normas sustantivas y adjetivas, encargándose la tramitación y resolución de los conflictos de seguridad social a organismos especializados en el nuevo paradigma imperante en el cambiante derecho de la seguridad social.

# El movimiento pendular de la estabilidad laboral reforzada por salud en Colombia y España[1]

# The pendular movement of labor stability reinforced by health in Colombia and Spain

DINA LISBETH ORTEGA SUESCUN
*DOCENTE DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA*

**Resumen**

El conflicto entre la estabilidad laboral reforzada por salud del trabajador y el derecho al rendimiento empresarial se agudiza cuando el trabajador es despedido. España y Colombia no tienen una solución por la ausencia de normas al respecto y la vigencia de otras descontextualizadas, razón por la que se acude a la justicia. Los tribunales españoles consideran que la incapacidad de larga duración no constituye una discapacidad, dando efecto de improcedente a la decisión; los tribunales colombianos acceden al despido del trabajador dado de baja, cuando la empresa tiene una justa causa y sigue el debido proceso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abre un nuevo sendero jurídico, considerando la inclusión del trabajador enfermo de larga duración como una discapacidad y el despido en estas condiciones es discriminatorio.

**Palabras clave**

trabajador enfermo; estabilidad laboral reforzada; decisión judicial; enfermedad; discapacidad; discriminación; despido; incapacidad

**Abstract**

The conflict between labor stability reinforced by worker's health and the right to business performance is exacerbated when the worker is dismissed. Spain and Colombia do not have a solution due to the absence of rules in this regard and the validity of other de-contextualized laws, which is the reason to go to court. The Spanish courts consider that long-term incapability does not constitute a disability, thus rendering the decision inappropriate; the Colombian courts agree to the dismissal of the discharged worker, when the company has just cause and follows due process. The European Union Court of Justice opening a new legal path, considering the inclusion of the long-term sick worker as a disability and the dismissal under these conditions is discriminatory.

**Keywords**

sick worker; reinforced labor stability; judicial decision; disease; disability; discrimination; dismissal; incapability

## 1. INTRODUCCIÓN

La relación laboral estructurada en el contrato de trabajo se ha desdibujado, cambiando la figura de trabajador por denominaciones como cooperadores, colaboradores o prestadores de servicios, pasando del "trabajo asalariado" al "trabajo mercantilizado" hasta el "trabajo abstracto"[2]. Sin embargo, en cualquiera de estas manifestaciones el trabajo es desarrollado por una persona, que por su condición humana puede enfermar y dejar de

[1] Artículo elaborado en la estancia de investigación doctoral en la Universidad de Burgos-España, dentro del trabajo de investigación para obtener el título de Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, denominado "Elementos estructurales generadores del conflicto laboral en la garantía de la estabilidad laboral reforzada por accidente de trabajo y enfermedad laboral en Colombia. Periodo 1997 a 2015".

[2] MÉDA, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, España, Editorial Gedisa, 1998, pág. 18.

*Fecha Recepción: 8-10-2019 – Fecha Revisión: 28-10-2019 – Fecha Aceptación: 5-11-2019*
*Pag. 199-215*

prestar el servicio, generando conflictos entre las obligaciones contractuales y los derechos fundamentales, que no encuentran soluciones en las normas ni en las decisiones judiciales.

Actualmente Colombia y España están enfrentando el conflicto socio-jurídico que genera el despido del trabajador enfermo que no logra la incapacidad permanente parcial ni la invalidez pero sigue con afectaciones a la salud que le impiden el desarrollo del trabajo para el cual fue contratado.

A pesar que el texto Constitucional de Colombia de 1991 incorpora el reconocimiento de la vida[3] y la salud[4] como derechos fundamentales autónomos y en la Constitución de España se contempla la vida[5] como derecho autónomo y la salud como derecho conexo con los derechos sociales[6], las normas laborales no atienden estos preceptos en forma clara y explícita.

En efecto, las dos naciones tienen una regulación normativa referida a las obligaciones de las partes en el cuidado de la salud en el trabajo[7]. Sin embargo, cuando el accidente y la enfermedad generan incapacidad médica para el trabajador y disminución de la eficiencia económica para el empleador, surge el conflicto, quedando latente la posibilidad de terminar el contrato de trabajo. Pero el procedimiento y las condiciones para esta decisión no son claras en ninguna de las dos naciones, razón por la que se acude a los jueces como garantes del derecho y la justicia, dando lugar a pronunciamientos jurisprudenciales. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia para Colombia y el Tribunal Supremo para España, no garantizan la solución del conflicto ante las interpretaciones dinámicas referidas a los derechos fundamentales, las diferencias entre enfermedad y discapacidad, y los actos de discriminación.

Mientras que los tribunales de justicia de las dos naciones toman decisiones según el juego de intereses contrapuestos del empleador y el trabajador, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[8] está profiriendo sentencias que abren un nuevo sendero jurídico para la solución del conflicto del despido de los trabajadores enfermos, indicando que dentro del concepto de discapacidad puede encajar la situación causada por una enfermedad o accidente que genera la baja de largo plazo pero con proyecciones de recuperación.

[3] Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 11: "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte."

[4] Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 49: "La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud."

[5] Constitución Española de 1978, Artículo 15: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra."

[6] Constitución Española de 1978, Artículo 42: "El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno."

[7] En Colombia véase el Código Sustantivo del Trabajo con sus modificaciones, ordenado por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, publicado en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, que compila los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951. En España véase el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[8] Ver la Sentencia STJUE HK Danmark (de 11-4-2013, asuntos acumulados C 335/11 y C 337/11).

Por consiguiente, se establece como hipótesis de este artículo que las condiciones para reconocer el derecho a la estabilidad laboral reforzada por salud al trabajador enfermo de larga duración en Colombia y España, son confusas por los vacíos normativos y las divergentes decisiones judiciales que han establecido fórmulas de solución sin equilibrar los intereses de las partes; mientras en las sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra un camino que resuelve el conflicto y permite reconstruir la legitimación de la sociedad en el trabajo[9], un camino que acepta la ampliación del término discapacidad y la inclusión de otras condiciones para su protección.[10]

En consecuencia, se busca resolver la pregunta: *¿existen consideraciones judiciales del Supremo Tribunal de Justicia de la Unión Europea que amplíen las condiciones para el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo de larga duración, diferentes a las que establecen los tribunales de Colombia y España?*

De tal manera, en el presente artículo (i) se describe la figura de la estabilidad laboral reforzada por salud al trabajador en Colombia; (ii) se desarrollan los elementos existentes para la protección por estabilidad laboral reforzada al trabajador en España; (iii) se enuncian las consideraciones extensivas de la discapacidad del Supremo Tribunal de la Unión Europea; y (iv) finalmente se presentan las conclusiones que pueden aportar a un consenso en las dos naciones y sus órganos judiciales.

## 2. EL INSEGURO MOVIMIENTO PENDULAR DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN COLOMBIA. LAS SENTENCIAS DE LAS ALTAS CORTES

Desde las ciencias naturales, sin entrar en profundidades, un péndulo es una partícula de masa suspendida por un hilo con una longitud invariable, fijada en un extremo a un punto que le permite desplazarse y alejarse del centro describiendo una trayectoria circular, registrando posiciones intermedias entre los dos extremos. Pues bien, el conflicto de la estabilidad laboral reforzada por salud puede ajustarse al movimiento pendular, donde la masa es el conflicto del despido, el hilo las normas que soportan las razones de las dos partes y los extremos las posiciones de los tribunales de justicia en Colombia y España. Veremos los extremos que alcanza el péndulo en su movimiento.

La Constitución Política de Colombia de 1991 describe en el artículo 13[11] la obligación del Estado de propiciar a las personas que según su situación económica, física o mental se encuentren *en estado de debilidad manifiesta* las condiciones para la igualdad real y efectiva, incluyendo las relaciones de trabajo que se rigen por los principios descritos en el

[9] Ibíd. MÉDA, D., pág. 23.

[10] Sentencia Tribunal Supremo de España STS del 31 de enero de 2011, RJ/2011/922 (F.J.3), tomado de CARRIZOSA PRIETO, E.: "Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ISSN 2282-2313, Vol. 4, No. 1, 2016, pág. 14.

[11] Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 13: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

artículo 53[12]. Se destaca la estabilidad en el empleo, que tambalea cuando el trabajador es una persona en condición de discapacidad o sin serlo sufre daños en la salud que lo separan por largo tiempo del trabajo, dando lugar al riesgo de despido.[13]

En el mundo del trabajo de Colombia, se reconoce la estabilidad laboral como la protección del trabajador a no ser despedido por el empleador, mientras subsistan las causas que llevaron a la celebración del contrato de trabajo; esta estabilidad adquiere la condición de reforzada cuando el trabajador se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta, verbigracia mujeres en estado de embarazo, personas en condiciones de discapacidad, aforados sindicales[14] y madres o padres cabeza de familia. En estos casos, cuando el empleador considere dar por terminado el contrato de trabajo al trabajador cobijado por la estabilidad laboral reforzada, debe solicitar autorización en el Ministerio del Trabajo y/o adelantar un proceso judicial.

A propósito de la garantía de permanecer en el trabajo para las personas en condición de discapacidad, el Congreso de la República de Colombia expide la Ley 361 de 1997[15], que establece en el artículo 26[16] la prohibición al empleador de despedir al trabajador que fue contratado en condición de discapacidad, sin autorización de la autoridad administrativa, garantizando *la estabilidad laboral reforzada en condición de discapacidad* y limitando el poder subordinante del empleador. Esta norma se traslada a las relaciones laborales, con las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y/o civil sin ninguna condición de

[12] Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 53:"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

[13] Corte Constitucional, Sentencia T-613 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[14] El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 405, define el fuero sindical como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

[15] "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones."

[16] Ley 361 de 1997, Artículo 26: "*No discriminación a persona en situación de discapacidad.* En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, siempre se garantizará el derecho al debido proceso. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren."

discapacidad, que sufren un accidente o una enfermedad, que no les permite seguir prestando el servicio para el cual fueron contratados.

Por las anteriores consideraciones de la "estabilidad laboral reforzada", según el sector empresarial se ha generado pérdida de la eficiencia y mayores costos en la producción[17] y según los trabajadores, se extendió la protección necesaria ante la posible terminación del contrato de trabajo.[18]

Así las cosas, cuando se omite el deber del cuidado de la salud en el trabajo, obligación contractual descrita en el Código Sustantivo del Trabajo colombiano[19], el accidente o la enfermedad abren la puerta del conflicto laboral, pues el empleador teme la disminución de la producción y el trabajador el despido.[20]

Acto seguido, el conflicto los enfrenta a la pervivencia de los vacíos del sistema normativo, con el péndulo de la estabilidad laboral reforzada acuden de un lado a la jurisdicción constitucional por medio de la acción de tutela, buscando la protección a partir de las condiciones especiales de la persona y la garantía de los derechos humanos[21]. Del otro lado, utilizan la justicia ordinaria laboral mediante demanda ordinaria, cuyas decisiones judiciales siguen el precedente de la Corte Suprema de Justicia, que establece requisitos adicionales a la debilidad manifiesta y analiza las causas del despido, para conceder el fuero al trabajador; una vez presentada la demanda cada parte tira del hilo pendular esperando romperlo a su favor.

Es decir, en Colombia el péndulo encuentra en su movimiento dos extremos, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, como órganos de cierre de la justicia, que han proferido sentencias en diferentes posiciones, con posturas aceptadas por los defensores de los trabajadores, cuando por la obligación de solidaridad del empleador con el trabajador enfermo se ordena el reintegro y pago de salarios dejados de percibir[22]; o sujetas a críticas cuando, siguiendo los simpatizantes de los empresarios[23], se declara procedente el despido y se protege el derecho a la garantía económica que debe reportar el contrato de trabajo.

[17] ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA (ANDI): *Estrategia para una nueva industrialización*, Bogotá-Colombia, 2015.

[18] ALCOVER DE LA HERA, C.M., y PÉREZ TORRES, V.: "Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional", en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2011, pág. 206-223.

[19] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 56: "OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}."

[20] SALAS FRANCO, T.: *La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la seguridad social*, Valencia, Tirant Lo Bla, 2007.

[21] BERMÚDEZ ALARCÓN, K. (Dir.): *Protección del derecho al trabajo: jurisprudencia constitucional*, Departamento de Derecho Laboral, Centro de Investigaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

[22] JARAMILLO ZABALA, J.A.: *La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013.

[23] LÓPEZ MEDINA, J.C.: *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia. Área laboral*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2011.

### 2.1. Movimiento pendular de inclinación constitucional

En cuanto a la Corte Constitucional, a partir de la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SU-049 de 2017[24] se establecieron los criterios de reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada por salud a los trabajadores y se extendieron los efectos a los prestadores de servicio independientes o autónomos, dando el nombre a la protección para estos trabajadores de "estabilidad ocupacional reforzada".

De ahí que la acción de tutela como vía judicial para el reconocimiento expedito del derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida en Colombia, desbordó toda pretensión de control a este derecho. Por esta razón, el poder legislativo atendiendo requerimientos del poder judicial expide la ley 1751 del 16 de febrero de 2015[25], pasando el derecho a la salud del modelo de derecho social conexo o dependiente del derecho fundamental a la vida, a un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.[26]

Por lo anterior, las dolencias físicas del trabajador, que lo dejan en situación de incapacidad temporal y le impiden realizar el trabajo en las condiciones óptimas que fue contratado, configuran un estado de discapacidad aún no reconocido en la normatividad colombiana. Sin embargo, esta situación puede encontrar protección en el denominado estado de debilidad manifiesta desarrollado por la Corte Constitucional, que busca anular el acto discriminatorio soterrado del empleador al despedir al trabajador enfermo alegando otras causales. Para la Corte Constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada por salud se refiriere a la protección de aquellas personas que tengan afectaciones en la salud que les impiden sustancialmente el desempeño de sus labores.[27]

En este sentido, para la Corte Constitucional la estabilidad laboral reforzada con rango legal, se fundamenta en normas constitucionales, tales como: artículo 53[28] derecho a la estabilidad en el empleo; artículo 13 protección en estado de debilidad manifiesta[29]; artículo 25 derecho al trabajo; artículo 47 derecho al mínimo vital; artículo 95 obrar conforme el principio de solidaridad social[30], dando prevalencia a la teoría del precedente judicial sobre la teoría del imperio de la ley, defendida por la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral.

Igualmente, la Corte Constitucional describe en el precedente judicial que, cuando un trabajador padece una afectación en su salud sin importar el origen, que le impide el desempeño de sus labores en condiciones normales y se tema que pueda ser discriminado o despedido por ese simple hecho, se encuentra en "estado de debilidad manifiesta", y en consecuencia tiene la garantía de la "estabilidad laboral reforzada" y no se circunscribe a los

[24] Corte Constitucional, Sentencia SU 049 de 2017, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
[25] "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones" https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf/16-11-2018.
[26] Ley Estatutaria No. 1751 de 2015, Artículo 20: "Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo." https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf/16-11-2018.
[27] Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
[28] Corte Constitucional, Sentencia T-1219 de 2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
[29] Corte Constitucional, Sentencia T-520 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
[30] Corte Constitucional, Sentencia T-519 de 2003, M.P. MARCO GERARDO MONROY.

casos contemplados en el artículo 1 de la Ley 361 de 1997[31], la cual exige que la persona o trabajador afectado posea una limitación severa o profunda en su estado de salud.

En estos casos, le es prohibido al empleador despedir y/o desmejorar la situación de trabajo y salario, considerando la extensión de la "estabilidad laboral reforzada" a los trabajadores que se encuentren en los procesos de incapacidad, rehabilitación y terapia médica. Hacen parte del precedente judicial las sentencias T-263 del 2009, T-936 del 2009, T-780 del 2008, T-1046 del 2008 y T-467 del 2010.

En otras palabras, la distancia de la Corte Constitucional con la Corte Suprema de Justicia, en el campo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, se asocia a la prevalencia de la teoría del precedente judicial sobre el imperio de la ley, indicando en la sentencia SU-049 de 2017, que las disposiciones legales referidas a la "estabilidad laboral reforzada" se deben interpretar a la luz de los derechos constitucionales y esta función corresponde a la Corte Constitucional y no a la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, las consideraciones establecidas por la Corte Constitucional para que el empleador y/o contratante del trabajador y contratista-autónomo supongan la existencia de la estabilidad laboral reforzada y no sea viable terminar el contrato celebrado, son:

1. La estabilidad laboral y/o ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal.

2. La protección no se limita a quienes tienen una calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL), moderada, severa o profunda.

3. Están protegidas todas las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

4. La debilidad manifiesta no requiere una situación permanente o duradera, puede ser transitoria y variable.

5. La protección debe definirse en función del campo de desarrollo individual, sea en el campo educativo, laboral, familiar o social.

6. La estabilidad no es solo para el trabajo subordinado, es para el trabajo en todas sus formas según la Constitución.

7. El empleador debe asumir como propias las causas ajenas, en virtud del principio de solidaridad, trascendiendo el principio de utilidad de los actos contractuales.

[31] El contenido de la norma es el siguiente: "ARTÍCULO 1º. Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13,47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0361_1997.htm./08/12/2018

8. El empleador debe tener una justa causa para el despido y permiso del Ministerio del Trabajo.

9. El trabajador no puede estar discriminado por la medida de la disminución de su rendimiento por enfermedad o accidente.

10. La Carga de la Prueba distinta a la discriminación está en cabeza del empleador.

**2.2. Movimiento pendular de inclinación legal**

De manera análoga, para la Corte Suprema de Justicia, en sentenciadel 15 de julio de 2008 –Radicación 32532, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón–, el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada por salud es de carácter legal, con fundamento en la teoría del imperio de la ley que desarrolla el artículo 230[32] de la Constitución Política.

Mientras que la Corte Constitucional establece la absoluta protección al trabajador enfermo, la Corte Suprema de Justicia considera que la protección debe limitarse a los trabajadores con calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL) en grado de moderada, severa y profunda; que el accidente o la enfermedad acarree un grado inferior de PCL para la invalidez y que la afectación interfiera en las funciones asignadas.[33]

Ha precisado el órgano judicial, la necesidad de cumplimiento de los requisitos descritos en la Ley 361 de 1997, para que un trabajador alegue en su favor la existencia de la estabilidad laboral reforzada. En sentencias del 15 de julio de 2008 con radicación 32532, del 25 de marzo de 2009 con radicación 35606, del 16 y 24 de marzo de 2010 con radicaciones 36115 y 37235, del 03 de noviembre de 2010 con radicación 38992, del 27 de enero de 2010 con radicación 37514 y 28 de agosto de 2012 con radicación 39207, se sigue la línea del imperio de la ley sobre el precedente judicial de la Corte Constitucional.

Ahora bien, en sentencia SL 1360-2018 con radicación No. 53394, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se revela que la Corte Suprema de Justicia modula las sentencias que indican que la ley 361 de 1997 no tiene presunción legal o de derecho, asume que el despido del trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio a menos que el empleador demuestre la causa alegada.[34]

En la sentencia anterior, la Corte Suprema de Justicia indica que se está de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-531 del 2000[35] emitida por la Corte Constitucional, pero mantiene el criterio legal de permitir al empleador el despido del trabajador con la intervención de la autoridad administrativa, cuando ésta pueda verificar si el trabajador puede ejecutar o no la labor para la cual fue contratado. En este caso, el permiso del

[32] Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 230: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

[33] Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de julio de 2008, Radicación 32532, M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

[34] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 53394 -2018, M.P.CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, Bogotá, once (11) de abril de 2018.

[35] Sentencia C-531 de 2000, M.P. ALVARO TAFUR GALVIS.

inspector será para demostrar que el trabajador no puede seguir realizando las labores para las que lo contrataron,[36] y el despido es justificado, porque la Ley 361 de 1997 no consagra derechos absolutos o a perpetuidad para los trabajadores en perjuicio de los empleadores.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia describen las siguientes consideraciones, para que las partes de la relación laboral supongan la existencia de la estabilidad laboral reforzada por salud, como una protección excepcional y no la regla general[37], siendo estos:

1. El trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral; o c) "profunda", cuando el grado de minusvalía supera el 50%.[38]

2. El empleador conozca del estado de salud del trabajador.[39]

3. La terminación de la relación laboral se dé "por razón de su limitación física" que no le permite desarrollar el trabajo para el cual se contrató.

4. La incapacidad supere los 180 días sin curación alguna.[40]

5. La incapacidad no acredite estar en un estado de limitación física, psíquica o sensorial.[41]

6. La causal de terminación del contrato tenga efecto inmediato y no pueda presumirse por el paso del tiempo que en sana lógica el empleador absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.[42]

7. El empleador puede terminar la relación laboral sin permiso del Ministerio del trabajo, cuando exista justa causa comprobada para el despido.

8. Cuando esté demostrado que el trabajador está en imposibilidad de realizar el trabajo para el cual fue contratado y el Ministerio de Trabajo verifique esta condición.

[36] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 53394 -2018, M.P.CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, Bogotá, once (11) de abril de 2018, pág. 21.
[37] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 53083, M.P.RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, Bogotá, catorce (14) de Octubre de 2015.
[38] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 32532, M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, Bogotá, quince (15) de julio de 2008.
[39] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 31791, M.P.CAMILO TARQUINO GALLEGO, Bogotá, quince (15) de julio de 2008.
[40] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 31791, M.P. CAMILO TARQUINO GALLEGO, Bogotá, quince (15) de julio de 2008.
[41] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 35606, M.P.ISAURA VARGAS DIAZ, Bogotá, veinticinco (25) de marzo de 2009.
[42] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 41867, M.P. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, Bogotá, treinta (30) de enero de 2013.

En atención a estos criterios, sigue siendo incierto el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada por salud, pues a pesar de aceptarse la presunción de discriminación en el despido del trabajador por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, concede al empleador la posibilidad de dar por terminado el contrato, con justa causa y sin permiso del Ministerio del Trabajo, dando prevalencia a la normatividad legal.

## 3. OTRO MOVIMIENTO PENDULAR INSEGURODE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. EL CASO ESPAÑOL

En España se ha planteado el debate de calificar como improcedente o nulo el despido del trabajador enfermo a partir de la reforma laboral del año 1994 que suprimió, como causa de nulidad del despido, el que se realizara durante la suspensión del contrato de trabajo cuando la decisión no resultaba procedente.[43]

Es decir, cuando el contrato de trabajo se encuentra suspendido por la causal consagrada en el literal c) del artículo 45 del Estatuto del Trabajo, que indica "incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional de los trabajadores", el empleador que resuelva terminar el contrato deberá soportar la consecuencia de su decisión. Para el Tribunal Supremo esta decisión tiene el efecto de ser improcedente más no nula, situaciones jurídicas de efectos diferentes para el trabajador, que se describen a continuación.

El artículo 14 de la Constitución Española[44] establece los factores de discriminación prohibidos que puede sufrir una persona en el territorio español. En caso de probarse la existencia del factor que llevó al despido del trabajador, la consecuencia jurídica es la nulidad del despido y en este orden el reingreso del trabajador con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Así mismo, cuando el despido no se ajusta a una causa de discriminación pero tampoco tiene causa justa, la consecuencia jurídica es la improcedencia del despido, que se sanciona de la forma prevista en el artículo 56 del Estatuto del Trabajo sin que exista reingreso del trabajador.

En este sentido, el Tribunal Supremo de España soporta la decisión de improcedencia del despido del trabajador enfermo, indicando que "la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en

[43] Ver MORENO GENE, J.:"La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de larga duración en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018", en *Revista del Derecho de la Seguridad Social. Laborum Estudios de Doctrina Judicial*, No. 7 (4 trimestre 2018).

[44] Constitución Española, Artículo 14:"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social." Tomado de https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. 9/04/2019

las que resulte apreciable el elemento de segregación"[45]. Y complementa sus decisiones siguiendo el contenido del artículo 4.2. c)[46] del Estatuto del Trabajo, que no consagra como causa de discriminación la enfermedad en estado de incapacidad temporal; así como tampoco se describe en el artículo 55.5[47] del mismo estatuto el efecto de ser nulo el despido del trabajador enfermo.[48]

Por consiguiente, para que el elemento de segregación se pueda establecer, es necesario que se fundamente en situaciones históricamente reconocidas como discriminatorias a un grupo de personas con dificultades conocidas para la integración laboral, social y política en un territorio[49] y la incapacidad temporal para trabajar, por encontrarse enfermo o accidentado no es una condición de un grupo de personas discapacitadas y en consecuencia no puede entenderse como discriminatorio el despido de un trabajador incapacitado o enfermo de larga duración.

Al respecto de la relación entre la incapacidad temporal, la incapacidad permanente y la condición de discapacidad, el profesor Ricardo Esteban Legarreta indica que en España la falta de un desarrollo legislativo mantiene distancia entre los conceptos legales de discapacidad y de incapacidad permanente; en tanto ésta última se determina a partir de la casuística que relaciona la profesión habitual con las disminuciones anatómicas o funcionales para establecer las posibilidades de continuar o no el desarrollo de la profesión[50], mientras que para establecer la discapacidad se acude a la fundamentación del baremo o lista de enfermedades legalmente establecidas.

La ley 24 de 1997[51] continua sin reglamentación, para Esteban Legarreta esta omisión hace confuso en el sistema de seguridad social el establecer las diferencias entre la incapacidad permanente parcial y total, con las condiciones que normativamente consideran a una persona en estado de discapacidad. De esta manera, la persona debe someterse a un proceso de evaluación adicional, siguiendo el Decreto 1971 de 1999, para obtener la consideración de persona con discapacidad.

---

[45] *Vid.* STS de 29 de enero de 2001 (RJ\2001\2069), STS 23 de septiembre del 2002 (RJ\2002\1923), STS de 12de julio de 2004 (RJ\2004\7075), STS de 23 de mayo de 2005 (RJ\2005\9656), STS de 22 de noviembre de2007 (RJ\2008\1183), STS de 11 de diciembre de 2007 (RJ\2008\2884), STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ\2008\1621), STS de 13 de febrero de 2008 (RJ\2008\2900), STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\5533), STS de 27 de enero de 2009 (RJ\2009\1048) y STS de 12 de julio de 2012.

[46] Estatuto del Trabajo, Artículo 42: "Derechos Laborales (…) 2. En las relaciones de trabajo, los trabajadores tiene derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español."

[47] Estatuto del Trabajo, Artículo 55: "Forma y efectos del despido disciplinario. 5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador."

[48] DUEÑAS HERRERO, L.: "¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016", en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 5, Mayo 2017, pág. 348.

[49] Ibíd. CARRIZOSA PRIETO, E., pág. 19.

[50] LEGARRETA R. E.: "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad", en *Revista Trabajo y Derecho*, No. 6, Editorial Wolters Kluwer, 2013, pág. 8.

[51] Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

Dicho esto, unificando la doctrina en sentencia STS del 21 de marzo de 2007 (rec.3872/2005), el Tribunal Supremo realiza una interpretación restrictiva al reconocimiento de la condición de discapacidad en personas en estado de incapacidad permanente, dejando por fuera la incapacidad permanente parcial y total. Y para el año 2013, mediante la ley 19395, se flexibiliza la inclusión en el grupo protegido y se equipara la discapacidad con la incapacidad permanente total siempre que se produzca una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 33%, de tal suerte que una valoración por debajo estaría por fuera de la equiparación.

En este sentido, para España las personas con disminución de su capacidad laboral inferior al 33% y en Colombia inferior al 50% no hacen parte del grupo poblacional denominado personas en condición de discapacidad, razón por la que no tienen protección jurídica y para conservar el vínculo laboral[52], han batallado ante las entidades administrativas y judiciales sin recibir una respuesta unificada.

Véase que en sentencia hito del STS 29-01-2001, el Tribunal Superior de España señaló que el despido por una enfermedad genérica no es causa lícita para la terminación del contrato de trabajo y el efecto jurídico es la improcedencia pero no llega a tener las condiciones de una discriminación, razón por la que no cumple requisitos para ser nula la decisión del empleador.[53]

Este acto fue seguido por las sentencias confirmadoras TC 26-05-2008, STJUE del 11 de abril de 2013, TJCE 2013/122 (Caso Ring), STJUE de 18 de diciembre de 2014, TJCE 2013/367 (Caso FAO) y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE 11-07-2006 asunto Chacón Navas C-13/05). Esta última estimó que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional; de manera que la enfermedad no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación[54]. Estas decisiones judiciales se sustentan en las normas laborales ya descritas, pero que no son claras cuando se trata del despido de un trabajador enfermo.[55]

Hasta hoy, el Tribunal Supremo Sala de lo Social mantiene dos criterios legales para calificar el despido del trabajador enfermo como improcedente, siguiendo la teoría del imperio de la ley, a saber:

1. Establecer la diferencia entre discapacidad y enfermedad, el despido por enfermedad no puede considerarse como acto de discriminación según el contenido de la Directiva 2000/78/CE.

[52] RODRÍGUEZ CARDO, I.: "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", en *La Ley Unión Europea*, No. 43, 2016.
[53] Sentencia STS DE 29 de enero de 2001(RJ/2001/2069).
[54] RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERRER, B.: "Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78", en *Revista de las Relaciones Laborales*, No. 3, Marzo de 2018, pág. 232.
[55] Ibíd. CARRIZOSA PRIETO, E., pág. 15.

2. Para que la limitación del trabajador se defina como "discapacidad" esta debe ser de larga duración.

El Alto Tribunal establece que la incapacidad temporal del trabajador por una enfermedad que no ha sido calificada como incapacidad permanente, no puede asimilarse a las condiciones que sufren las personas en estado de discapacidad, que ya tienen una declaración de minusvalía física, psíquica o sensorial.[56]

De esta forma, en la línea jurisprudencial vigente para el Tribunal Supremo de España, puede entenderse que la "estabilidad laboral reforzada por salud" se reconoce en casos excepcionales, así:

"1. Cuando puede demostrarse otras circunstancias de las que resultara apreciable el elemento de segregación.

2. En el supuesto de que la incapacidad o la afectación de la salud del trabajador trajera su causa en una enfermedad.

3. En los supuestos en que el empresario accediera indebidamente a determinados diagnósticos del trabajador (estando o no en situación de incapacidad temporal) y como consecuencia de ello lo despidiera."[57]

Con todo, en sentencia STC 62/2008 del 26 de mayo, el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en aclaración de voto, indicó la existencia de una categoría intermedia de enfermedades o afecciones crónicas entre la discapacidad y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo, para garantizar el derecho al trabajo de una persona, que se encuentra en situación desigual, expuesta a una decisión discriminatoria por la "debilidad" que lo hace menos productivo y de bajo rendimiento.[58]

Esta aclaración del voto coincide con la Corte Constitucional colombiana, en la intensión de garantía de la estabilidad en el empleo cuando el trabajador se encuentra en incapacidad temporal o estado de debilidad manifiesta, que lleva a la suspensión del contrato de trabajo pero de ninguna manera a la terminación del mismo. En ambos casos se considera, de conformidad con las Constituciones de los dos Estados, una obligación política el lograr la igualdad real y no solamente formal entre todos los ciudadanos, dando una atención a las personas con mayores dificultades, que han realizado esfuerzos por mantenerse dentro del grupo social productivo y requieren que la sociedad elimine los obstáculos que les impiden su desarrollo.[59]

[56] Ibíd. CARRIZOSA PRIETO, E., pág. 19.
[57] SANCHEZ TORRES, E.: "La enfermedad como causa 'improcedente' de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia", en *Relaciones Laborales*, No. 18, 2006, pág. 23.
[58] Ibíd. DUEÑAS HERRERO, L., pág. 348.
[59] LEGARRETA, R. E.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, Madrid, Industrias Gráficas Caro, S.L., Quinta Edición, 2003, pág. 11.

## 4. UN POSIBLE PUNTO DE EQUILIBRIO DEL PÉNDULO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de la petición de decisión prejudicial del Juzgado de lo Social No. 33 de Barcelona, en el proceso C-395/15 (Mohamed Daouidi)[60] resolvió el recurso mediante sentencia de la Sala Tercera 01-12-2016 y su contenido ha sido objeto de pronunciamiento de los doctrinantes españoles en la seguridad social, por la visión inclusiva y extensiva de la discapacidad, que para nuestro estudio puede ser el punto de equilibrio del péndulo de la "estabilidad laboral reforzada por salud", en Colombia y España.

Con el objeto de resolver la petición del juzgado español, el STJUE amplía el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, cuando establece que "existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas"[61].

Soportado en la norma anterior, el STJUE extiende el estado de discapacidad a la condición de incapacidad temporal de larga duración, indicando que se entiende discapacitado un trabajador que no puede prestar el servicio y se mantiene por largo tiempo con la limitación de la capacidad, que sin ser definitiva no tiene certeza de la recuperación de la salud.

Por lo anterior, para el STJUE se considera acto de discriminación indirecta del empleador, el despido de un trabajador que se encuentra en incapacidad temporal cuya duración no es previsible pero se presume una recuperación con el paso del tiempo, cuyo efecto jurídico sería la nulidad del despido.

En este punto, la inclusión de la incapacidad temporal de larga duración, por una enfermedad o un accidente, en el concepto de discapacidad sobrevenida, encaja dentro de los criterios descritos en la Directiva 2000/78/CE[62]. En consecuencia, toda decisión del empleador que afecte las condiciones laborales de un trabajador que se encuentre en esta condición es un acto discriminatorio, según las consideraciones de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[63]

Siguiendo la línea jurisprudencial del órgano judicial europeo, la "estabilidad laboral reforzada" se conjuga con la discriminación y nulidad del despido, cuando el despido del trabajador incapacitado desconoce:

[60] Sentencia STJUE de 1 dediciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi.
[61] Ibíd. MORENO GENE, J., pág. 194.
[62] Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en *Diario Oficial*, No. L 303 de 02/12/2000 pág. 16-22. Tomado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32000L0078-0971172018.
[63] STJUE de 11-04-2013 HK Danmark (Jette Ring) asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

1. La prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución Española.[64]

2. El derecho a la salud del artículo 15 de la Constitución Española.[65]

3. La garantía de indemnidad del artículo 24 de la Constitución Española.[66]

4. La aplicación supletoria del artículo 6.3 del Código Civil de España.[67]

5. Las decisiones relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, que se interpretarán de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales.

Por las razones expuestas, la incapacidad que ha empezado a denominarse de larga duración en el sistema de seguridad social, debería propiciar un cambio de línea jurisprudencial en Colombia y España. Esto debe permitirla inclusión de la incapacidad o enfermedad de larga duración dentro del concepto de discapacidad; y en consecuencia, la terminación del contrato de trabajo de un trabajador enfermo sea determinada por la justicia como un acto discriminatorio del empleador.

## 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Colombia y España no tienen, en la actualidad, una norma jurídica del derecho del trabajo y la seguridad social que resuelva el conflicto de la "estabilidad laboral reforzada por salud" del trabajador incapacitado de larga duración.

En consecuencia, trabajadores y empleadores acuden a la administración de justicia, que está emitiendo decisiones judiciales para resolver las situaciones particulares de cada proceso, pero no tienen la virtud de ser decisiones justas y dejan un manto de duda en la función judicial.

Hasta el momento, en España el despido del trabajador enfermo se considera como improcedente, dando posibilidad al empleador de terminar el contrato de trabajo, con el pago de una indemnización. En Colombia se presenta una situación similar con el artículo 26 de la ley 361 de 1997, que establece el pago de 180 días de salario como indemnización por el

[64] Constitución Española de 1978, Artículo 14: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

[65] Constitución Española de 1978, Artículo 15:"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra."

[66] Constitución Española de 1978, Artículo 24: "1.Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

[67] Artículo 6 del Código Civil de España: "(…) 3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención."

despido, abriendo esta posibilidad que convierte un conflicto social en un asunto económico de rápida solución para el empleador.

Sin embargo, el pago de una indemnización no solventa las necesidades personales y familiares del trabajador; y sí crea una sensación de desamparo legal y social. Por esta razón, en España las partes del conflicto han acudido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, encontrando que este órgano de justicia se aparta de las decisiones precedentes y se lanza a realizar una novedosa interpretación del concepto de discapacidad, a partir del contenido del art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE.

De esta forma, el STJUE incluye en el concepto de discapacidad, el estado de incapacidad temporal de larga duración o de enfermedad de tratamiento largo, que impide al trabajador prestar el servicio y limita su capacidad laboral, condición que lo deja indefenso ante la decisión de despido del empleador, calificando tal acto como discriminatorio y en consecuencia nulo.

Adicionalmente el STJUE, en la sentencia STJUE Danmark, plantea que el tratamiento conceptual de la discapacidad debe estar asociado a las políticas públicas de rehabilitación médica, centradas en la persona que debe integrarse a la sociedad, debiendo los Estados cambiar la asistencia médica de salud pública por un sistema que remueva las barreras que la sociedad sin discapacidad ha impuesto a las personas en condición de discapacidad.

Nótese que el concepto de "estado de debilidad manifiesta" desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, se acerca a la extensión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de "discapacidad", en tanto el trabajador con una limitación derivada de una alteración de la salud, condolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo[68] se encuentra en desigualdad con relación a los demás trabajadores y debe ser protegido no solo en el ámbito laboral sino también en la vida en sociedad; por lo cual, en estos casos toda decisión de terminación de la relación laboral debe entenderse como un acto discriminatorio.

Es importante indicar que la participación en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de Colombia y España, permite sustentar el cambio conceptual y normativo aquí desarrollado, con fundamento en el Convenio 111 de 1958 relativo a la discriminación (empleo y ocupación) ratificado por España el 6 de noviembre de 1967 y por Colombia el 4 de marzo de 1969.

De modo que, como lo indica el profesor Laurentino Dueñas[69], para España el conflicto de la falta de reconocimiento de la "estabilidad laboral reforzada por salud" podría resolverse con la inclusión en el Estatuto de los Trabajadores de dos normas, así: i) en el artículo 4.2.c) se debe incluir una nueva causa de discriminación para que los efectos del despido se consideren nulos; y ii) en el artículo 55.5 se debe introducir un apartado que expresamente considere la nulidad del despido del trabajador con motivo de su enfermedad, estado de salud o situación de incapacidad temporal.

[68] Ibíd. DUEÑAS HERRERO, L., pág. 431.
[69] Ibíd. DUEÑAS HERRERO, L., pág. 428.

Y para Colombia, aunque las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tienen efectos vinculantes, el hecho de pertenecer a la OIT le abre, en clave de responsabilidad social, la posibilidad de incluir dentro del concepto de discapacidad, el estado de incapacidad médica de larga duración. Esto le garantizaría al trabajador la "estabilidad laboral reforzada por salud", considerando toda decisión de despido y/o terminación del contrato de trabajo como discriminatoria y nula.

Así que la propuesta *lege ferenda* para Colombia y España, es incluir en las normas laborales el precepto que considere al trabajador accidentado y/o enfermo con una incapacidad médica de larga duración como sujeto de protección por estabilidad laboral reforzada de pleno derecho. De esta manera, se lograría tratar social y jurídicamente la salud en el trabajo como un derecho fundamental autónomo, sin el desgaste del proceso judicial para el trabajador y el juego del empleador que espera una improcedencia del despido.

# Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
*CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSIDAD DE GRANADA*
*MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA*

Laborum

# 1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

## 1.1. UNIÓN EUROPEA

**-Investigación e innovación.-** Dictamen del Comité Europeo de las Regiones sobre la «Nueva agenda europea de investigación e innovación: una oportunidad para que Europa trace su futuro» (DOUE C 168/4 16.05.2019)

**-Personas económicamente inactivas**.- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Oportunidades de empleo para las personas económicamente inactivas» (Dictamen de iniciativa) (DOCE C 228 05-07-2019)

**-Empleo.-** Informe de la Comisión. Evaluación intermedia del Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social (COM/2019/234 final)

**-Inmigración. Funcionarios de enlace**.- **Reglamento (UE) 2019/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre la creación de un red europea de funcionarios de enlace de inmigración (BOUE L 198/8 25-07-2019)**

Este Reglamento establece normas para reforzar la cooperación y la coordinación entre los funcionarios de enlace de inmigración desplegados en terceros países por los Estados miembros, la Comisión y las agencias de la Unión mediante la creación de una red europea de funcionarios de enlace de inmigración. En todo caso, su aplicación debe entenderse, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades de los Estados miembros, de la Comisión y de las agencias de la Unión de definir el alcance y la atribución de funciones y las relaciones jerárquicas de sus respectivos funcionarios de enlace de inmigración y los cometidos de los funcionarios de enlace de inmigración en el marco de sus responsabilidades conforme a la legislación nacional y de la Unión, a las normas o procedimientos o a los acuerdos especiales concluidos con el país anfitrión o con organizaciones internacionales.

**-Pensiones individuales. Producto paneuropeo- Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP) DOUE L 198/1 25-07-2019)**

Este Reglamento establece normas uniformes sobre la inscripción, producción, distribución y supervisión de los productos de pensiones individuales que se distribuyen en la Unión con la denominación «producto paneuropeo de pensiones individuales» o «PEPP».

A efectos del Reglamento, se entenderá por «producto de pensiones individuales» todo producto basado en un contrato celebrado con carácter voluntario entre un ahorrador individual y una entidad para complementar su pensión reglamentaria y/o de empleo, que prevea la acumulación de capital a largo plazo con la finalidad explícita de proporcionar

ingresos para la jubilación con posibilidades limitadas de rescate anticipado antes de la jubilación y que no sea un producto de pensiones reglamentario ni de empleo. Se entenderá por «producto paneuropeo de pensiones individuales» o «PEPP» un producto de pensiones individuales de ahorro a largo plazo, que ofrece una empresa financiera apta con arreglo al artículo 6, apartado 1, en el marco de un contrato de PEPP, y que suscribe con un ahorrador en PEPP, o una asociación de ahorradores en PEPP independientes en nombre de sus miembros, de cara a su jubilación, con una posibilidad de rescate estrictamente limitada o nula e inscrito de conformidad con el presente Reglamento.

En los Considerandos del Reglamento se parte de la base de que una parte sustancial de las pensiones de jubilación en los países de la Unión Europea corre a cargo de los regímenes públicos y de que, a pesar de que, según determinan los Tratados, la organización de los sistemas de pensiones es competencia exclusiva de los Estados miembros, la adecuación de los ingresos y la viabilidad financiera de los sistemas nacionales de pensiones son cruciales para la estabilidad del conjunto de la Unión. Se considera que al canalizar una parte mayor de los ahorros de los ciudadanos europeos desde el efectivo y los depósitos bancarios hacia los productos de inversión a largo plazo, como los productos de pensiones voluntarias con una naturaleza de jubilación a largo plazo, el efecto sería beneficioso tanto para los ciudadanos (quienes obtendrían una mayor rentabilidad y una mejor adecuación de las pensiones) como para la economía en general.

La portabilidad de los productos paneuropeos de pensiones individuales (PEPP, por sus siglas en inglés) con una naturaleza de jubilación a largo plazo aumentará el atractivo de estos productos, sobre todo para los jóvenes y los trabajadores que se desplazan, y contribuirá a facilitar el derecho de los ciudadanos de la Unión a vivir y a trabajar en toda la Unión.

El presente Reglamento permite crear un producto de pensiones individuales que tendrá una naturaleza de jubilación a largo plazo, tomará en consideración los factores ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) a que se refieren los Principios de Inversión Responsable de las Naciones Unidas, en la medida de lo posible, será sencillo, seguro, asequible, transparente, favorable para los consumidores y portátil en toda la Unión, y complementará los sistemas existentes en los Estados miembros.

El objetivo de los PEPP no debe ser sustituir a los actuales sistemas nacionales de pensiones, pues se trata de un producto de pensiones individuales adicional y complementario. El desarrollo de un PEPP contribuirá a aumentar las opciones del ahorro destinado a la jubilación, sobre todo para los trabajadores que se desplazan, y a crear un mercado de la Unión para los promotores de PEPP. Sin embargo, solo debe ser un complemento de los sistemas públicos de pensiones. Un PEPP es un producto de pensión individual no de empleo suscrito voluntariamente por un ahorrador en PEPP con vistas a su jubilación. Puesto que un PEPP debe prever la acumulación de capital a largo plazo, las posibilidades de retirada anticipada del capital deben limitarse y pueden penalizarse.

Este Reglamento armoniza una serie de características fundamentales del PEPP que afectan a elementos clave, como la distribución, el contenido mínimo de los contratos, la estrategia de inversión, el cambio de promotor o la promoción y la portabilidad transfronterizas. Se considera que la armonización de esos elementos fundamentales debe

contribuir a lograr unas condiciones de competencia más equitativas para los promotores de pensiones individuales en general y a impulsar la realización de la UMC y la integración del mercado interior de pensiones individuales. Ello dará lugar a la creación de un producto paneuropeo normalizado en gran medida, disponible en todos los Estados miembros, que permitirá a los consumidores sacar el máximo provecho del mercado interior mediante la transferencia de sus derechos de pensión a otro país y ofrecerá más posibilidades de elección entre diferentes tipos de promotores, en particular con carácter transfronterizo. Como consecuencia de la reducción de los obstáculos a la prestación transfronteriza de servicios de pensiones, un PEPP aumentará la competencia entre los promotores a escala paneuropea y creará economías de escala que deben beneficiar a los ahorradores.

El Reglamento debe establecer normas uniformes sobre la inscripción, promoción, distribución y supervisión de PEPP. Un PEPP debe ser objeto de un contrato celebrado entre el ahorrador en PEPP y el promotor de PEPP, en el cual deben incluirse un conjunto de características clave del producto que se establecen en este Reglamento, así como los derechos y las obligaciones de las partes. El representante de un grupo de ahorradores en PEPP, por ejemplo, una asociación de ahorradores independientes, que actúe en nombre de ese grupo también podría celebrar un contrato de PEPP, siempre que se haga de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho nacional aplicable, y que los ahorradores en PEPP que lo suscriban de esta manera obtengan la misma información y asesoramiento que los ahorradores en PEPP que celebren un contrato de PEPP ya sea directamente con un promotor de PEPP o a través de un distribuidor de PEPP.

Los promotores de PEPP deben tener acceso a todo el mercado de la Unión con una sola inscripción de producto que se debe conceder sobre la base de un único conjunto de normas. A fin de comercializar un producto con la denominación «PEPP», los promotores de PEPP deben solicitar la inscripción a sus autoridades competentes. El presente Reglamento no impide la inscripción de un producto de pensiones individuales ya existente que cumpla las condiciones previstas en el presente Reglamento. Una vez que las autoridades competentes tomen una decisión relativa a la inscripción, deben informar de ello a la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, AESPJ), creada mediante el Reglamento (UE) nº. 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de inscribir al promotor de PEPP y al PEPP en el registro público central. Dicha inscripción será válida en toda la Unión. Con vistas a garantizar una supervisión real del cumplimiento de los requisitos uniformes determinados en el presente Reglamento, toda modificación posterior de la información y los documentos facilitados en el procedimiento de inscripción debe notificarse de inmediato a las autoridades competentes y a la AESPJ, cuando proceda.

La AESPJ debe crear un registro público central que contenga información sobre los PEPP que han sido inscritos y pueden ofrecerse y ser distribuidos en la Unión, así como sobre los promotores de PEPP y una lista de los Estados miembros en los que se ofrece el PEPP. Si los promotores de PEPP no distribuyen PEPP en el territorio de un Estado miembro, pero pueden abrir una subcuenta para dicho Estado miembro a fin de garantizar la portabilidad a sus clientes PEPP, dicho registro también debe contener información sobre los Estados miembros en los que el promotor de PEPP ofrece subcuentas.

Con objeto de proteger adecuadamente los derechos de los beneficiarios de PEPP y los ahorradores en estos productos, los promotores de PEPP han de optar por una inversión de los activos coherente con las características concretas y la duración de sus compromisos, incluidos aquellos con un horizonte a largo plazo. Por lo tanto, se requiere una supervisión eficaz, así como un enfoque de las normas de inversión que dote a los promotores de PEPP de la suficiente flexibilidad para decidir la política de inversión más segura y eficiente, al tiempo que les obligue a actuar con prudencia y defendiendo al máximo los intereses a largo plazo de los ahorradores en PEPP en su conjunto. Así, el respeto de la «regla de la persona prudente» exige una política de inversión adaptada a la estructura de la clientela de los distintos promotores de PEPP.

**-Personas económicamente inactivas**.- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Oportunidades de empleo para las personas económicamente inactivas» (Dictamen de iniciativa) (DOCE C 228 05-07-2019)

**-Protección de datos.- Pensiones.- Decisión del Consejo de Administración de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, de 23 de mayo de 2019, sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la AESPJ (DOCE 2211 26-08-2019)**

La AESPJ trata diversas categorías de datos personales, incluidos los datos sólidos (datos «objetivos», como los datos de identificación, los datos de contacto, los datos profesionales, los datos administrativos, los datos recibidos de determinadas fuentes y los datos de las comunicaciones y el tráfico electrónicos) y los datos frágiles (datos «subjetivos» relacionados con el caso, como el razonamiento, los datos de comportamiento, las valoraciones, los datos de actuación y conducta, y los datos relacionados con el objeto del procedimiento o la actividad o presentados en relación con estos).

La AESPJ, representada por su director ejecutivo, actúa como responsable del tratamiento de datos. Los datos personales se almacenan en un entorno electrónico o en papel de un modo seguro que impide el acceso ilícito a personas que no necesiten conocerlos y la transferencia ilícita a estas personas. Los datos personales tratados no se retienen durante un tiempo superior al necesario y al adecuado para los fines para los que se hubieran tratado durante el período especificado en los anuncios de protección de datos, las declaraciones de confidencialidad o los registros de la AESPJ.

Las normas internas establecidas en esta Decisión del Consejo de Administración de la AESPJ deben aplicarse a todas las operaciones de tratamiento de datos llevadas a cabo por la AESPJ en el ejercicio de sus investigaciones administrativas, procedimientos disciplinarios, actividades preliminares relacionadas con casos de posibles irregularidades puestas en conocimiento de la OLAF, procedimientos de denuncia de irregularidades, procedimientos (formales e informales) en casos de acoso, tramitación de quejas internas y externas, auditorías internas, investigaciones llevadas a cabo por el responsable de protección de datos (RPD) –en línea con lo dispuesto en el artículo 45, apartado 2, del Reglamento (UE) 2018/1725 de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos–, e investigaciones sobre la seguridad

(informática) realizadas internamente o con la participación de agentes externos (por ejemplo, CERT-UE).

En los casos en los que resultan aplicables estas normas internas, la AESPJ debe justificar el carácter estrictamente necesario y proporcionado de las limitaciones en una sociedad democrática y respetar el contenido esencial de los derechos y las libertades fundamentales. En especial, la AESPJ debe respetar, en la medida de lo posible, los derechos fundamentales de los interesados durante los procedimientos anteriores, en particular, los relativos al derecho a la comunicación de información, el acceso y la rectificación, el derecho a la supresión, la limitación del tratamiento, el derecho a la comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado o la confidencialidad de las comunicaciones, de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1725.

Sin embargo, la AESPJ puede restringir la información a los efectos de proteger la investigación y los derechos y libertades fundamentales de otros interesados, controlando de manera periódica que se cumplen las condiciones que justifiquen la limitación y levantando la restricción en cuanto dejen de resultar aplicables. Estas limitaciones sólo podrán ser adoptadas por la AESPJ para salvaguardar:

a) la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención;

b) otros objetivos importantes de interés público general de la UE o de un Estado miembro, en particular los objetivos de la política exterior y de seguridad o un interés económico o financiero importante de la UE de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social;

c) la seguridad interna de las instituciones y organismos de la UE, incluida la de sus redes de comunicación electrónica;

d) la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas;

e) una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada, incluso ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos anteriores;

f) la protección del interesado o de los derechos y libertades de terceros.

**-Sede. Autoridad Laboral Europea.- Decisión (UE) 2019/1199 adoptada de común acuerdo entre los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 13 de junio de 2019, sobre la ubicación de la sede de la Autoridad Laboral Europea (DOUE 189/68 15-07-2019)**

La sede de la Autoridad Laboral Europea se ubicará en Bratislava.

**-Conciliación vida familiar y la vida profesional.- Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (DOUE L 188/79 12-07-2019)**

Esta Directiva establece requisitos mínimos relacionados con el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, y con fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores.

También se establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores sufran discriminación por haber solicitado o disfrutado de alguno de estos permisos, así como medidas de protección contra el despido por los mismos motivos y medidas relativas a la carga de la prueba en estos casos.

Estos requisitos mínimos están destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional. Se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal que definida en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se deroga la Directiva 2010/18/UE con efecto a partir del 2 de agosto de 2022.

Los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar el 2 de agosto de 2022, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

**-Condiciones laborales transparentes.- Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE L 186/105 11-07-2019)**

La finalidad de esta Directiva es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral. Se establecen los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Los derechos y obligaciones establecidos en la presente Directiva se aplicarán a todas las relaciones de trabajo a más tardar el 1 de agosto de 2022.

Se deroga la Directiva 91/533/CEE con efectos a partir del 1 de agosto de 2022.

## 1.2. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

**-Recomendación nº. 205 de la OIT sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resilencia 2017.**

Esta Recomendación tiene por objeto proporcionar orientaciones sobre las medidas para generar empleo a los fines de la prevención, la recuperación, la paz y la resiliencia con respecto a las situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres.

Sustituye a la obsoleta Recomendación nº 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) y se adapta a los rasgos que caracterizan las crisis contemporáneas, con especial atención a la problemática de los flujos migratorios y de refugiados y a la perspectiva de género en relación con el impacto de las crisis.

En el nuevo texto se amplía el concepto de crisis para englobar no solo el conflicto armado, sino también cualquier situación de violencia o de catástrofe de origen natural o humano que represente una disrupción grave del funcionamiento de la sociedad y suponga impactos humanos, materiales, económicos y ambientales. Asimismo, se destaca especialmente la importancia de fortalecer la capacidad de las comunidades para transformarse y recuperarse de forma oportuna y eficiente mediante la restauración de sus estructuras y funciones básicas a través de la gestión de riesgos.

La Recomendación se compone de un Preámbulo y catorce Partes: objetivos y ámbito de aplicación (Parte I); principios rectores, entre ellos la promoción del empleo pleno, productivo y libremente elegido, y el trabajo decente, como factor decisivo para la paz y la prevención de las crisis (Parte II); planteamientos estratégicos (Parte III); oportunidades de generación de empleo e ingresos (Parte IV); derechos, igualdad y no discriminación (priorizando la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres y la eliminación del trabajo infantil o el forzoso u obligatorio) (Parte V); educación y formación y orientación profesionales (Parte VI); protección social (Parte VII); legislación laboral, administración del trabajo e información sobre el mercado de trabajo (Parte VIII); diálogo social y funciones de las organizaciones de empleadores y trabajadores (Parte IX); migrantes afectados por situaciones de crisis (Parte X); refugiados y repatriados (Parte XI); prevención, mitigación y preparación (Parte XII); cooperación internacional (Parte XIII); la Parte XIV o Disposición Final señala que Recomendación 205 sustituye expresamente a la número 71, sobre la organización del empleo.

En la Parte VII, relativa a la *Protección social*, la Recomendación establece que, en sus *respuestas a las situaciones de crisis*, los Miembros deberían, tan pronto como sea posible:

a) tratar de garantizar la seguridad básica del ingreso, en particular para las personas que hayan perdido sus puestos de trabajo o medios de vida a causa de la crisis;

b) adoptar, restablecer o ampliar regímenes integrales de seguridad social y otros mecanismos de protección social, teniendo en cuenta la legislación nacional y los acuerdos internacionales, y

c) tratar de garantizar el acceso efectivo a una atención de salud esencial y a otros servicios sociales básicos, en particular para los grupos de población y las personas a los que la crisis ha hecho particularmente vulnerables.

Además, a fin de *prevenir las crisis*, los Estados miembros deberían posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia, establecer, restablecer o mantener pisos de protección social y procurar cerrar las brechas de cobertura, teniendo en cuenta el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202), y otras normas internacionales del trabajo pertinentes.

## 1.3. SEGURIDAD SOCIAL

**-Observatorio lucha contra el fraude de la Seguridad Social**.- **Orden TMS/667/2019, de 5 de junio, por la que se crea el Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social (BOE 19-06-209)**

En el artículo 3 del RD 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social, se atribuye a la Dirección General de este servicio común competencias para el desarrollo de programas de lucha contra el fraude.

De acuerdo con ello, la Tesorería General de la Seguridad está desarrollando en el ámbito de sus competencias un proyecto de lucha contra el fraude a la Seguridad Social para su prevención durante la gestión de la afiliación, la cotización y la recaudación, así como su detección precoz para evitar y corregir el acceso a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social de forma indebida, llevando a cabo una planificación estratégica de todas estas actuaciones y un continuo seguimiento y control de resultados.

La finalidad que se pretende conseguir con la creación del Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social es la recuperación de los recursos del sistema de la Seguridad Social que se pierden en la actualidad por incumplimientos de las obligaciones en esta materia y por conductas irregulares, así como el reforzamiento de la confianza y sostenibilidad de dicho sistema.

El observatorio se crea como un órgano de participación y recogida de información, que se complementa con la posibilidad de realizar estudios y análisis de datos para la formalización de propuestas de actuación preventivas y de corrección de fraude, así como, para la evaluación y difusión de los resultados

**-Convenio entre el INSS, ISM y Mutuas con la Seguridad Social.-** Resolución de 4 de octubre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Adenda al Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, para la emisión de informes y práctica de pruebas médicas y exploraciones complementarias para la valoración, revisión y calificación de las incapacidades laborales (BOE 16-10-2019) [Corrección de errores BOE 19-10-2019)

## 1.4. DISCAPACIDAD

**-Integración laboral de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y trabajo autónomo.-** Orden TMS/805/2019, de 23 de julio, por la que se incrementan, con carácter extraordinario, las subvenciones destinadas al mantenimiento de puestos de trabajo de personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo, establecidas en la Orden de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en centros especiales de empleo y trabajo autónomo (BOE 27-07-2019)

**Personas con discapacidad.- Real Decreto 537/2019, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad (BOE 9-10-2019)**

Se añade una disposición adicional quinta nueva al RD 1544/2007 relativa a la admisión de sillas de ruedas con motor eléctrico y escúteres en el transporte marítimo y terrestre. Se añade también una disposición adicional sexta nueva reconociendo el derecho de las personas con trastornos diabéticos o epilépticos al acceso a las instalaciones y medios de transporte acompañadas de un perro de apoyo, en los términos contemplados para los perros de asistencia de las personas con discapacidad en este RD.

## 1.5. EMPLEO

-Trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general.- Orden TMS/804/2019, de 23 de julio, por la que se modifica la Orden de 26 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con las corporaciones locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social (BOE 27-07-2019)

Las modificaciones realizadas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos

Sociales de 26 de octubre de 1998 consisten en: la ampliación del plazo de ejecución de las obras y servicios aprobados hasta el 30 de septiembre del correspondiente año; el establecimiento del pago anticipado de las subvenciones por la totalidad del importe de la subvención concedida una vez iniciados los proyectos, y la ampliación a dos meses del plazo de justificación de las subvenciones concedidas.

## 1.6. RELACIONES DE TRABAJO

**-Registro de Jornada.-.** Criterio Técnico de la ITSS 101/2019, fija los criterios para la realización de las actuaciones inspectoras que se efectúen en relación con las disposiciones relativas al registro de jornada establecidas en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, dejando sin efecto, en lo que se opongan a lo ahora fijado, la Instrucción 1/2017 complementaria de la 3/2016: https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/CRITERIO_TECNICO_101_2019_REGISTRO_JORNADA.pdf

## 2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

I. Configuración jurídica general del Sistema de Seguridad Social (Sistema de Fuentes y Estructura Básica del Sistema Normativo)
II. Ámbito Subjetivo de aplicación de la Seguridad Social
III. Gestión de la Seguridad Social
IV. Actos de encuadramiento o de inmatriculación (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores)
V. Financiación de la Seguridad Social. La cotización
VI. Acción Protectora. Régimen jurídico del derecho a prestaciones
VII. Acción protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:
    A) Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente
    B) Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad
    C) Jubilación
    D) Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)
    E) Prestaciones familiares
    F) Desempleo
    G) Prestaciones Sanitarias
VIII. Asistencia Social y Servicios Sociales
IX. El Sistema Nacional de Atención a la Dependencia
X. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)
    A) Mejoras Voluntarias
    B) Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social
    C) Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

### VI. Acción Protectora. Régimen jurídico del derecho a prestaciones

-STS-CONT 1002/2019 05/07/2019 Ponente: Pablo María Murillo de la Cueva

Responsabilidad de la entidad financiera por pagos de pensiones efectuados a través de una cuenta corriente o libreta de ahorro ordinaria de la que pueden disponer otras personas después del fallecimiento del beneficiario de la pensión.

### VII. Acción Protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:

### A). Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

-STS 559/2019 10/07/2019 Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

Gran invalidez. Bases de cotización que se toman en cuenta para el cálculo del incremento de la prestación de gran invalidez -modificado por la Ley 40/2017, de 4 de diciembre-. La sentencia recurrida resuelve el recurso de suplicación formulado contra auto dictado en incidente de ejecución provisional. No cabe recurso. Nulidad de actuaciones.

- STCJ 1/2019 (art. 38 LOPJ) 29/04/19. Ponente: Jesús Cudero Blas

Conflicto de jurisdicción entre el Juzgado de lo Social de Soria y la TGSS con ocasión de la declaración por el INSS del derecho de un trabajador al recargo en la prestación periódica de incapacidad permanente derivada de un accidente de trabajo. Naturaleza jurídica de los recargos de las prestaciones económicas en los casos de

enfermedad profesional o accidente laboral, así como alcance de la decisión administrativa (que debe adoptar la TGSS) de calcular el capital coste de dicho recargo para, una vez recaudado, proceder a su pago periódico. La ley no concede al trabajador un derecho a percibir una suma a tanto alzado o una capitalización anticipada del recargo (el capital coste), sino el porcentaje que se determine sobre la prestación periódica reconocida como consecuencia del accidente laboral o de la enfermedad profesional. Corresponde a la TGSS tramitar el procedimiento de recaudación en los casos en los que el recargo es reconocido por la propia Administración, sin que sea procedente su inhibición a favor del Juzgado de lo Social cuando la sentencia de éste no ha reconocido el recargo, sino que el procedimiento judicial se ha iniciado con posterioridad al reconocimiento efectuado por el INSS y cuando ya se estaba tramitando el procedimiento de recaudación. Resolución del conflicto en favor de la TGSS.

**C). Jubilación**

-STJUE 24-06-2019, Asunto C-619/18, Comisión Europea contra República de Polonia,

Incumplimiento de Estado — Artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo — Estado de Derecho — Tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión — Principios de inamovilidad y de independencia judicial — Reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo — Aplicación a los jueces en activo — Posibilidad de continuar ejerciendo la función jurisdiccional una vez alcanzada esa edad supeditada a la obtención de una autorización mediante decisión discrecional del Presidente de la República»

En el asunto C-619/18, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 258 TFUE, el 2 de octubre de 2018, Comisión Europea, representada por la Sra. K. Banks y los Sres. H. Krämer y S. L. Kalėda, en calidad de agentes, parte demandante, contra República de Polonia, representada por el Sr. B. Majczyna y las Sras. K. Majcher y S. Żyrek, en calidad de agentes, parte demandada, apoyada por: Hungría, representada por el Sr. M.Z. Fehér, en calidad de agente, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1.- La República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, al prever, por un lado, la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) a los jueces de ese Tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018 y al atribuir, por otro lado, al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

2.- Condenar en costas a la República de Polonia.

3.- Hungría cargará con sus propias costas.

-STJUE 19-09-2019, Asuntos acumulados C95/18 y C-96/18, Sociale Verzekeringsbank y F. van den Berg (C-95/18), H. D. Giesen (C-95/18), C. E. Franzen (C-96/18)

Seguridad social de los trabajadores migrantes. Reglamento (CEE) núm. 1408/71: art. 13. Legislación aplicable. Residente de un Estado miembro comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Prestación relativa al régimen de seguro de

vejez o a las prestaciones familiares. Estado miembro de residencia y Estado miembro de empleo. Denegación.

-STS 634/2019 17/09/2019 Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Jubilación anticipada de socia trabajadora de cooperativa de trabajo asociado con fundamento en la extinción de su contrato por causas económicas. La extinción fue acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Jubilación procedente. Reitera doctrina: SSTS de 20.11.2018, rcud. 3407/2016, 19.12.2018, rcud. 2233/2017 y 7.02.2019, rcud. 649/2017.

**E). Prestaciones familiares**

-STJUE 04-09-2019, Asunto C-473/18, GP y Bundesagentur für Arbeit — Familienkasse Baden-Württemberg West.

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Trabajadores migrantes — Normas de la Unión Europea sobre la conversión de monedas — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Decisión n.º H3 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social — Cálculo del complemento diferencial de las prestaciones familiares debido a un trabajador residente en un Estado miembro que trabaja en Suiza — Determinación de la fecha de referencia del tipo de conversión.

-STJUE 04-09-2019, Asunto C-473/18,

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Trabajadores migrantes — Normas de la Unión Europea sobre la conversión de monedas — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Decisión n.º H3 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social — Cálculo del complemento diferencial de las prestaciones familiares debido a un trabajador residente en un Estado miembro que trabaja en Suiza — Determinación de la fecha de referencia del tipo de conversión.

En el asunto C-473/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Finanzgericht Baden-Württemberg (Tribunal de lo Tributario de Baden-Wurtemberg, Alemania), mediante resolución de 17 de mayo de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2018, en el procedimiento entre GP y Bundesagentur für Arbeit — Familienkasse Baden-Württemberg West, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

1) Por lo que respecta a la conversión monetaria de una prestación por hijo a cargo para determinar la cuantía de un eventual complemento diferencial derivado del artículo 68, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, la aplicación y la interpretación del artículo 90 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento n.º 883/2004, así como de la Decisión n.º H3 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, de 15 de octubre de 2009, relativa a la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar los tipos de conversión del artículo 90 del Reglamento n.º 987/2009, no se ven afectadas por el hecho de que dicha prestación se pague en francos suizos por una institución suiza.

2) La Decisión n.º H3 de 15 de octubre de 2009 debe interpretarse en el sentido de que procede aplicar su apartado 2 a la conversión de las monedas en las que estén expresadas las prestaciones por hijo a cargo a fin de determinar la cuantía de un eventual complemento diferencial derivado del artículo 68, apartado 2, del Reglamento n.º 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento n.º 988/2009.

3) El apartado 2 de la Decisión n.º H3 de 15 de octubre de 2009 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, el concepto de «día en que la institución realice la operación», en el sentido de dicha disposición, se refiere al día en que la institución competente del Estado de empleo realice el pago de la prestación familiar en cuestión.

**G). Prestaciones Sanitarias**

-STEDH 04-06-2019, Caso Kosaité-Cypienè y otras c. Lituania

Derechos Humanos: Derecho a la vida privada: (art.8 CEDH): El caso trata sobre la ley Lituania relativa a la asistencia médica para partos en el hogar. Las demandantes, cuatro mujeres, habían solicitado sin éxito que el Ministerio de Salud enmendara la legislación que había prohibido a los profesionales médicos ayudar en los partos en el hogar.

El TEDH considera que Lituania ha logrado un equilibrio justo entre los intereses involucrados: el derecho de las madres al respeto de su vida privada frente al interés del Estado en proteger la salud y la seguridad.

En particular, el TEDH considera que las cuatro mujeres podrían haber optado por cualquiera de las salas de maternidad creadas en Lituania, desde la década de 1990 para garantizar condiciones seguras en los hogares para que las mujeres dieran a luz, en particular en Vilnius, donde ellas vivían. Además, la atención postnatal estaba disponible para el caso de emergencia durante o después de una entrega en el domicilio En fin, aunque Lituania había cambiado recientemente la ley sobre los nacimientos en el hogar, en realidad no había sido obligados a hacerlo en virtud del Convenio Europeo, dada la gran disparidad existente entre los sistemas de los Estados partes en esta materia.

-STS 362/2019, de 13-05-2019. Ponente: María Luz García Paredes

Asistencia sanitaria. Requisitos. Extranjero con tarjeta de residencia temporal, por reagrupación familiar: No procede reconocer el derecho de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a quien es titular de una tarjeta de residencia temporal por reagrupación familiar, superior a tres meses, para cuya obtención es necesario tener cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía. Voto Particular

-STS 705/2019, de 10-10-2019. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Prestación ortoprotésica tras accidente de trabajo. Pese a la derogación del Decreto 2766/1967, mientras el ordenamiento no lo excluya de forma clara, sigue rigiendo el principio de reparación íntegra de las secuelas. Concordancia con Convenio de la OIT nº 17 y previsiones de la LGSS en materia de asistencia sanitaria. Mantiene y renueva doctrina tradicional recogida por SSTS de 2 abril 2010 (rec. 1047/2010) y 24 enero 2012 (rec. 1681/2011).

### X. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)

#### A). Mejoras Voluntarias

-STS 478/2019, de 20-06-2019. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Mejora de seguridad social. No es ajustado a derecho el sistema aplicado por la empresa, descontando cantidades en los que el importe de la prestación era superior al 100% del salario, computando complementos salariales de periodicidad superior al mes.

-STS 662/2019, de 25-09-2019. Ponente: José Manuel García de la Serrana

LOGISTA. Complemento compensatorio por tabaco de regalía. Lo cobran los jubilados que prestaron sus servicios a Tabacalera antes de pasar a Logista. Se sigue el criterio de la sentencia del Pleno de 19-04-2018 (R. 61/2017) que se dictó para jubilados parciales.

#### C). Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

-STJUE 07-10-2019, Asunto C-171/18, Safeway Ltd y Andrew Richard Newton, Safeway Pension Trustees Ltd.

Igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo en materia salarial. Plan de pensiones de empresa. Edad ordinaria de jubilación diferenciada según el sexo. Fecha de adopción de medidas que restablecen la igualdad de trato. Equiparación retroactiva de dicha edad con la de las personas anteriormente menos favorecidas.

-STS-CONT 446/2019, de 01-07-2019 Ponente: Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo.

Concesión de ayuda pública. Subvención socio-laboral para suscripción de póliza de seguro de rentas para cubrir prejubilaciones de trabajadores afectados por ERE. No cabe exigir reintegro a trabajador que fue indebidamente beneficiario de la renta.

## 3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

### I. Obras *generales* de Seguridad Social y materias conexas

*Guía laboral del ministerio de trabajo migraciones y seguridad social*, BOE, 2019, 956 páginas.

VVAA: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2019, 338 páginas.

### II. Obras específicas de Seguridad Social y materias conexas

AIBAR BERNAR, J. y USÚA PALACIOS, FÉLIX.- *Recaudación ejecutiva de la seguridad social*, Laborum, 2019, 389 páginas.

BENITO BENÍTEZ, Mª A: *Impacto de género en el sistema de pensiones*, Bomarzo, 2019, 241 págs.

LLOMPART BENNÁSSAR, M.- *La cotización a la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2019, 148 páginas

LÓPEZ DE INSUA, B. y PERÁN QUESADA, S. (Coords.): *Protección social de los trabajadores del campo en el estado social autonómico*, Laborum, 2019, 867 páginas.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Laborum, 2019, 178 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir): *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Bomarzo 2019, 134 páginas.

MORENO VIDA, M.N. y Díaz Aznarte, M.T. (Dirs.): *La protección social de la salud en el marco del estado del bienestar*, Comares, 2019, 469 páginas

MUR TORRES, J. y ESTEVAN SANJOSÉ, M.L.- *Claves prácticas de jubilación: requisitos de acceso, cuantía y compatibilidad con el trabajo*, Ed. Francis Lefebvre, 2019, pág. 157

RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Derecho laborales y de seguridad social ante las tensiones territoriales*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 2019, 223 páginas.

ROS BENAVIDES, M.J.: *Derecho de la protección social,* CEF, 6ª ed., 439 págs.

RUIZ SALVADOR, J.A.: *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social*, Bomarzo, 2019, 309 págs.

RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Ed. Aranzadi, 2019, 219 págs.

VVAA.- *Trabajo y protección social del discapacitado.* Bomarzo, 2019, 292 págs.

## 4. NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Recensión al libro "Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible *(Tomos I y II)*".** VV.AA., Guillermo Rodríguez Iniesta, Francisco Ortiz Castillo y Belén del Mar López Insua (coordinación), Murcia, Laborum, 2019, 804 páginas Tomo I y 728 páginas Tomo II.

Mª ROSA MARTÍN MUÑOZ
*Becaria de investigación FPU*
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Universidad de Granada*

En nuestro Sistema de Seguridad Social, la pensión de jubilación ha sido objeto de constantes y profundas modificaciones con la intención de adaptarla a las transformaciones sociales, económicas y demográficas producidas lo largo de las últimas décadas. El problema es que todas esas reformas legislativas han dado lugar a una pensión de jubilación muy diferente a la inicialmente normada, pues ha perdido las notas delimitadoras y propias de la jubilación: el cese total y voluntario en el trabajo por el cumplimiento de una determinada edad.

En efecto, de forma gradual y progresiva se ha ido flexibilizando notablemente la naturaleza y razón de ser de esta prestación, abriéndose camino diversas posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el desempeño de un trabajo (jubilación flexible, jubilación parcial, jubilación activa, etc.).

Desde luego, este imparable camino hacia la plena compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación puede ser merecedor de crítica, pues si se admite sin más, la pensión de jubilación dejaría de ser tal, es decir, dejaría de ser funcionalmente sustitutiva de rentas y se convertiría en una especie de ahorro adicional al trabajo de la persona mayor que decide mantenerse en activo.

También resulta criticable, por otro lado, la re-introducción de la llamada jubilación forzosa pactada en convenio colectivo (Disposición Adicional Primera del RD-Ley 28/2018), pues la larga e intensa trayectoria legislativa y jurisprudencial ha demostrado que esta medida: a) es ineficaz para crear empleo juvenil (la Comisión Europea, en su comunicación de 3 de marzo de 2004, ya apuntó que no existen pruebas empíricas de que los trabajadores más jóvenes y los de más edad sean intercambiables); b) es utilizada para prescindir de trabajadores de edad avanzada que se hallan en plena aptitud para trabajar y con derecho al trabajo; c) es usada como vía para amortizar puestos de trabajo.

Otra cuestión realmente preocupante es la clara y patente brecha de género en la pensión de jubilación (las mujeres tienen una mayor dificultad para cumplir sus requisitos de acceso). Sin duda alguna, la principal causa de esta desigualdad se halla en la subsistencia de estereotipos sexistas. El rol de cuidadoras impuesto socialmente a las mujeres hace que éstas se vean obligadas, en la mayoría de las ocasiones, bien a renunciar a sus expectativas profesionales y atender exclusivamente a sus obligaciones familiares, o bien a realizar una "doble jornada" ejerciendo, a tal efecto, los derechos de conciliación laboral y familiar, algunos de los cuales conllevan una reducción o pérdida de salario, así como una minoración o pérdida de las prestaciones de Seguridad Social.

Ciertamente, hasta el momento, nuestro Sistema de Seguridad Social no ha impulsado la corresponsabilidad, ni ha contemplado o valorado de forma adecuada el tiempo dedicado a los cuidados. Tanto así que las últimas reformas operadas en materia de pensión de jubilación se han materializado, entre otros efectos, en un endurecimiento de sus reglas de cálculo y revalorización y en el retraso de la edad de acceso a la misma, lo que ha perjudicado a las mujeres trabajadoras dadas sus trayectorias laborales intermitentes y precarias.

Esta falta de perspectiva de género en nuestra normativa de Seguridad Social ha dado lugar a correcciones impulsadas por el TJUE (sentencias de 22 de noviembre de 2012 y 8 de mayo de 2019) tras detectar que la regulación legal interna generaba discriminación indirecta por razón de género. Así, y en línea con la última sentencia del TJUE de mayo de 2019, nuestro TC ha declarado nulo, a través de su sentencia de 3 de julio de 2019, el precepto de la LGSS dedicado al cálculo de la pensión de jubilación en supuesto de cotización a través de contratos a tiempo parcial al entenderlo contrario a lo dispuesto en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

Si bien se han adoptado distintas medidas correctoras para reducir esta brecha de género en la pensión de jubilación, la verdad es que la mayoría de ellas no actúan sobre la verdadera raíz del problema.

Teniendo en cuenta la trascendencia jurídico-práctica y la complejidad de las arduas controversias jurídicas que se suscitan alrededor de esta materia se celebró en la sede de la Tesorería General de la Seguridad Social de Madrid los días 17 y 18 de octubre de 2019, y gracias al generoso impulso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), el ***III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS "Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible"***. Como consecuencia de este auténtico punto de encuentro, diálogo y debate nace el libro aquí recensionado (dividido en dos importantes tomos): *"Por una pensión de jubilación, adecuada y sostenible*". En éste, dedicado expresamente a la Memoria del Profesor José Vida Soria, Maestro de la Seguridad Social española y europea, primer Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada y creador de la "Escuela Científica Granadina", se recogen todas las ponencias y comunicaciones presentadas a dicho congreso.

Se trata de una obra colectiva centrada en el estudio de una cuestión de gran trascendencia y repercusión práctica: la Pensión de Jubilación en el marco del Sistema de Seguridad Social.

En esta bibliografía no sólo se reconsidera este tema, sino que también se presenta el estado actual de los problemas que se suscitan desde la perspectiva de la política del Derecho y de la técnica jurídica, analizándolos desde un punto de vista crítico, se proponen soluciones viables y basadas en la idea de "justicia social", se formulan propuestas *de lege ferenda y,* en definitiva, se plantean nuevos rumbos y caminos a seguir.

Como no podía ser de otra forma, esta magnífica obra cuenta con profesionales de reconocido prestigio, como son los coordinadores de la misma: Guillermo Rodríguez Iniesta (Secretario General de la AESSS, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Magistrado (suplente) del TSJ de Murcia*)*, Francisco Ortiz Castillo (Abogado, Director de la Editorial Laborum y Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia) y Belén del Mar López Insua (Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Granada y Tesorera de la AESSS).

El brillante contenido de esta bibliografía se halla desglosado, a lo largo de sus dos grandes tomos, en siete títulos, en donde se lleva a cabo todo un recorrido sobre el tema objeto de estudio y se abordan todas las cuestiones primordiales, sin excepciones u omisiones significativas.

En concreto, el Tomo I está formado por los siguientes tres títulos:

- Título I. "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación".
- Título II. "Edad y jubilación".
- Título III. "Jubilación y colectivos sensibles".

Por su parte, el Tomo II está compuesto por cuatro títulos:

— Título IV. “Salud y envejecimiento activo”.

— Título V. “La pensión de jubilación y sus retos: ordenación normativa y praxis jurídica”.

— Título VI. “Los desafíos d las pensiones de jubilación. Las respuestas de los interlocutores sociales y la concertación social”

— Título VII. “La jubilación de los Catedráticos de Universidad en los Estados Unidos de América”.

En definitiva, queda claro que el trabajo reseñado, fruto de la labor de un equipo multidisciplinar, proporciona una panorámica teórico-práctica plena de toda la problemática que encierra el tratamiento de la Pensión de la Jubilación en el marco del Sistema de Seguridad Social. Todo ello no hace sino reforzar la idea de que nos encontramos ante un excelente ejemplar para la adquisición de amplios conocimientos en la materia, razón por la que habría que terminar felicitando a todos los miembros de la AESSS, pues ha sido su efectivo y riguroso trabajo lo que ha permitido dar a conocer esta atractiva y novedosa obra bibliográfica.

# Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

Laborum

# Novedades normativas y de gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

JAVIER AIBAR BERNAD

*TÉCNICO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DIRECTOR GENERAL DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

## 1. NUEVOS SERVICIOS

### 1.1. Multilenguaje en la Sede electrónica

En la sede electrónica se ha implementado de nuevo el servicio de traducciones.

### 1.2. Ingreso de cuotas fuera de plazo RETA

Nueva funcionalidad en la Sede electrónica para trabajadores por cuenta propia que permite la consulta y obtención del documento de ingreso de cuotas fuera de plazo con 10% de recargo durante todo el mes siguiente a la finalización del plazo reglamentario. Esto será posible a través del Sistema Red y del servicio de la Sede situado en Ciudadanos /Recaudación y en Inicio/ Empresas /Recaudación/ Consulta de deudas y obtención de documento de ingreso.

### 1.3. Seguridad Social Móvil

Se han actualizado contenidos en Seguridad Social Móvil.

## 2. GESTIÓN Y PROCEDIMIENTOS

### 2.1. Reducción del número de Códigos de Cuenta de Cotización asignados a un empresario respecto de trabajadores con exclusiones en la cotización o bases fijas

Durante el mes de julio de 2019 se ha iniciado el procedimiento conducente a la supresión de la necesidad de que a los empresarios se les tenga que asignar CCC´s específicos para el alta y cumplimiento de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores que tienen exclusiones en la cotización –entre otros posibles, consejeros administradores asimilados a cuenta ajena, socios de cooperativas de trabajo asociado, funcionarios en su distinta tipología...etcétera– o cotizan por cuotas o bases fijas –entre otros posibles, contratos para la formación, participantes en programas para la formación, ministros de culto….etcétera–.

Este nuevo procedimiento redundará en un menor coste administrativo para las empresas y en un mayor control de la cotización por parte de la propia Tesorería General de la Seguridad Social al conducir el procedimiento, en su última instancia, a la asignación de un único CCC a cada empresario.

El procedimiento de supresión de los CCC´s específicos para identificar a estos tipos de trabajadores se va a realizar en dos fases. La primera se inició el pasado mes de Julio,

extendiéndose las actuaciones hasta el próximo mes de diciembre, restringiéndose dichas actuaciones a empresas incluidas en el Sistema RED Directo, con un total aproximado de 3.200 CCC afectados.

En una segunda fase, a iniciar entre los meses de noviembre de 2019 y enero de 2020, las actuaciones se extenderán al resto de empresas, con un total aproximado de 120.000 CCC afectadas.

### 2.2. Campaña Vidas laborales y Bases de cotización

#### 2.2.1. Trabajadores

Está prevista la remisión a 22,5 millones de trabajadores. De éstos, a 6,4 millones se les enviará en papel por correo postal y a 16,1 millones –aquellos de los que la TGSS dispone de su teléfono móvil– se les remitirá un SMS para que accedan al Servicio de la SEDE electrónica de la Seguridad Social, "Comunicación de vida laboral y bases de cotización de los trabajadores", desde donde podrán consultar o descargar el informe.

El informe incluye la vida laboral completa del trabajador y las bases de cotización de los últimos dos años y, en el caso de trabajadores con 60 o más años de edad, se extiende a las bases de cotización de los últimos veintiún años de su vida profesional.

También se incluyen los días en alta en el Sistema de Seguridad Social y si se encuentra en estos momentos en activo el trabajador, datos de la situación laboral actual, y se incorpora, como novedad, el convenio colectivo aplicable declarado por la empresa.

Para los trabajadores por cuenta propia, o los que tengan suscrito un convenio especial, se incluyen los datos más significativos del alta y de su cotización.

Este año, por primera vez, se incluye un documento complementario con información correspondiente al año 2018, referido al importe de las cuotas a la Seguridad Social como persona trabajadora por cuenta ajena, un gráfico evolutivo de las bases de cotización, su situación como empleador de hogar, las situaciones de incapacidad temporal y otros datos de interés.

También se remitirá un informe complementario correspondiente al Sistema de Liquidación Directa (SLD) que solo se enviará a los trabajadores que en 2018 han tenido todas sus relaciones laborales en empresas que han cotizado por SLD.

#### 2.2.2. Empresas

Está previsto que se generen Informes de Vida Laboral, a 1,7 millones de empresas.

El Informe de la Vida Laboral de Empresa, que se emitió por primera vez en el año 2018, proporciona una visión global y útil de la gestión de la empresa realizada en el último ejercicio. Ofrece información sobre las relaciones laborales y contratación de la empresa, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas.

Este documento facilita a las empresas conocer información agrupada relacionada con sus trabajadores, su nivel de empleo, así como las modalidades de contratación más utilizadas y dónde se concentra el mayor volumen de trabajo.

Se incluyen, igualmente, datos sobre los costes salariales y de Seguridad Social a cargo de la empresa y del trabajador. En su caso, la empresa conocerá si tiene deuda pendiente, y si lo tuviera, el importe aplazado pendiente de amortización a final de año. Por último, la empresa podrá comprobar todos sus datos identificativos y de contacto.

Este envío se realiza a las empresas que hayan realizado durante 2018 todas sus liquidaciones de cuotas a través del Sistema de Liquidación Directa, al que estaban incorporadas la práctica totalidad de empresas u organismos. Únicamente no se incluyen en la campaña determinados organismos públicos, empresas del Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón y del Sistema Especial de manipulado y empaquetado de tomate fresco.

Este año se sustituye la remisión del informe por vía postal en papel, por su depósito en la Sede Electrónica de la Seguridad Social en el apartado de Notificaciones Telemáticas, dentro de la opción "Comunicaciones telemática".

## 3. FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL

### 3.1. Convenio de la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para intensificar y hacer más efectiva su colaboración recíproca

La lucha contra el fraude a la Seguridad Social es un objetivo estratégico para la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

En el ámbito de sus competencias, la entidad está desarrollando un proyecto de lucha contra el fraude a la Seguridad Social que adopta un enfoque de tratamiento integral para la prevención del mismo. La finalidad es recuperar los recursos que se pierden por incumplimientos de las obligaciones y por conductas irregulares reforzando, con ello, la confianza y credibilidad del Sistema de la Seguridad Social.

El modelo contempla el avance en la mejora continua de la coordinación con otros organismos, y en especial con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS).

El 25 de julio de 2019 el Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la Directora del organismo autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) han suscrito un nuevo Convenio que desarrolla el marco de colaboración recíproco para el periodo que se extiende desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado hasta el 31 de marzo de 2020.

El Convenio se ha publicado en el BOE del 1 de agosto de 2019 por Resolución de 25 de julio, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Entre los objetivos que persigue el Convenio está el de continuar en la mejora de la gestión de asuntos comunes y en la colaboración para la tramitación de los asuntos o materias sobre los que se centra la actuación inspectora.

También, el de elaborar de forma conjunta un Plan de Objetivos para la lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social que se desarrolle en el ámbito temporal de vigencia del Convenio y que debe aprobarse a la mayor brevedad posible y en todo caso, antes del transcurso de los 15 días siguientes a la entrada en vigor del Convenio.

La TGSS destinará una cuanta máxima de 2.300.000 € de su presupuesto para la realización de las actuaciones inspectoras del plan de objetivos.

# DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
*LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

## 1. INCAPACIDAD TEMPORAL

### 1.1. Opción por una Mutua en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Criterio de Gestión del INSS 15/2019 de 17 de julio de 2019

En el criterio se estudia la responsabilidad en las prestaciones por incapacidad temporal y las derivadas por contingencias profesionales hasta la formalización de la cobertura con una mutua colaboradora con la Seguridad Social en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

La citada disposición transitoria primera establece: "*Los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos incorporados a dicho régimen especial con anterioridad al 1 de enero de 1998 y que, de acuerdo con la disposición transitoria vigésima novena del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, hubieran optado por mantener la protección por la prestación económica por incapacidad temporal con la entidad gestora, en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley deberán optar por una mutua colaboradora de la Seguridad Social, opción que deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 83.1.b) de dicho texto refundido, surtiendo efectos desde el 1 de junio de 2019.*

*En tanto se produzca dicha opción, seguirá gestionando la prestación por cese de actividad de dichos trabajadores autónomas al Servicios Público de Empleo Estatal y contingencias profesionales serán cubiertas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social".*

### 1.1.1. La responsabilidad de la entidad gestora hasta que se realice la opción cuyo plazo termina el 31.6.2019

Ante la falta de pronunciamiento en la DT 1ª del Real Decreto-ley 28/2018, la entidad gestora considera que resulta aplicable por analogía lo establecido en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto, por el que se desarrolló de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el RETA, y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social.

La citada disposición transitoria prevé expresamente que sea el INSS quien continúe cubriendo tanto las contingencias profesionales como la incapacidad temporal ante la falta de opción del trabajador obligado, incluido en el RETA, y en tanto formule la opción a favor de una mutua colaboradora con la Seguridad Social indicando lo siguiente:

*"1. En el supuesto de que los trabajadores autónomos que hubieran quedado obligados a la protección de la prestación económica por incapacidad temporal a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, por no encontrarse acogidos a ella el 31 de diciembre de 2007, no la hubieran formalizado el 1 de enero de 2008 con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de Seguridad Social hasta el momento en que se produzca la elección obligatoria de mutua, formalizándose su cobertura, de oficio, por la Tesorería General de la Seguridad Social, que dará cuenta del incumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los trabajos oportunos.*

*La formalización prevista en el apartado anterior se extenderá a la cobertura de las contingencias profesionales por parte de aquellos trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que, desde el 1 de enero de 2008, queden obligados a su protección de conformidad con lo previsto en el artículo 47.4 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, en la redacción dada a dicho precepto por este real decreto y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional segunda respecto a los trabajadores que desempeñen actividades con elevado riesgo de siniestralidad.*

*2. Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación a los trabajadores provenientes del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social que no estuviesen acogidos a la cobertura de la incapacidad temporal y que el 1 de enero de 2008 hubieran quedado incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos con obligación de proteger dicha prestación, de no haberse formalizado su cobertura con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en esa fecha.*

*3. Si en la fecha de efectos de la elección de mutua los trabajadores a que se refiere esta disposición transitoria se encontrasen en situación de incapacidad temporal, dichos efectos se demorarán hasta el día primero del mes siguiente a aquel en que se produzca el alta médica".*

Este criterio por el que el INSS asume la cobertura de la prestación de incapacidad temporal hasta que se formalice la opción por una Mutua se confirma en el informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 26 de junio de 2009 al considerar que "*es la única solución posible ante la falta de opción del trabajador autónomo por una mutua colaboradora con la Seguridad Social, según lo establecido en el primer párrafo de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, ya que dicha disposición no establece cómo actuar en ese supuesto ni autoriza el cese de la cobertura por parte de la entidad gestora, existiendo el antecedente de la disposición transitoria tercera del Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto, que puede aplicarse por analogía*".

Por tanto el criterio concluye que hasta que el trabajador formalice la opción a favor de una mutua, esta entidad gestora debe continuar cubriendo las contingencias profesionales y la incapacidad temporal por contingencias comunes.

### 1.1.2. Responsabilidad en los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del 1 de junio de 2019

Aquellos procesos vigentes a 1 de junio de 2019 y en los que se venga abonando por el INSS la correspondiente prestación, esta entidad gestora continuará abonando la misma, aun cuando el trabajador autónomo hubiese formulado su opción en el plazo establecido. Esta medida se justifica por cuanto sería esta entidad quien habría recibido el pago de las cuotas por lo que, de hacer responsable a la mutua del pago de la prestación, se iría en contra del principio de equidad en la responsabilidad de un gasto por el que no se ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

A este respecto, la STS de 18 de noviembre de 1997, de 16 de mayo de 2000 y 14 de junio de 2002, declara que, de acuerdo al principio general, vigente en el ámbito aseguradora con la que estaba concertado el aseguramiento del riego en el momento de actualizarse éste, pues es esa aseguradora con la que estaba concertado el aseguramiento del riesgo en el momento de actualizarse éste, pues es esa aseguradora la que ha percibido las primas que constituyen la contraprestación económica de aquella cobertura. De este modo, la citada sentencia señala que la responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. De este modo no se paga por la razón de que continúe la obligación de cotizar en beneficio de la entidad aseguradora, sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones con anterioridad a la actualización del riesgo.

### 1.1.3. Competencia de la entidad gestora para dar cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del incumplimiento del trabajador autónomo de su obligación de optar por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social

La entidad gestora puede dar cuenta del incumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos de la existencia de una posible infracción administrativa.

### 1.1.4. Aseguramiento de la incapacidad temporal cuando se emita el alta de oficio del trabajador autónomo

En aquellos casos en los que sea la Inspección de Trabajo y Seguridad Social quien emita de oficio el alta del trabajador autónomo, se considerará que la entidad gestora debe hacerse cargo de su aseguramiento en tanto perciba las cotizaciones correspondientes.

## 2. PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

### 2.1. Duración en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple o de hijo menor con discapacidad. Criterio de Gestión del INSS 16/2019, de 31 de julio de 2019

El criterio administrativo matiza su criterio administrativo anterior 13/2019 que aclaraba si en las familias monoparentales con hijo discapacitado, el progenitor único tiene derecho a la ampliación de una o de dos semanas. En dicho criterio se indicaba que, a la luz de la literalidad del artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores correspondía una semana adicional para cada progenitor. Se razonaba que dicho reparto estaba expresamente previsto en el precepto, y se entendió entonces que la finalidad de reconocer derechos individuales de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción o acogimiento, avalaba esta solución, de modo que no cabía que un solo progenitor acumulara las dos semanas de suspensión.

Sin embargo, el nuevo criterio administrativo realiza una nueva reflexión sobre el precepto considerando que una lectura más detenida de la norma permite llegar a una solución distinta toda vez que el artículo 48.6 ET establece: "*En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato a que se refieren los apartados 4 y 5 tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero*".

El apartado 4 del artículo 48 se refiere al nacimiento, y el apartado 5 al resto de las situaciones protegidas por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. El apartado 6, objeto de análisis, prevé que la suspensión del contrato de trabajo tendrá una duración adicional de dos semanas de forma equitativa entre los dos progenitores, otorgando el disfrute de una semana a cada uno; pero es evidente que dicho reparto no puede operar cuando sólo existe un progenitor. En consecuencia, cuando la situación protegida da lugar a la suspensión de un único contrato de trabajo, esta suspensión del contrato de trabajo ha de tener la duración adicional de dos semanas que prevé el precepto, sin que sea de aplicación el inciso que introduce el reparto entre los dos progenitores.

Esta interpretación encuentra su justificación en la necesidad de mantener el periodo adicional de dos semanas a favor del único progenitor existente, dada la falta de otro progenitor, sea o no trabajador, que pueda dispensar dichos cuidados; pudiéndose colegir que no han sido el propósito del legislador privar, en estos supuestos, a los hijos o menores de una semana de cuidados a la que hubieran tenido derecho de existir dos progenitores o de no haber mediado la reforma normativa.

Cuando existan dos progenitores y en la situación protegida da lugar a la suspensión de un solo contrato de trabajo, porque el otro progenitor esté sujeto a relación estatutaria, o sea trabajador por cuenta propia o autónomo, o se encuentre en situación asimilada a la de alta para acceder a esta prestación, habrá que tener en cuenta que el núcleo diferencial de la familia monoparental es la existencia de dos progenitores, lo que fundamenta el reparto del tiempo de cuidado de los hijos o menores. Por tanto, en estos casos el periodo adicional de descanso se debe repartir de forma igualitaria, correspondiendo una semana a cada progenitor.

## 3. JUBILACIÓN

### 3.1. Determinación de la cuantía de la pensión de jubilación cuando el beneficiario ha desempeñado trabajos a tiempo parcial. Criterio de Gestión del INSS 17/2019, de 12 de agosto de 2019

#### 3.1.1. Alcance objetivo de la sentencia

La sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019 publicada en el BOE de 12 de agosto de 2019 recaída en la cuestión interna de inconstitucionalidad 688/2019, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "jubilación" y del párrafo primero de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1 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 al precepto por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, posteriormente recogido en el apartado 3 del artículo 248 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Según la entidad gestora la sentencia del Tribunal Constitucional afecta únicamente a la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación. En este sentido cabe precisar que la sentencia del Tribunal no afecta al cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común previsto en la letra b) del artículo 197.1 del TRLGSS, en relación con lo previsto en el apartado 3 del artículo 248.1 del mismo texto legal, sin perjuicio de que en dicho cálculo se integre el del porcentaje de la pensión de jubilación.

La aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional conlleva que en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomen en consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada.

#### 3.1.2. Alcance temporal de la sentencia

Hay que tener en cuenta que el artículo 38. Uno de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre establece que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada y vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por tanto, la sentencia de referencia surtirá efectos a partir del 12 de agosto de 2019 y, desde ese

momento, la nueva forma de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, y en concreto, la determinación del porcentaje aplicable, se ha de tener en cuenta en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de beneficiarios que hubiesen trabajado a tiempo parcial.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional señala expresamente que no sólo habrá de preservarse la cosa juzgada sino que, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, el pronunciamiento tampoco se extenderá a las situaciones administrativas firmes.

### 3.1.3. Efectos a los procedimientos pendientes

Los expedientes de pensión de jubilación y reclamaciones previas que a 12 de agosto de 2019 se deberán resolver aplicando la sentencia del Tribunal Constitucional.

Por otra parte en el caso de que se haya desestimado, expresa o tácitamente, la reclamación previa formulada contra la resolución administrativa, a la fecha de publicación de la sentencia y no hubiere transcurrido el plazo para formular demanda judicial, la entidad deberá resolver la reclamación previa, con los efectos económicos que hubieran correspondido inicialmente.

## 3.2. Jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45 %. Criterio de Gestión del INSS 18/2019, de 16 de septiembre de 2019

Se plantea si el grado de discapacidad igual o superior al 45 % exigido para el acceso a la jubilación anticipada, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, que desarrolla en la actualidad el artículo 206.2 LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 %, ha de acreditarse íntegramente en alguna de las discapacidades relacionadas en su artículo 2 o si, por el contrario, puede ser el resultado de la suma de los porcentajes alcanzados en diferentes dolencias, cuando solo una de ellas figure entre las relacionadas en el artículo 2, o si puede alcanzarse con la suma del porcentaje de "factores sociales complementarios" reconocido en su caso.

El artículo 206.2 LGSS establece que la edad ordinaria de acceso de la jubilación podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 %, en los términos contenidos en el real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 %, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida.

La sentencia 729/2017, del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (recurso 423372015, se ha pronunciado sobre la cuestión señalando que "*de la lectura de este precepto se deduce que la voluntad del legislador fue la de establecer dos requisitos diferenciados, de un lado, un grado de discapacidad, y, de otro, el padecimiento de una dolencia listada, pero sin exigir que tal porcentaje se alcanzase exclusivamente con esa afección*".

Asimismo, se afirma en la sentencia que "*si la intención del Gobierno hubiera sido la de exceptuar, a los efectos indicados, del grado de discapacidad del 45 por 100, todo el tipo de dolencias distintas de las vinculadas a la reducción de la esperanza de vida, de forma que no fuese suficiente con padecer esa patología, sino que la misma determinase, por sí sola, ese porcentaje de discapacidad, así lo habría consignado de manera explícita, utilizando cualquiera de las fórmulas posibles, y al no haberlo hecho así no cabe admitir la exclusión de las citadas dolencias…*".

Por último, se la citada sentencia indica que las normas reguladoras de esta modalidad de jubilación anticipada "*concurren en personas que hayan trabajado durante el tiempo exigido con una discapacidad superior al 45 %, aquejando una dolencia listada, que además es la preferente y en un grado en modo alguno irrelevante, sino muy superior al 33 %, y otra secundaria en su caso a la listada, o susceptible de agravarla, determinando tanto una mayor penosidad en el trabajo y una mayor deterioro físico y funcional como una menor esperanza de vida*".

Asumiendo esta doctrina la entidad gestora concluye en su criterio de gestión, que para el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 1851/2009 se requerirá, junto al resto de requisitos, que el interesado acredite conjuntamente las siguientes condiciones:

a) Un grado de discapacidad total igual o superior al 45 %, según certificación emitida por el organismo correspondiente encargado de la valoración y calificación del mismo, teniendo en cuenta la suma de los porcentajes de discapacidad alcanzados en las diferentes dolencias que figuren en el certificado, así como el de los "factores sociales complementarios", de ser el caso.

b) Que por lo menos una de las dolencias reflejadas en el certificado de discapacidad sea una de las relacionadas en el artículo 2 del Real Decreto 1851/2009 y que el porcentaje de discapacidad alcanzado por esta o estas discapacidades relacionadas en el citado artículo suponga al menos el 33 % del grado de discapacidad acreditado.

# Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Laborum

# El trabajo del futuro: más ocupación y menos jornada laboral

# The work of the future: more occupation and less working hours

SANTOS M. RUESGA

*CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA (UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID)*

**Resumen**

¿Sustituirán las máquinas, los robots, el trabajo humano en un futuro más o menos cercano? Sobre la base de ese interrogante, en un mundo en rápido proceso de digitalización, avance de la inteligencia artificial y robotización, subyace un sombrío panorama, no sobre el trabajo en sí mismo, sino sobre su ocupación, sobre el empleo. Desde hace ya algunas décadas son ya numerosos los analistas, que más allá de los relatos de ciencia ficción, otean un horizonte sin empleo para el ser humano, donde los entes mecánicos inteligentes, autosostenidos y autocreados, serán el soporte exclusivo de la creación de riqueza. De llegar a ese punto, cabría, y eso es lo que señalan los analistas de la catarsis del trabajo humano, empezar a pensar en un futuro en el que la organización social se desvinculará del trabajo, que hasta el momento sigue siendo el eje a través del cual se articulan relaciones económicas, sociales y por extensión políticas. ¿Cuál sería, entonces el concepto clave en la articulación de esas relaciones? Una nueva era en la organización social se estaría abriendo camino al compás del radical cambio tecnológico que estamos experimentando. Pero, en este artículo se apunta a partir de la experiencia acumulada de transformaciones sociales vinculadas a los procesos anteriores de revoluciones tecnológicas, cabe la posibilidad de mantener el vínculo del empleo, como argamasa de la organización social, repartiendo mejor los puestos de trabajo, entre personas que trabajen menos horas, menos días y dediquen más horas a otras actividades humanas no vinculadas a generación de rentas. La reducción del tiempo de trabajo se configura así, a futuro, no solo como un mecanismo de reparto de un empleo más escaso, sino también de una herramienta para mantener una estructura social en términos semejantes a como se vivió en las décadas pasadas, como pilar de una mayor cohesión social y de una cierta estabilidad política y social, base de los sistemas democráticos que hoy disfrutamos, Si en el pasado jugó ese papel, no hay razón para pensar que no lo pueda hacer en el futuro; se trata tan solo de estimular la reducción sustancial de la jornada de trabajo para generar más empleos.

**Palabras clave**

Jornada de trabajo; robotización; productividad; futuro del trabajo

**Abstract**

Will the machines, robots replace human labor in the near future? Based on this question, in a world of rapid digitization, advance of artificial intelligence and robotization, there lies a bleak picture, not of the work itself, but of its occupation, of employment. For some decades now there have been many analysts who, beyond the science fiction stories, have been looking at a jobless horizon for human beings, where intelligent, self-sustaining, and self-created mechanical entities will be the exclusive support for the creation of wealth. If we get to this point, it's possible, and this is what the analysts of the catharsis of human work point out, to start thinking about a future in which social organization will be dissociated from work, which up to now continues to be the axis through which economic, social and, by extension, political relations are articulated. What, then, would be the key concept in the articulation of these relationships? A new era in social organization would be making its way to the compass of the radical technological change we are experiencing. However, this article points to the accumulated experience of social transformations linked to the previous processes of technological revolutions, it is possible to maintain the link between employment, as a cement of the social organization, with better distribution of jobs, among people who work fewer hours, fewer days and dedicate more hours to other human activities not linked to income generation. The reduction of working time is thus, in the future, not only a mechanism for distributing scarcer employment, but also a tool for maintaining a social structure in terms similar to those experienced in past decades, as a pillar of greater social cohesion and of a certain political and social stability, the basis of the democratic systems we enjoy today. If it played that role in the past, there is no reason to think that it cannot do so in the future; it is simply a matter of encouraging substantial reductions in working time in order to generate more jobs.

**Keywords**

Working day; robotization; productivity; future of work

*Fecha Recepción: 20-9-2019 – Fecha Revisión: 23-9-2019 – Fecha Aceptación: 24-9-2019*
*Pag. 251-262*

## 1. EL FUTURO DEL TRABAJO

El pasado año 2019 se ha celebrado el centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Hace ya un siglo, en el mundo del trabajo, una de las reivindicaciones básicas que alimentaban el conflicto laboral de manera intensa y continua era la demanda por parte de los asalariados de una jornada de 8 horas diarias. Y, como no podía ser menos, la OIT en su andadura inicial reflejaba ya, de forma reiterada, ese hecho, promoviendo acuerdos entre organizaciones patronales y sindicales en pos de este objetivo[1].

A este respecto, hace algún tiempo ya señalábamos que "la ordenación del tiempo de trabajo viene siendo una reivindicación antigua, contemplada como una de las ganancias sindicales, a medida que se producían avances tecnológicos. Sin embargo, aún no de forma generalizada, en la actualidad se puede interpretar como una política activa, que actúa sobre el tiempo de trabajo adelantándose, o compensando, a las ganancias de productividad y derivando parte, en el reparto de las mismas, a disminuir la jornada laboral" (Pérez-Ortiz & Ruesga-Benito, 2003:57). En suma, ya entonces, realizábamos dos afirmaciones entrelazadas. Por un lado, que la reducción de la jornada laboral puede contribuir a aminorar los efectos de una hipotética disminución de la demanda unitaria de trabajo derivada del avance tecnológico y, por otro, que las autoridades laborales pueden jugar un rol activo y significativo en aras de repartir el trabajo, con, entre otros, los instrumentos que le apartan las políticas activas de mercado de trabajo (Ruesga & Pérez Ortiz, 2005).

En este artículo se trata de analizar ese rol, que puede ser fundamental para compensar los posibles impactos sobre el empleo de lo que denominamos la robotización de la economía, paradigma del cambio tecnológico en la era en la que vivimos y por extensión, los efectos derivados en el terreno de la organización política de nuestras sociedades.

Y es que, desde hace años que cunde el alarmismo, cuando no el pánico sobre el futuro del trabajo. Desde el "fin del trabajo" (1995) de *Jeremy Rifkin* se han sucedido los ensayos, con intención prospectiva, que dibujan un negro horizonte para el empleo -no confundir con el trabajo-. No obstante, el mito del trabajo humano absorbido por las máquinas es tan antiguo como éstas mismas. Ya desde mediados del pasado siglo, al menos, la *ciencia ficción* nos ha venido dibujando sociedades del futuro en las que los humanos sobrevivirán como esclavos de máquinas autómatas, que habrían asumido el control del planeta, tras adueñarse no solo del trabajo sino también de la gestión política y, por extensión económica, del mundo humano.

Pero más acá de ese horizonte de ficción, hay que quienes auguran que, al ir desplazando las máquinas a una cuantía en ascenso del trabajo humano, como un medio fundamental de producción, el empleo escasearía y el fantasma del desempleo masivo, con todas sus connotaciones, sería una cruda realidad, en un futuro no muy lejano.

Más recientemente, al calor de la intensificación del cambio tecnológico que implica la denominada tercera (o cuarta ya, según qué autores) Revolución Industrial, ese mito del

[1] Así, por ejemplo, "la primera Conferencia Internacional del Trabajo en Washington en octubre de 1919 adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo, que se referían a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria". (https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm)

fin del trabajo se ha convertido casi en un clamor medroso, hasta el punto de que a tenor de algunos analistas hay incluso que anticiparse a ese negro futuro laboral, sustituyendo conceptualmente (y para algunos más osados, incluso fiscalmente) al trabajo por la máquina. Para los más avanzados en esta perspectiva la robotización en su estadio más avanzado, contando con la aportación de la inteligencia artificial, constituye una buena disculpa para proponer cambios sustanciales en la organización social y, particularmente en la de las relaciones laborales. En ese punto el trabajo (como atributo indisoluble vinculado al ser humano) dejaría de ser el centro de ese orden y, por tanto, la base de la distribución del valor añadido generado en el proceso productivo.

Es normal, que, ante la anunciada futura escasez de empleos, comiencen a proliferar discursos en al ámbito de los enfoques interpretativos de la organización social que abogan por la sustitución del trabajo como eje central articulador de dicha organización por el de la *ciudadanía*. Ante la ausencia de empleo, el trabajo dejaría de jugar el rol[2] que ha tenido en la conformación de los Estados de bienestar, siendo bajo estas nuevas premisas el ciudadano el sujeto de derecho sociales, al margen de su estatus laboral. Así, por ejemplo, las propuestas de creación una *renta básica universal*, de origen netamente conservador[3], se moverían en el territorio de este nuevo enfoque ideológico.

## 2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN CLAVE HISTÓRICA

Durante mucho tiempo, siglos, en el devenir de la historia de la humanidad el ser humano no ha vivido para trabajar, como en los últimos siglos sí ha ocurrido. Más bien el objetivo, tras conseguir los bienes de subsistencia, se centraba en el goce y disfrute de vidas, eso sí mucho más cortas que las que venimos disfrutando en las últimas décadas en los países desarrollados[4]. Lo que significaba trabajar para vivir y no lo contrario.

Como muestra la Figura 1, para el caso del Reino Unido, país originario de la Primera Revolución Industrial, los días de trabajo anuales que la población realizaba cada año, a lo largo de la Edad Media, muestran cifras sustancialmente inferiores que las que se registraron a partir de esa gran transformación productiva que supuso la aparición del modo de

[2] Véase las reflexiones que en torno a esta posible alternancia de paradigma en la organización social hacíamos un numeroso grupo de académicos especializados en el ámbito de las relaciones laborales y el mercado de trabajo, en Manifiesto de los 700 (2009. "El trabajo, fundamento de un crecimiento económico sostenible", *Revista de derecho de Extremadura*, ISSN 1888-5519, Nº. 5: 481-483.

[3] Como señalo en Ruesga (2018:24) "resulta curioso que fuera uno de los economistas más destacados de la llamada Escuela de Chicago, Milton Friedman, adalid del más exquisito discurso neoclásico, quien formulara una formula cercana a esta idea, hace ya medio siglo. Abogaba por una ayuda pública para los indigentes (sic) en forma de un impuesto negativo sobre la renta, resaltando el uso de este instrumento fiscal como modo adecuado de minimizar los posibles efectos adversos –generadores de incentivos negativos– para la actividad económica y laboral derivados de tal medida".

[4] Así, en https://agenciatigris.blogspot.com/2014/01/trabajar-para-vivir-el-trabajo-en-la.html se señala a este respecto que "está documentado que se celebraban con relativa frecuencia momentos especiales de la vida individual, tales como bodas o bautizos, o de la vida colectiva, como tradiciones locales más allá de las oficialmente reconocidas por la iglesia. Se estima que la media de tiempo libre en el Reino Unido, Francia y España era de aproximadamente 100 días, 180 y 150 respectivamente. Evidentemente estos cálculos son aproximados y sujetos a variaciones, pues sólo del pasado reciente existen datos exhaustivos sobre este asunto". Tiempo libre, en días, que resulta incluso igual o superior a lo que estamos disfrutando en estos años, después de descensos continuados en la jornada de trabajo desde la primera Revolución Industrial.

producción capitalista, en su vertiente industrial[5]. Con un modelo de producción antagónico al capitalismo (sin la premisa de crecimiento continuo, lo que se suele denominar como *economías estacionarias*) el tiempo de trabajo necesario para la consecución de las necesidades básicas de la población, solía dejar amplio espacio para la *holganza*. De modo tal que se trabajaban, en la Edad Media, entre 100 a 200 días al año, bastante menos de lo usual en nuestros días.

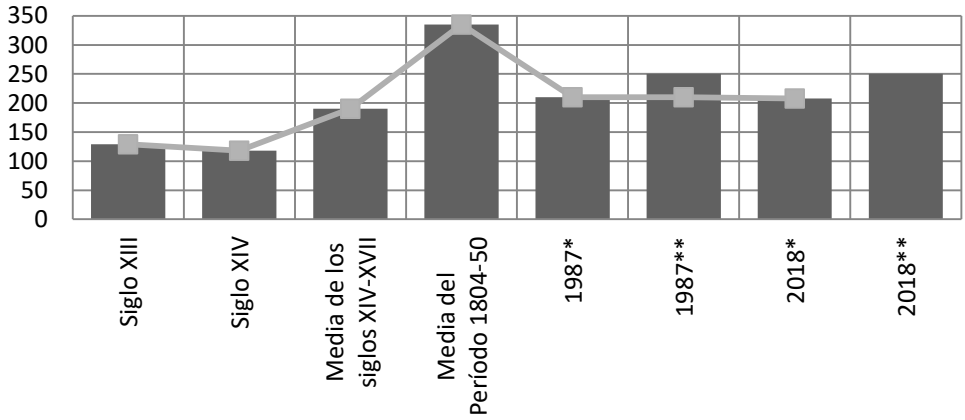



**Figura 1.** Días trabajados por un trabajador adulto en el Reino Unido
* Considerando semanas de 5 días
** Considerando semanas de 6 días
Elaboración propia con datos de Schor (1991) & OECD Database.

La historia posterior supone un aumento sustancial de las horas de trabajo para la población ocupada. Con la implantación y desarrollo del modo de producción capitalista, desde sus albores, en la I Revolución Industrial en el siglo XVIII, se va extendiendo una situación en la que la población ocupada dedica siete días a la semana con jornadas diarias que superaban las 12 horas. Lo que podría hacer llegado a más de trescientos días de trabajo al año, con una carga horaria por encima de las 3.000 horas anuales[6].

A partir de aquí, se experimenta una continua reducción del tiempo de trabajo. Así, entre los años 1870 y 1990, la duración media anual del tiempo trabajado ha pasado de más de 3.000 horas a las 1.500-2.000 horas que se dedican en la actualidad (Maddison, 1998). La diferencia entre los países también es destacable aún en el momento actual. En un primer grupo, con jornadas anuales más largas, se encuentran Estados Unidos y Japón (en torno a 1.850-2.000 horas); por el contrario, en ciertos países europeos, como los Países Bajos o Noruega, las cifras reflejan una media inferior a 1.400 horas de trabajo anuales, mientras que en el resto de países de la Europa continental se sitúa entre 1.550 y 1.800 horas anuales (Figura 2).

[5] Incluso con anterioridad a este periodo, en las sociedades cazadoras y recolectoras, Guillon (2001), señala como los aborígenes australianos o los de la actual Sudáfrica, apenas dedicaban 3 horas diarias a proveerse de los alimentos y otros bienes que requerían para su subsistencia.

[6] Manuel Castells lo interpreta en términos de horas trabajadas a largo de la vida laboral, señalando que "el tiempo de trabajo ha disminuido a lo largo de los siglos XIX y XX en todos los países desarrollados/…/ en 1850 un trabajador realizaba 150.000 horas de trabajo en toda su vida; en 1900 había bajado a unas 130.000 horas, en 1950 de unas 110.00 y en el año 2000 se había reducido a unas 75.000 horas (Castells, 1997).

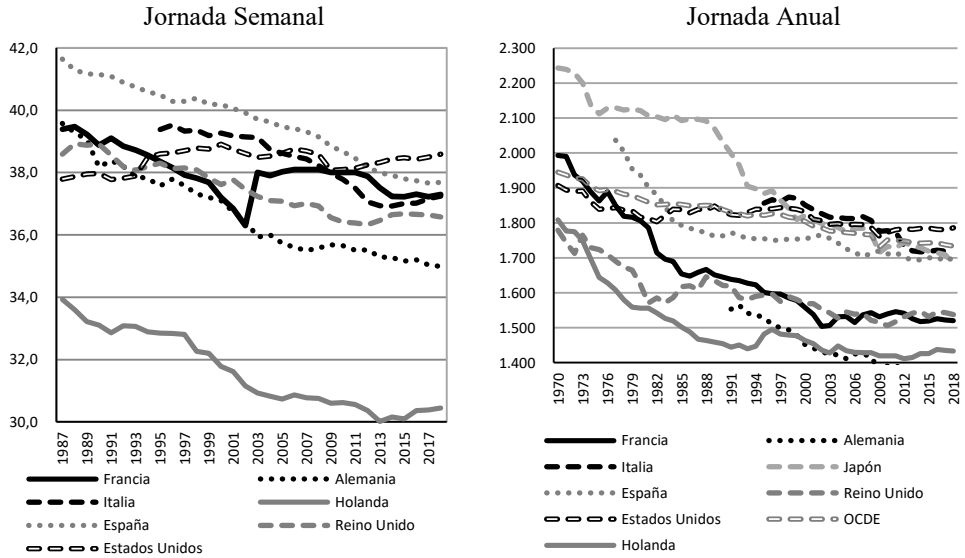



**Figura 2.** Evolución de la jornada usual semanal y jornada anual de trabajo por trabajador.
Fuente: Elaboración propia con datos de OECD (https://stats.oecd.org/#)

Así pues, la reducción del tiempo de trabajo continua hasta nuestros días (Figura 2). Por dos vías básicas; bien como resultado de la presión de los asalariados, que se materializa en la negociación colectiva o en la reforma de las normas laborales que regulan la jornada, o bien por la propia dinámica y características del crecimiento económico, que requiere de menos intensidad laboral en la producción y de más demanda de consumo, para lo requiere de más tiempo libre de los trabajadores.

En los tiempos más recientes, pareciera que la reivindicación sobre la jornada de trabajo hubiera quedado en el cajón del olvido. En los propios documentos de la OIT, surgidos al calor del centenario de esta organización esta histórica reivindicación de los asalariados ocupa un plano no muy destacado. Así, en la propia Declaración *del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, se adopta un enfoque sobre este tema más centrado en la calidad del trabajo (y de la vida, en general) y no tanto vinculando tiempo de trabajo a reparto del mismo, en respuesta a los hipotéticos recortes en la demanda a causa de robotización u otras formas posibles de aceleración del cambio técnico[7].

En una perspectiva semejante se mueve el informe del grupo de Expertos de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, creado a impulsos de la OIT, que sobre el

[7] En OIT, (2019a), dedicado al centenario de la OIT, se señalan como demandas hacia el futuro, en el objetivo del trabajo decente, que hay que:
Ampliar la soberanía del tiempo. Los trabajadores necesitan mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, al tiempo que satisface las necesidades de la empresa.
Aprovechar la tecnología para ampliar la elección y lograr un equilibrio entre el trabajo y la vida personal puede ayudarles a alcanzar este objetivo y enfrentar las presiones que vienen con la falta de definición de los límites entre el tiempo de trabajo y tiempo privado.
Se requerirán esfuerzos continuos para implementar al máximo límites en el tiempo de trabajo junto con medidas para mejorar la productividad, así como las garantías de horas mínimas para crear opciones reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo".

tema que nos ocupa señalaba como "El fortalecimiento de las instituciones del trabajo a fin de ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores y la reafirmación de la continua pertinencia de la relación de trabajo como medio para proporcionar seguridad y protección jurídica a los trabajadores, reconociendo el alcance de la informalidad y la necesidad de emprender acciones efectivas para lograr la transición a la formalidad. Todos los trabajadores deberían disfrutar de una protección adecuada de conformidad con el Programa de Trabajo Decente, teniendo en cuenta:

i el respeto de sus derechos fundamentales;

ii un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado;

iii *límites máximos al tiempo de trabajo*, y

iv la seguridad y salud en el trabajo." (OIT, 2019b)

Perspectivas que, en alguna medida, coincidirían con la opinión de algunos analistas que vienen a plantear como la reducción de jornada es un tema que tras el logro de la jornada de ocho horas diarias no ha avanzado sustancialmente. Lo cual no deja de ser más que un argumento formal, pues si bien puede ser cierto que esta jornada diaria es la que está vigente en la mayoría de las legislaciones nacionales o acuerdos internacionales, no lo es su equivalente en términos de jornada semanal o anual, tanto en lo que se refiere a los contenidos de las normas laborales como en lo relativo a evolución de las horas efectivas de trabajo realizadas.

En términos normativos, se ha ido evolucionando desde la jornada semanal de 48 horas en la mitad del pasado siglo (en España, en el Estatuto de los Trabajadores inicial, de 1980, se recogía ese máximo de jornada semanal) hasta la actualmente más generalizada de 40 horas en la semana y periodos vacacionales que alcanzan un mes, reduciendo así también la jornada anual legal.

Y, también en el caso español, la evolución posterior a la promulgación del ET, a tenor del incremento de la productividad que conlleva el proceso de innovación tecnológica y las presiones sindicales y de otras instituciones continuas en favor de la reducción de las horas de trabajo, ha ido marcando una tendencia hacia una disminución paulatina de la jornada laboral. Como muestra la Figura 2, en el año 1978 se trabajaban en media, en España, cerca de 2050 horas al año y en el 2018 se había descendido por debajo de las 1700 horas.

Lo mismo ocurre en otros países desarrollados (Figura 2), aunque los descensos registrados no son tan intensos como en el caso español. Tal evolución de la jornada laboral ha sido un factor básico, particularmente en España, para absorber el fuerte incremento experimentado en la productividad del trabajo en el último cuarto del siglo pasado.

Esta tendencia a la reducción del tiempo de trabajo por ocupado, en la medida en que la intensificación del cambio tecnológico siga avanzando ha de continuar, para que el impacto sobre el empleo sea compensado, trabajando igual o más número de personas, pero menos horas (diarias, semanales, anuales o a lo largo de la vida laboral).

## 3. TECNOLOGÍA Y CREACIÓN DE EMPLEO: LA CLAVE ESTÁ EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS GANANCIAS DE PRODUCTIVIDAD

A este respecto son muy ilustrativas las conclusiones de un estudio de hace un par de años de la consultora internacional McKinsey, donde se constata, tras un análisis empírico realizado en más de 60 países, que "las nuevas tecnologías han estimulado la creación de muchos más empleos que los que han destruido y algunos de los nuevos consisten en ocupaciones que no se podía ni imaginar en un principio" (McKinsey Institute, 2017:4). La secuencia histórica de la estructura sectorial de la producción capitalista nos muestra claramente la constatación de esta afirmación (Idem:34, Exhitibt 5).

Cabe, no obstante, observar algunas cualidades distintas del actual proceso de innovación tecnológica respecto a los anteriores episodios revolucionarios del pasado y, en función de esa disimilitud, obtener algún resultado distinto en cuanto al saldo neto de empleo que se derive de la implantación paulatina de máquinas, como los robots diseñados en un entorno de inteligencia artificial.

En primer lugar, hay que considerar que el impacto del avance en la robotización sobre el empleo dependerá, contrastando con otras fases históricas de innovación tecnológica, de:

1) la velocidad que adopte el cambio tecnológico, de modo tal que a medida que el avance del cambio tecnológico sea más rápido la proporción de trabajadores desplazados será de mayor dimensión y

2) cuanto más amplia, sectorialmente hablando, sea la implantación de dichas nuevas tecnologías mayor será la proporción de trabajadores afectados por el desplazamiento en su empleo.

Ambas dinámicas pueden derivar en un aumento más o menos intenso de la tasa de desempleo en el corto plazo. Sin duda, que las autoridades económicas habría de enfrentarse a esta situación, con el fin de facilitar la transición tecnológica, apoyando a los que pierdan por tal motivo sus rentas de trabajo, con subsidios y mejora de su empleabilidad para facilitar una nueva inserción al mercado laboral.

No obstante, en este sentido, cabe apuntar que, hasta la fecha, la más reciente oleada de innovación tecnológica ha operado en favor del incremento de la productividad, pero de forma limitada. De modo tal que, si bien en algunos sectores donde se aplican con mayor intensidad los avances de la digitalización y la robotización el aumento de la producción por unidad de trabajo se ha incrementado notablemente, en otros, particularmente en los servicios más intensivos en trabajo de media baja cualificación, el avance no ha sido tan espectacular. De hecho, a la altura de 2018, las líneas de tendencia de las curvas de evolución de la productividad laboral se sitúan por encima de la propia curva, indicando que el crecimiento de este factor se ha ralentizado en estos primeros años del siglo XXI, con la excepción de EE. UU, donde se experimenta un avance importante en los últimos años (Figura 3).

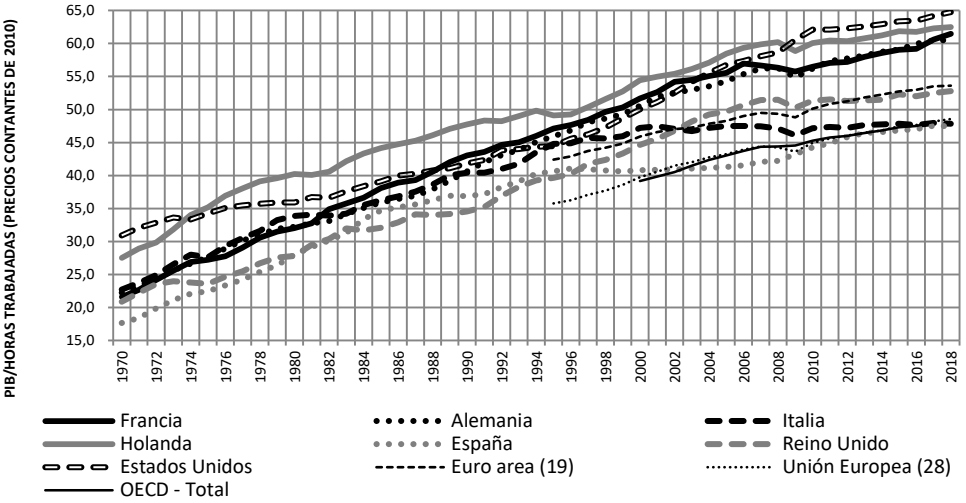



**Figura 3.** Evolución de productividad laboral en varios países de la OCDE en los últimos 50 años (PIB por hora trabajada en $ constantes de 2010).
Fuente: Elaboración propia sobre datos OECD Database.

Lo cierto es que un análisis histórico de lo acaecido sobre la cantidad de empleo destruido o creado en las anteriores "Revoluciones Industriales", no depara unas conclusiones tan agoreras como las que hoy escuchamos acerca de las implicaciones del intenso cambio tecnológico en el que estamos inmersos.

Se ha señalado reiteradamente por numerosos pensadores económicos como el cambio tecnológico significa un incremento notable de la productividad del trabajo. Lo cual puede desencadenar procesos de destrucción, pero simultáneamente también de creación de empleo en una cadena de "destrucción creadora" cómo indicaba ya hace ya casi un siglo, el economista austriaco Joseph Schumpeter. El resultado de ese proceso, ha deparado siempre, al menos en el largo plazo, en el crecimiento del volumen global de empleo. En términos macroeconómicos, los incrementos de la productividad del trabajo derivados del cambio tecnológico impulsarían un incremento de rentas que a su vez promoverían el aumento de la demanda agregada y, por extensión, se induciría un incremento del empleo. Algo ya conocido, aunque, sin duda, en el corto plazo afectará negativamente a muchos trabajadores, desplazados de sus puestos de trabajo que o bien van siendo sustituyendo por máquinas o bien los sectores productivos en los que trabajan sucumben a la aparición de nuevas tecnologías. Es lo que ocurrió, por ejemplo, tras la incorporación de las nuevas máquinas con motores de combustión a la agricultura, que supuso un enorme desplazamiento de trabajo aplicado en el sector agrario, hacia sectores industriales o de servicios en expansión.

Según Robert Skidelsky (2019), "es evidente que la teoría económica no ofrece una respuesta clara acerca del efecto de largo plazo de los efectos del progreso tecnológico sobre el empleo. La mejor conclusión a la que podemos llegar es que el impacto dependerá del equilibrio entre la innovación de procesos y la de productos, y de factores como el estado de

la demanda, el grado de competencia en el mercado y el equilibrio de poder entre capital y trabajo"[8].

De un lado, conviene tener en cuenta que la tecnología puede destruir empleos, pero no trabajo. Conviene no caer en la confusión de ambos conceptos. Bien es cierto, no obstante, que las características del cambio tecnológico al que nos enfrentamos pueden ser decisivas en la modificación de algunos de los atributos históricos del trabajo, que no en su concepto fundamental, cuál es sus dificultades para la *movilidad geográfica*.

La expansión de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) está incidiendo de modo sustancial en dicho atributo. La indisoluble vinculación física y mental del trabajo a sus propietarios, las personas, ha significado en el pasado que la movilidad geográfica de aquel se enfrentara a barreras de toda índole para los desplazamientos físicos de personas y familias. Ahora, las TICs posibilitan "mover" el trabajo, *online*, para su concreción en actividades que se demandan en otros escenarios geográficos, sin que físicamente se produzca un desplazamiento de la persona con su lugar de residencia. Eso introduce una enorme flexibilidad en la relación laboral, en lo que hasta ahora había sido el patrón habitual del tiempo de trabajo[9].

Y de otro lado, y en términos cuantitativos, el posible diferencial sobre los efectos en la cantidad de empleo creado o destruido, derivada del actual proceso de cambio tecnológico, dependerá de: 1) la *velocidad de dicho cambio*, de tal modo que a medida que avance más rápido, la proporción de trabajadores desplazados aumentará también a mayor ritmo, 2) la *extensión sectorial* en la implantación de las nuevas tecnologías, ya que a mayor número de sectores implicados mayor será también el número de trabajadores por ello afectados. Sin duda, como ocurrió en anteriores ocasiones en el corto plazo y teniendo en cuenta tales posibles diferencias del cambio tecnológico actual, puede deparar un incremento más o menos notable del desempleo a corto plazo, que particularmente afectará a aquellos trabajadores cuyos empleos están sometidos a mayores dosis de rutinización en su aplicación práctica. De aquí que los efectos en la estructura social pueden profundizar en la dualidad creciente que ya estamos observando.

Todo ello, puede justificar una reforma más o menos integral de las normas laborales[10], pero no necesariamente en cuanto del principio básico sobre el que se ha ido

[8] En esa línea, Skidelsky (2019) enfatiza que "La mejor conclusión a la que podemos llegar es que el impacto [de la tecnología sobre el empleo] dependerá del equilibrio entre la innovación de procesos y la de productos, y de factores como el estado de la demanda, el grado de competencia en el mercado y el equilibrio de poder entre capital y trabajo". E insistiendo en este último factor, Paul Krugman (2019) afirmaba que "Para una parte importante del stablishment político y mediático, hablar de robts, del determinismo tecnológico, es en realidad una táctica de distracción. Es decir, culpar a los robots por nuestros problemas es una manera fácil de parecer moderno y con visión de futuro y una excusa para no apoyar políticas que aborden los problemas reales del crecimiento débil y de la creciente desigualdad" (Krugman, 2019).

[9] De acuerdo con Mandl y Vargas Llave (2019) "alrededor de una quinta pare de los trabajadores de la Unión Europea realizan teletrabajo desde casa o realizan trabajo móvil basado en las TIC: trabajan ocasional o regularmente", desde algún lugar que no sea un centro de trabajo principal, como un tren o una cafetería, dependiendo en gran medida de dispositivos móviles". El teletrabajo varía desde un 8 por ciento en Italia, a un 15 por ciento en España o un 33 por ciento en Dinamarca, según la Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo de 2015.

[10] Para un análisis detallado de los procesos de reforma acaecidos al calor de la Gran Recesión (2008-2014) puede consultarse Heredero de Pablos, M.I. & Ruesga Benito, S.M. (2017).

históricamente construyendo, la *protección del trabajo* en un mercado al que concurre en condiciones asimétricas de poder de negociación. Porque nos enfrentamos a propuestas de reformas, que a menudo responden más a apriorismos ideológicamente condicionados que al resultado de un análisis riguroso de la realidad del cambio tecnológico y de sus implicaciones sobre la dinámica del empleo. Para lo cual la historia pasada nos ilustra de forma clara y precisa, con resultados más bien satisfactorios en cuanto a la generación de empleo como resultado de cambios tecnológicos profundos.

## 4. REDUCIRLA JORNADA Y REORDENAR EL USO DEL TRABAJO

Una reducción de la jornada laboral puede venir acompañada por una reorganización del trabajo. Esta reorganización o reordenación del trabajo permite un mejor aprovechamiento de la capacidad productiva (del stock de capital), gracias a una mejor y mayor utilización de los equipos de producción (por ejemplo, estableciendo distintos turnos que permitan mantener en funcionamiento, a lo largo de la jornada, durante más tiempo las máquinas). Esta mayor duración del uso del capital instalado hace que los costes unitarios del capital disminuyan (ya que el equipamiento instalado puede llegar a producir más), lo que, a su vez, permitirá mantener un precio competitivo, así como el nivel de beneficios y de salarios.

Con suficiente flexibilidad interna, dicha reorganización del trabajo, a su vez, puede tener efectos positivos sobre la dinámica de la productividad y, por tanto, compensar la elevación de los costes laborales unitarios derivados de la reducción de la jornada sin alterar los salarios-hora.

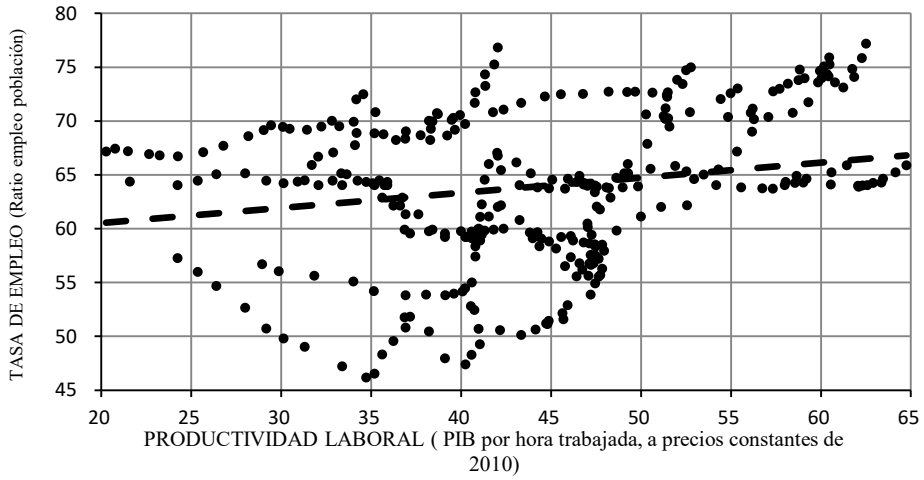



**Figura 4.** Relación entre Tasa de empleo y productividad del trabajo (Evolución 1970-2018) para ochos países de la OCDE (datos acumulados).
Fuente: Elaboración propia con datos OCDE-Data base.

Y es que la evidencia estadística de los años pasados no avala la idea de que la productividad destruye empleo. Si relacionamos los datos de productividad laboral en varios países europeos (acumulados secuencialmente) con las correspondientes tasas de empleo para el periodo 1970-2018 Figura 4) la línea de tendencia que dibujan los datos es ascendente

indicando –más allá de su significatividad estadística– que a mayor nivel de productividad laboral le corresponde una tasa de empleo más elevada. No deja de ser una simple correlación de datos, pero que, en todo caso, sirven para descartar una relación inversa entre ambas variables. Si esto –una relación inversa de productividad y empleo– no ha ocurrido en los pasados cincuenta años ¿por qué sí habría de ocurrir en el futuro?

Abundando en el análisis de relaciones estadísticas, en la Figura 5 se observa la inexistencia de una relación negativa del nivel de la jornada anual tanto con el empleo como con la productividad, con datos construidos con las series anuales de las tres variables para siete países de la OCDE desde 1970 a 2018. Obviamente no se trata de mostrar relaciones causales entre las mismas, pero si es posible descartar con estos datos efectos adversos de jornadas reducidas sobre o bien el nivel de empleo (tasa de empleo, indicando el grado de utilización del trabajo disponible) o bien el nivel productivo (PIB por hora trabajada) de cada país.

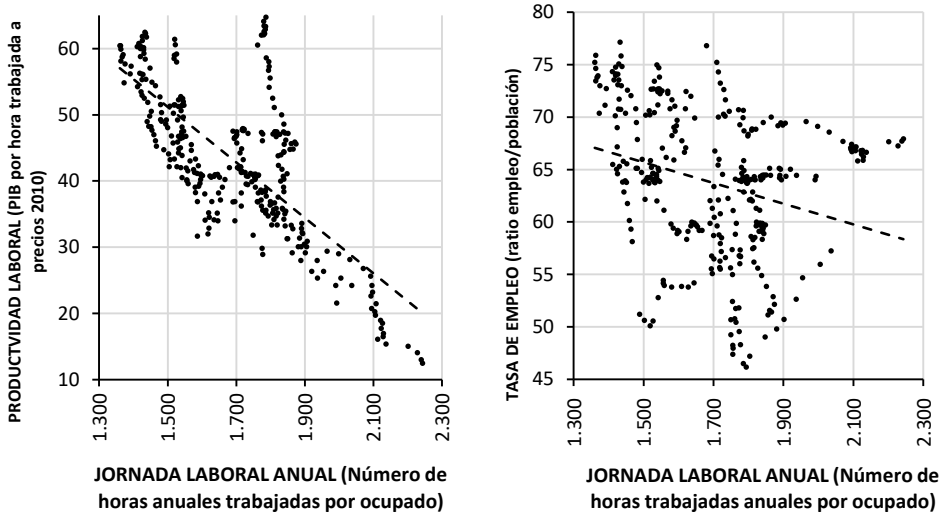



**Figura 5.** Relación entre productividad del trabajo y la tasa de empleo y la duración de la jornada laboral, con datos acumulados para ochos países de la OCDE (Evolución 1970-2018).
Fuente: Elaboración propia con datos OCDE-Data base.

Los mecanismos que favorecen la creación de empleo a partir de una disminución de la jornada laboral se basan en dos premisas: reorganizar los tiempos de trabajo y/o compensar esa disminución a través del descenso del coste laboral unitario (que no necesariamente del salario percibido). A partir de esta idea, las diferentes políticas de empleo que actúan reduciendo el tiempo de trabajo se pueden dividir entre aquéllas que inciden directamente en la duración de la jornada laboral, las dirigidas a impulsar el uso del trabajo a tiempo parcial, o las políticas orientadas al reparto de trabajo propiamente dicho. Tomando como ejemplo la situación de distintos países europeos –en los que se han adoptado distintas formas de disminuir el tiempo de trabajo, como pueda ser por la actuación directa mediante ley, o por la extensión del contrato a tiempo parcial–, se puede analizar la bondad y efectividad de estas medidas en cuanto a su objetivo de generación o mantenimiento de los niveles de empleo.

## 5. SOBRE EL FUTURO DEL EMPLEO SE PUEDE ACTUAR

En última instancia, cabe afirmar que la reducción de la jornada de trabajo, en sus diferentes modalidades (sea a través de la reducción directa de la jornada laboral, el cómputo anual del tiempo de trabajo, el aumento de los días festivos y las vacaciones o, sobre todo, mediante el uso creciente del empleo a tiempo parcial) permite ajustar mejor, al flexibilizar el uso del trabajo, la maquinaria productiva a las necesidades de la oferta productiva (y, por tanto, de la demanda de trabajo) en el horizonte de globalización y robotización al que nos estamos ya enfrentando. Bajo esta premisa los gobiernos pueden impulsar esta medida de ajuste permanente de la oferta de trabajo al empleo disponible, con, entre otros instrumentos, las políticas activas de mercado de trabajo.

Considerando las variables en juego (valor añadido generado por hora trabajada y el reparto del mismo entre salarios, beneficios y reducción del tiempo de trabajo) se pueden desarrollar diferentes actuaciones que impulsen cambios en organización del trabajo y, en última instancia, reducción directa de la jornada de trabajo a través de la normativa laboral, reduciendo de la vida laboral, modificando los parámetros de entrada y salida a la misma, o extendiendo la vigencia de los contratos a tiempo parcial (modificando sus características para aumentar sustancialmente la aceptación de los mismos por una mayor proporción de asalariados). No es baladí traer aquí a colación la predicción de Keynes en 1930, cuando dirigiéndose a los nietos de su generación[11], "vaticinó que, bajo una serie de hipótesis, dentro de 100 años, en 2030, las sociedades de los países avanzados estarían en condiciones de satisfacer todas sus necesidades materiales, con un esfuerzo laboral máximo de tres horas diarias" (López del Paso, 2013:99).

Sigue abierto el debate, en múltiples planos, pero hay una puerta abierta al optimismo ante los nubarrones oscuros que algunos autores otean en la robotización que nos acecha. Como siempre ha ocurrido en los momentos de transición entre dos épocas todo es cuestión de acertar con la adecuada combinación de pactos sociales, que definan el reparto del valor añadido generado en el proceso de producción. De momento, podemos hablar de jornadas de 8 ó 7 horas diarias, por cuatro días semanales, para seguir avanzando en esa dirección de más ocupados y menos horas (Ruesga y Murayama, 1999) como horizonte de un nuevo pacto social en el comienzo de la era de la robotización.

[11] Ensayo ("Economic Possibilities for Our Grandchildren") que se puede encontrar en Keynes, J.M. (2010: 321-332).

# Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

# CARLOS DEL PESO Y CALVO (1910-1992): El largo y controvertido proceso de construcción del sistema de Seguridad Social

# CARLOS DEL PESO Y CALVO (1910-1992): The long and disputed process of construction of the social security system

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

> *"Parece que toda arte y toda investigación, e igualmente toda actividad y elección, tienden a un determinado bien; de ahí que algunos hayan manifestado con razón que el bien es aquello a lo que todas las cosas aspiran. Aunque es claro que existe una diferencia entre los fines: en efecto, en unos casos hay actividades, mientras que en otros hay ciertas realizaciones que acompañan a éstas. En los casos en que acompañan a las actividades determinados fines, en éstos son mejores por naturaleza las realizaciones que las actividades".*
>
> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*[1]

## 1. PENSAMIENTO JURÍDICO-SOCIAL: SU APORTACIÓN ESPECÍFICA A LA PREVISIÓN SOCIAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

Carlos del Peso Calvo (1910-1992), fue uno de los profesores universitarios más dedicados a la enseñanza e investigación en materia de Previsión y Seguridad Social. Ya hemos podido comprobar en esta sección de clásicos, cómo hemos tenido en España (fenómeno, éste, también compartido con otros Estados europeos) un cierto desdoblamiento de brillantes profesionales tanto en la vertiente de técnicos "internos" de las instituciones de Seguridad Social y de "especialistas académicos/universitarios" en esta materia. Pues bien, Carlos del Peso Calvo perteneció a esta última categoría. Fue Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo en la Universidad de Madrid (y después de la Universidad Complutense de Madrid) y abogado en ejercicio. Su vida universitaria se incardina bajo el gran magisterio de Gaspar Bayón Chacón. En cada curso, a partir del de 1963-1964, el Seminario de Derecho del Trabajo, venía organizado un curso monográfico con un sistema de "Lecciones"

[1] ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, traducción, introducción y notas de J.L. Calvo Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 2001 (4ª reimpresión, 2005), Libro I, 1094ª, pág. 47.

dedicadas a diversos aspectos de un mismo tema central. Así se pudieron ofrecer al público diversos libros titulados: "Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad social", 1964; "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo", 1965; "Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa", 1967; "Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo", 1968. Alteraciones de la normalidad universitaria impidieron celebrar el del curso 1967-68. De ahí que se reiniciara en febrero de 1969 las "Dieciséis lecciones sobre causas de despido"; alcanzando finalmente a las "Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales" (1977). Con ello se formó una serie de "Lecciones" que vinieron ofreciendo, desde su comienzo en el año 1964, primero en la Cátedra única y después las dos existentes de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (A partir creación de las dos Cátedras las "Lecciones" tendrían como prologuistas a Gaspar Bayón Chacón y a Manuel Alonso Olea)[2]. Esta actividad de seminario y publicaciones monográficas subsiguientes tendrían continuidad sobre el tratamiento de distintas materias. En estos seminarios y publicaciones participó activamente (seminarios y publicaciones) Carlos del Peso y Calvo[3].

Carlos del Peso Calvo fue un pensador marcado por la influencia cristiana, aunque sin adscripción a la corriente del catolicismo social conservador imperante –o al menos muy extendida- por entonces en España. Defendió los postulados de la doctrina social de la Iglesia más avanzada en su época[4]. Él apostó por la construcción de un sistema de Seguridad Social completo y unificado, siguiendo el camino trazado por la Organización Internacional del Trabajo (Convenio OIT (1952), núm. 102, Norma mínima de Seguridad Social)[5] y los países más avanzado de Europa[6].

En su proyección destacan obras importantes sobre el proceso de formación histórica de la Seguridad Social (señaladamente, su justamente conocida obra *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social. Apuntes históricos y comentarios,* publicada en 1967) y estudios de aspectos relevantes sobre el régimen jurídico y las instituciones fundamentales de la misma (de las cuales debe destacarse con luz propia sus trabajos en

[2] La serie está compuesta por: "Diez lecciones sobre la nueva seguridad social"; "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo"; "Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa"; "Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo"; "Dieciséis lecciones sobre causas de despido"; "Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo"; Dieciséis lecciones sobres salarios y sus clases"; "Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de seguridad social"; "Dieciséis lecciones sobre casación en lo laboral"; "Quince lecciones sobre convenios colectivos"; "Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales".

[3] "Creación y funcionamiento de los Jurados de Empresa", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1967; *Ibid.,* "La fuerza mayor propia", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e intercambios de la Facultad de Derecho de Madrid, 1970; *Ibid.,* "Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo como causa justa de despido", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre causas de despido,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e intercambios de la Facultad de Derecho de Madrid, 1969.

[4] Véanse, en este sentido, las reflexiones recogidas en su libro *La Encíclica "Mater et Magistra" de S.S. Juan XXIII en la Doctrina Social de la Iglesia,* Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo-Instituto Nacional de Previsión (Serie Estudios, vol. 63), 1962.

[5] En cualquier caso, conviene recordar que el Instrumento de ratificación de dicho Convenio de la OIT se realiza en 1988, «BOE» núm. 240, de 6 de octubre de 1988.

[6] DEL PESO Y CALVO, C.: *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo,* Barcelona, Ed. Bosch, 1958, espec., 169 y sigs.

materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales[7] y la regulación internación del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social[8]. Pero también otras muchas materias del Derecho de la Seguridad Social y del Derecho del Trabajo[9]).

En su pensamiento estaba presente la necesidad de construir un "Régimen Unificado de la Seguridad Social", que en su opinión, fue lo que estaba previsto por la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963. Ello no obstante, para él esta Ley de Bases de Seguridad Social y la legislación de desarrollo subsiguiente no surgió de la nada, puesto que en las fechas anteriores a aquellas en que se estructuró el nuevo Régimen vigente de la Seguridad Social española, existían en nuestro país un conjunto de instituciones protectoras de los distintos riesgos, que abarcaban la cobertura de la casi totalidad de los mismos. De ahí que afirmará "si no nos era dable hablar de un "Sistema de Seguridad Social", entendido al estilo moderno y tal cual se concibe teóricamente bajo los presupuestos de un ordenamiento unificado, sí se podía afirmar que, lo que poseíamos, en su fondo y por su amplitud, tenía ese mismo carácter"[10].

En el proceso de desarrollo de la legislación social considera que tuvo un papel muy importante la Iglesia Católica con su Doctrina Pontificia plasmada en sus Encíclicas sociales,

[7] DEL PESO Y CALVO, C.: *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Legislación, Jurisprudencia y disposiciones concordantes*. Barcelona, Ed. Bosch, 1957; *Ibid.,* "El concepto de trabajador en la legislación de accidente de trabajo", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 3, Madrid, 1959, págs. 793 a 867; *Ibid.,* "Accidente in itinere", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 1, Madrid, 1961, págs.81 a 114; *Ibid.,* "Pasado, presente y futuro del accidente in itinere", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 2, Madrid, 1968, págs.241 a 279.

[8] Está fue una preocupación constante en el quehacer de Carlos del Peso y Calvo. Prueba de ello son trabajos específicos al respecto, DEL PESO Y CALVO, C.: *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo,* Barcelona, Ed. Bosch, 1958, espec., 169 y sigs.

[9] Por ejemplo, DEL PESO Y CALVO, C.: "El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo", en *Revista de Política Social,* núm. 71, Julio/Septiembre de 1966, págs. 103-114; *Ibid.,* "La rehabilitación y recuperación del hombre trabajador, meta principal del nuevo régimen de Seguridad Social", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* núm. 4, Madrid, 1964; *Ibid.,* "Creación y funcionamiento de los Jurados de Empresa", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa,* Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1967; *Ibid.,* "Antecedentes históricos de la regulación de los conflictos colectivos en Derecho español, desde el Fuero del Trabajo hasta el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre", en VV.AA.: *Quince Lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo,* Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones y Seminarios (Seminario de Derecho del Trabajo), 1968; *Ibid.,* "La fuerza mayor propia", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e intercambios de la Facultad de Derecho de Madrid, 1970; *Ibid.,* "Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo como causa justa de despido", "Apéndice legislativo sobre causas de despido", ambos en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre causas de despido,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e intercambios de la Facultad de Derecho de Madrid (Seminario de Derecho del Trabajo), 1969; *Ibid.,*"Los incentivos en las Reglamentaciones y Ordenanzas laborales", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases,* Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambios. Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), 1971.

[10] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social: apuntes históricos comentados,* Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid/Talleres Gráficos Vda. de C. Bermejo, 1967, pág. 14, con alusión a los Comentarios por él realizados en las sucesivas ediciones de su obra recopiladora, *Legislación Laboral Básica,* desde su primera edición de 1956.

la *Rerum Novarum,* de León XIII, en 1891, más tarde la *Quadragésimo Anno,* de Pío XI, en 1931 y *Encíclica "Mater et Magistra"* de S.S. Juan XXIII[11].

En los inicios de la acción protectora del Estado encontraba razones complejas derivadas no sólo de la "justicia social", sino también de la autodefensa del Estado: "Los Estados, sin diferencias notables en su forma de actuar, ampararon en primer lugar el llamado riesgo de accidente de trabajo por una razón de autodefensa más que de justicia social. No hay que olvidar que, tras la etapa de lucha…, con pujanza de la clase trabajadora, lograda a virtud del reconocimiento encubierto de sus características específicas como conjunto o masa que había de influir grandemente en la política de los países, provocó en los Gobiernos que venían en regirlos, una cierta sensación de temor; posiblemente…, los Estados en aquellos momentos primeros del siglo, no valoraron debidamente el enorme influjo que la asociación de los trabajadores habría de producir en la política de los Estados; más aunque su forma de ver la situación distara bastante de la realidad y, sobre todo, le faltara una proyección hacia el futuro, lo cierto es que barruntaron que no podía ya seguir el estado de cosas que hasta entonces había perdurado, que era preciso tener en cuenta lo que los trabajadores solicitaban, y, sobre todo, que tenían que otorgar determinados beneficios como una concesión, para evitar –así lo creyeron- que las aguas se salieran de madre, y lo que era pequeño chubasco se convirtiera en una terrible borrasca"[12].

En la evolución histórica subraya el progresivo triunfo del principio unificador de los Seguros Sociales; la superación del régimen de libertad subsidiada por el principio de obligatoriedad[13]; la emergencia del principio de solidaridad social; la importancia inicial de la constitucionalización de los principios y derechos de la Previsión y Seguridad Social y la creciente consideración de la Seguridad Social como derecho humano en las sociedades civilizadas y en las normas internacionales del trabajo[14]; comenzando por la Constitución de

[11] Véase el libro de DEL PESO Y CALVO, C.: *La Encíclica "Mater et Magistra" de S.S. Juan XXIII en la Doctrina Social de la Iglesia,* Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo-Instituto Nacional de Previsión (Serie Estudios, vol. 63), 1962. Para un recurrido histórico completo en la larga duración sobre la doctrina social de la Iglesia, puede consultarse CAMACHO LARAÑA, I.: *Doctrina social de la Iglesia. Una aproximación histórica,* Madrid, Ed. San Pablo, 1991; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador. Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

[12] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., págs.21-22. En el mismo sentido, y en una perspectiva internacional, DEL PESO Y CALVO, C.: *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo,* Barcelona, Ed. Bosch, 1958, espec., Capítulos II y III, págs. 95 y 115 y siguientes, respectivamente.

[13] Exponente de esa evolución desde el régimen de libertad subsidiada hacia el régimen de seguro obligatorio será el seguro de accidentes de trabajo (materia en la que tenía un especial interés y dominio Del Peso y Calvo), proceso en que influiría inmediatamente los Convenios de la OIT promulgado y ratificados por España. Cfr. DEL PESO Y CALVO, C.: *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., págs. 52-5; DEL PESO Y CALVO, C.: *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo,* Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

[14] Se trata de un instrumento esencial para garantizar la paz social y la integración social. Forma parte indispensable de la política social de los gobiernos y es una herramienta importante para evitar y aliviar la pobreza. A través de la solidaridad nacional y la distribución justa de la carga, puede contribuir a la dignidad humana, a la equidad y a la justicia social. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por Naciones Unidas en 1948, en su art. 22 establece que: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Por otra parte, el art. 25 de la referida Declaración define con amplitud el alcance y contenido del derecho humano a la Seguridad Social, al establecer que: "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, *(...)*

1931, en cuyo art. 46 se indicaba que "La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de Seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes, y especialmente la protección de la maternidad…". Como observa Carlos del Peso y Calvo: "La sola referencia a estos preceptos, nos ofrece amplio campo de cuáles fueron los propósitos que el nuevo régimen anunció habría de llevar a cabo"[15]. Sin embargo, su valoración fue negativa del desarrollo legislativo de las previsiones de la Constitución Republicana de 1931: "lo cierto es –afirma– que los resultados no estuvieron de acuerdo con las esperanzas que era lógico poner en la labor a desarrollar en esta etapa, habida cuenta los preceptos que se insertaron en la Constitución que vino en dar una Norma jurídica fundamental a la República española… De todas estas promesas, a los largo de los años que corrieron desde la proclamación de la República, hasta el 18 de julio de 1936, sólo se realizó la puesta en práctica del Seguro de maternidad, cuya regulación había sido anterior, pero sin una específica reglamentación, puesto que se estableció la protección a manera de complemento del Retiro obrero obligatorio, ya existente; se modificó la legislación de Accidentes, con un criterio más avanzado, en cuanto parcialmente se estableció el Seguro Obligatorio, y se extendió el amparo a los obreros agrícolas; y en las postrimerías de la vida de la República, se dictó una Ley creando el Seguro de Enfermedades Profesionales. Pero sobre todo lo demás que se había prometido, nada se hizo…"[16].

A partir del 1º de abril de 1939, se inició una nueva etapa de reconstrucción y reorganización del nuevo Estado bajo del régimen de la Dictadura franquista. Una etapa que está presidida por la promulgación de El Fuero del Trabajo. Es una etapa de un gradual y amplio desarrollo que alcanza hasta el 28 de diciembre de 1963, con la pretensión de materializar el objetivo de la unificación en el Sistema, es decir: un Régimen unificado de Seguridad Social. Concluye al respecto: Lo que en el corto plazo que corre desde 1939 a 1963 se llevó a efecto en nuestro País, fue una labor de ampliación de los seguros sociales en la lógica de un sistema de previsión social. Carlos del Peso destaca que "lo que se realizó, fue fruto de una nueva concepción de la justicia social, que si combatida en un principio por timoratos, procuro adaptarse siempre a las *doctrinas pontificias* y proclamar que en nuestra

invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". Véase DEL PESO Y CALVO, C.: *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo,* Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

[15] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., pág. 51, a lo que sigue una exposición sucinta de las realizaciones de la II República, págs. 52 y sigs.

[16] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., págs. 61-62. Una perspectiva que hace mayor justicia a las aportaciones de la legislación republicana en PRIETO GUTIÉRREZ, M.G. y BENIGNO PENDAS GARCÍA, B.: "La seguridad social en la Constitución Española de 1931", en *Revista de Política Social,* Núm. 139. Julio-Septiembre 1983. SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República. Los seguros sociales en la España del siglo XX*, Madrid, Publicado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social España (1988); MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Ed. Comares, 2007. En términos de conjunto, las líneas trazadas como perspectiva general de la previsión social se prolongan a lo largo de la Segunda República. Sin embargo, a pesar de ciertos avances, se constata la existencia de nuevos problemas de base, provenientes de la crisis económica mundial de 1929 y de sus repercusiones negativas en nuestro País y se diseñan en el campo de los seguros sociales objetivos de mayor alcance por parte de las nuevas formaciones políticas y de las élites del Instituto Nacional de Previsión. Se inicia la etapa republican con la meta de la unidad de los seguros sociales que trata de salir al paso de la dispersión organizativa y administrativa de programas y de las desigualdades de protección dispensada. Con todo, las medidas se realizaran, pero continuarán sin adecuarse enteramente a las exigencias de protección de las clases subalternas.

Patria el espíritu de justicia social presidió la actuación del Estado, de lo que un reflejo, aunque fuera fragmentario, lo constituyó la labor realizada en la protección de los infortunios del trabajador, de una parte, y de los que precisaban amparo, de otra"). Lo que sigue en la labor desarrollada del 28 de diciembre de 1963 al 21 de abril de 1966, que supuso la estructuración de un Régimen unificado de Seguridad Social[17].

Del Peso y Calvo se detiene en el fundamento legal de la Ley de Bases: La promulgación de la Ley de Bases primero, y de las Leyes articuladas que se dictaron después en su desarrollo, "constituyó una auténtica *sorpresa*; para las Entidades privadas, existió el íntimo convencimiento de que estas Disposiciones nunca serían aprobadas, y pese a ello, los hechos se sucedieron de forma diferente. Si la Ley de Bases fuera promulgada, si su contenido ha obedecido a directrices de unicidad del sistema, y si la aprobación se ha llevado a cabo, es lo cierto que las esperanzas de los que estimaban que ello no se produciría, han quedado defraudadas"[18]. Destaca las líneas de continuidad con los precedentes y enfatiza la relevancia de la justificación y directrices de la Ley[19]. Subraya –con la parte IV. "Significado y alcance de la reforma– la unidad de los económico y de lo social". Según la Parte IV: "La revisión del sistema se ha conectado con el Plan de Desarrollo, con el fin de facilitarle uno de sus supuestos esenciales, y en la convicción de la estrecha interrelación existente entre el desarrollo económico y social"[20].

Asimismo subraya el papel de los principios cardinales de la Ley de Bases destacando el principio de solidaridad social. En efecto, con apoyo en Manuel Alonso Olea, hace suya su reflexión: "El Proyecto de Seguridad Social, una Ley general de Seguridad Social es un espíritu, es una idea, y más que una idea es un ideal; *es un ideal de convivencia*, porque lo que lleva tras de sí es uno de los sentimientos clave para que una comunidad pueda existir como tal, es el sentimiento de *solidaridad* entre sus componentes. Y de solidaridad allá donde es más necesaria, que es donde acaecen siniestros…"[21].

Peso y Calvo se hace cargo de la "pasión y polémica" –sus las palabras utilizadas por Del Peso y Calvo– subsiguiente a la aprobación de la Ley de Bases, lo cual se tradujo en una intensa oposición a los objetivos principales innovadores introducidos en la misma. Señala, con Juan Eugenio Blanco Rodríguez[22], que la polémica no se centró sólo en cuestiones doctrinales sino también "por parte de los *intereses afectados económicamente*, debido sin duda a que hasta un último instante, no tuvieron pleno convencimiento de que los propósitos se convirtieran en realidad, y ello como consecuencia de lo que había ocurrido en otras situaciones y momentos" (223). "Cuando vieron el Proyecto aprobado y remitido a las Cortes, fue cuando empezaron a temer en contra de lo que pensaban, en esta ocasión, el proyecto se pudiera ver convertido en Ley, y por ello, en las Cortes llevaron a cabo una intensa, aunque a nuestro juicio, tardía *y equivocada* labor de oposición, que si bien excitó

[17] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., págs. 158 y sigs.
[18] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., pág. 168.
[19] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., págs. 171 y sigs.
[20] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., pág. 185.
[21] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., pág. 201.
[22] *La planificación de la Seguridad Social en España,* Barcelona, Ediciones Marte, 1964. Sobre la importante aportación de Juan Eugenio Blanco a la Seguridad Social en nuestro País, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: "Juan Eugenio Blanco Rodríguez (1918-2014): El compromiso activo en la implantación de un sistema de Seguridad Social en España", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 19 (2019), págs. 277-290.

las pasiones y provocó situaciones de violencia, no fue suficiente para evitar la promulgación de la Ley, *y sirvió tan sólo para obtener algunos muy pequeños éxitos, como entre otros significo la admisión de las Mutuas Patronales en la gestión del Seguro de Accidentes de Trabajo,* éxitos que no fueron suficientes para compensar fracasos de tanta importancia, como la supresión de su gestión colaboradora de las Mutas del Seguro Obligatorio de Enfermedad. Por ello, aprobada la Ley de las Cortes, promulgada por el Jefe del Estado y publicada en el "Boletín Oficial Gaceta", la labor de oposición se intensificó en términos mucho más duros, y con una virulencia y pasión mucho más acusada de la que hasta entonces se había empleado. *Las partes interesadas, y no eran sólo las Entidades mercantiles privadas aseguradoras de accidentes de trabajo, conociendo que una Ley de Bases sin su debido desarrollo por textos reglamentarios, era papel mojado, se volcaron, permítasenos lo gráfico de la expresión, en pro de evitar la promulgación de los citados textos articulados que podrían poner en movimiento el mecanismo previsto en la Ley de Bases; y así hasta ese momento y dentro lo admisiblemente humano la campaña contraria había sido intensa, loa que desde ese momento se puso en marcha con pasión exacerbada, no perdió medio alguno a utilizar en pro de vitar la publicación de los citados textos articulados".* Se utilizaron todos los medios en pro del fin que se proponían una y otra parte. "Todo este periodo lleno, y lo repetimos una vez más, de pasión y de, en ocasiones, falto de objetividad, se puso en movimiento. De toda esta labor, cabe destacar la campaña que en tal sentido se hizo por las Entidades aseguradoras afectadas,… A tal extremo llego la pasión que se utilizó la vía jurisdiccional…"[23].

El retraso motivado por las pasiones económicas y políticas y una frontal oposición mediatizada por la presencia de los intereses económicos en juego tuvo el efecto de un retraso importante en la materialización de las previsiones de la Ley de Bases, pero también tuvo la virtualidad de hacer transparente la realidad económica e ideológica subyacente a la polémica y controversia jurídica en cuestión. Lo constate Del Peso y Calvo: "Ahora bien, en aras de nuestra objetividad, algo tenemos que reconocer a los opositores y ello es el de que, lo que pudo ser elaborado en un plazo de meses, *llevó más de dos años, con el consiguiente perjuicio que ello produjo en la implantación del sistema y que lógicamente tuvo reflejo en la forma de desarrollar los citados textos artículos a que luego haremos referencia;* más lo interesante es aquello de que hemos dejado constancia, y para detalles de todo, nos remitimos a lo que sobre toda esta materia de forma magistral el profesor Blanco Rodríguez ha desarrollado"[24].

Aquí Carlos del Peso nos ofrece una imagen menos "idílica" y "armonicista" del proceso de aprobación y desarrollo de la Ley de Bases, por hacer explícita la contraposición de intereses en juego siempre subyacentes a las grandes decisiones de política del Derecho de la Seguridad Social.

Con todo, destaca Del Peso, la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, fue como la meta alcanzada de un fin que se venía persiguiendo casi desde los comienzos de la implantación en España de la protección al trabajador frente a los riesgos y situaciones de necesidad. En realidad, el propósito unificador nunca fue abandonado, y que la Ley de Bases de la Seguridad Social, que tras tanta discusión fue al fin

[23] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., págs. 223-125.
[24] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., pág. 226.

aprobada el 28 de diciembre de 1963, no fue otra cosa que el logro del objetivo tantas veces deseado y trabajado. La Ley reflejaba la preocupación del legislador por atender todas las situaciones de emergencia que se produjeran, tendentes siempre a la mejora de la protección al trabajador. A partir de ahí se entra en una etapa de desarrollo de las previsiones de la Ley de Bases hacia la construcción del Régimen unificado de Seguridad Social, con los textos articulados de la Ley de Bases de Seguridad Social. Al final el tránsito de un conjunto de Servicios Sociales a un sistema de Seguridad Social no fue lineal y se tuvo que enfrentar a numerosos obstáculos[25].

En una valoración de conjunto de todo el proceso hasta el año 1967, concluye Del Peso que tras un estudio panorámico completo del desarrollo de la protección a los riesgos del trabajador, desde la terminación de la época gremial hasta nuestros días, o dicho de otra forma, desde aquellos momentos en que al desaparecer los Gremios y triunfar las ideas liberales individualista, la protección perdió todo sentido social, hasta los momentos actuales en que nuevos aires han puesto de relieve cómo esta labor es una obligación ineludible de los Estados, si quieren realizar auténtica justicia social y colaborar con ella a la paz social. Con marcado optimismo –propio de la época- observa que la comparación de lo que existió a lo que existe refleja que "de la nada se ha pasado si no al todo, sí al casi todo; … De la simple labor reparador del mal, se pasó a la prevención del mismo, aunque fuere de forma tímida e incompleta, y de ello se ha llegado al momento en que por medios eficaces, se trata de remediar en cuanto sea posible el daño". En el actual y reciente Régimen implantado de la Seguridad Social, se han recogido como contingencias todas las situaciones de riesgo y situaciones de necesidad en que el trabajador puede verse sumido, lo mismo aquellas que conocen como causa el propio trabajo, cual ocurre con el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, que aquellas otras ajenas al mismo y fruto de factores imprevisibles. En verdad puede afirmarse que ninguna categoría de ser humano digna de protección, ha quedado fuera de la misma en el nuevo Régimen de Seguridad Social. Sin embargo, sostener que la estructura actual del nuevo Régimen de Seguridad Social ha alcanzado la perfección, sería cerrar los ojos a la realidad, porque una labor de esta naturaleza, exige plazo largos para alcanzar las metas ansiadas, y una experiencia para conocer si lo hecho precisa retoque, y ello como trámite previo a la promulgación de los textos definitivos y unificados. Los avances en materia de Seguridad Social son de ciclo largo, requiere tiempo su materialización jurídico-práctica. Mas en toda labor de esta naturaleza, los pasos difíciles son los primeros y éstos ya se han dado; lo demás llegará en su momento[26].

Se confiaba en el principio de progresividad, en el sentido de que el sistema de Seguridad Social continuaría perfeccionándose a medida que se plantearan nuevas necesidades sociales merecedoras de protección social pública. Esto se afirmaba en Diciembre de 1967: al tiempo se promulgarían nuevos textos refundidos (1974; 1994; 2015) y el proceso político de reformas realizados en el marco del Pacto de Toledo (A partir de 1995, y su revisiones en 2001, 2003, 2006, 2011..), que reflejarían una tendencia expansiva en la protección social tanto en la vertiente de los sujetos protegidos como en la dimensión

[25] Véase también PÉREZ LEÑERO, J.: "La socialización de la previsión", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* núm. 2 (1967); DE LA VILLA GIL, L.E.: "Limitaciones del Régimen español de Previsión Social anterior a la Ley de Bases de 1963", en *Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social,* Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1964.

[26] *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social,* cit., págs. 304-305.

de las situaciones de necesidad objeto de cobertura de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. Pero esta última fase (1994; 2015) ya no pudo ser contemplada ni por tanto analizada por Carlos del Peso y Calvo.

Resulta harto significativo que su propuesta de expansión fuese en la misma dirección expansiva en lo que se refiere al ámbito del Derecho del Trabajo en un artículo podría concluir en los términos siguientes: "De cuanto anteriormente queda expuesto, nuestra conclusión no es otra que la de proponer que el ámbito personal de protección del Derecho de] trabajo, hoy reducido a determinadas categorías de trabajadores» que legalmente son admitidos como tales, se amplíe protegiendo todos aquellos que realizan un esfuerzo de la clase que sea, siempre que lo efectúen para atender a sus necesidades, y coadyuvar, mediante ese esfuerzo, realizado siempre al servicio de otro, a la elevación de la Economía de las Naciones"[27].

## 2. PRODUCCIÓN DOCTRINAL (SELECCIÓN DE LAS OBRAS PRINCIPALES)

La producción investigadora y de divulgación se desplegaría en numerosas publicaciones realizadas en distintos ámbitos. Aquí se citan sólo algunas de ellas significativas de su efectiva aportación, y, por supuesto, sin ánimo de exhaustividad.

### 2.1. Libros

— *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

— *Las indemnizaciones por baremo en accidentes del trabajo*, Madrid, Ed. Victoriano Suarez, 1954.

— *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Legislación, Jurisprudencia y disposiciones concordantes*, Barcelona, Ed. Bosch, 1957.

— *La Enciclica "Mater et Magistra" de S.S. Juan XXIII en la Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo-Instituto Nacional de Previsión (Serie Estudios, vol. 63), 1962.

— *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social: apuntes históricos comentados*. Madrid: Talleres Gráficos Vda. de C. Bermejo, 1967.

— *Manual de Accidentes del Trabajo: legislación, Doctrina, Comentarios y Jurisprudencia; Industria, Agricultura, Mar, Marruecos y Guinea*, Madrid, Ed. Lib. Gral de Victoriano Suarez, 1946.

— *La silicosis y su reparación*, Madrid, Ed. Victoriano Suárez, 1946.

— *La legislación social de los trabajadores del mar*; Madrid, Ed. Victoriano Suárez (De la "Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales"), 1947.

— *La protección legal del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional 1900-1967*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo Instituto Nacional de Previsión, 1971.

[27] DEL PESO Y CALVO, C.: "El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo", en *Revista de Política Social,* núm. 71, Julio/Septiembre de 1966, págs. 103-114, en particular pág. 114.

— *Legislación Laboral Básica*. Contiene, comentarios, referencias literarias o en extracto de los principales disposiciones que regulan el trabajo y sus contratos, la seguridad social y las normas del procedimiento laboral, diversas ediciones. Madrid, Ed. Victoriano Suárez, 1957; 10.ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1970. 13ª ed. corregida y puesta al día, Madrid, Ed. Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1976.

## 2.2. Artículos en Revistas y en Obras colectivas

— "El concepto de trabajador en la legislación de accidente de trabajo", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 3, Madrid, 1959, págs. 793 a 867.

— "Accidente *in itinere*", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 1, Madrid, 1961, págs.81 a 114.

— "Pasado, presente y futuro del accidente *in itinere*", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 2, Madrid, 1968, págs.241 a 279.

— "Previsión y Seguridad Social del trabajador agrícola", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* Madrid, marzo-abril 1962.

— "El Fuero del Trabajo y la Seguridad Social Española", publicado primeramente en los estudios dedicados al Profesor Jordana de Pozas, tomo II, volumen 3º, Madrid, 1961, pág. 237, y reproducido posteriormente en la *Revista de Trabajo,* mayo-junio 1961, pág. 275.

— *Peculiaridades de la legislación vigente sobre reparación de enfermedades profesionales*, Madrid, Ed. Hijos de E. Minuesa, Imp., 1963 (Tirada aparte de la *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* vol. 4).

— "Acción protectora del nuevo Régimen de Seguridad Social", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* Madrid, [s.n.], marzo-abril de 1964.

— *Principios que informan la vigente legislación de accidentes del trabajo*, Madrid, [s.n.] Impresor Blass, tip., 1964 (Tirada aparte de *"Seguros*", vol. 10, pág. 127-135).

— "La rehabilitación y recuperación del hombre trabajador, meta principal del nuevo régimen de Seguridad Social", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* núm. 4, Madrid, 1964.

— "La protección familiar en la legislación de accidentes de trabajo en España", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, Madrid, Marzo-Abril, 1964.

— *Compatibilidad de las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, concedidas por jubilación del Mutualismo laboral*, Madrid, [s.n.], Impresor Tip. Blass, 1966 (Es tirada de *"Seguros"*, vol. 17 pág.-20-40).

— "Los textos articulados de la Seguridad Social y el cese en la gestión de las Entidades Aseguradoras Mercantiles", en *Revista del Sindicato Nacional del Seguro,* núm. 18, abril-junio, Madrid, 1966.

— "Los padres pueden ser beneficiarios de hijo fallecido en accidente de trabajo, juntamente con su viuda", Madrid [s.n.], 1966 (Es tirada aparte de "*Revista Iberoamericana de Seguridad Social*", nº 4).

— El recurso en Interés de Ley en la legislación laboral española; su concepto, finalidad y trámite examinado a la luz del accidente "in itinere", Madrid, [s.n.]Impresor Hijos de E. Minuesa, imp., 1965 (Es tirada aparte de la *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, nº 1).

— "Contrato de trabajo de las gentes del mar", en VV.AA.: *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo,* Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio. Seminario de Derecho del Trabajo, 1965.

— El sacerdote en función de su sagrado ministerio, no goza del concepto legal de trabajador;(sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1965), Madrid, [s.n.] Impresor Hijos de E. Minuesa imp., 1966. (Es tirada aparte de la *"Revista Iberoamericana de Seguridad Social"*, t. 2).

— "Entidades responsables de accidentes de trabajo en casos de salvamento de minas", Madrid, [s.n.] Impresor Hijos de E. Minuesa imp., 1966 (Es tirada aparte de la *"Revista Iberoamericana de Seguridad Social"*, 1966).

— La "invalidez" en la ley española de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, Madrid, [s.n.] Impresor Hijos de E. Minuesa, imp., 1967 (Es tirada aparte de la *"Revista Iberoamericana de Seguridad Social"*, vol. 1967).

— Regímenes de reparación de la enfermedad profesional, [s.n.] Impresor Hijos de E. Minuesa, imp., 1963 (Tirada aparte de *"Revista Iberoamericana de Seguridad Social",* vol. 1).

— "De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* Vol. 10, Nº. 25 (1966), págs. 7-60.

— "Creación y funcionamiento de los Jurados de Empresa", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (Seminario de Derecho del Trabajo), 1967.

— "Antecedentes históricos de la regulación de los conflictos colectivos en Derecho español, desde el Fuero del Trabajo hasta el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre", en VV.AA.: *Quince Lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo,* Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones y Seminarios (Seminario de Derecho del Trabajo), 1968.

— "La fuerza mayor propia", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e intercambios de la Facultad de Derecho de Madrid, 1970.

— "Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo como causa justa de despido", "Apéndice legislativo sobre causas de despido", ambos en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre causas de despido,* Madrid, Ed. Sección de Publicaciones e intercambios de la Facultad de Derecho de Madrid (Seminario de Derecho del Trabajo), 1969.

— "Los incentivos en las Reglamentaciones y Ordenanzas laborales", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases,* Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambios. Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), 1971.

— "Motivos de casación por infracción de ley 1º. Violación, interpretación errónea y aplicación indebida", en VV.AA.: *Dieciséis lecciones sobre casación en lo laboral,* Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), 1974.

— "Convenios colectivos. Apéndice: Disposiciones vigentes sobre convenios colectivos sindicales", en VV.AA: *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho de la UCM, 1976.

— "Periodo de Prueba. Traslados", en VV.AA.: *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales,* Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio. Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), 1977.

— VV.AA.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los Profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo,* Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1980.

# CONCLUSIONES DEL III CONGRESO INTERNACIONAL Y XVI NACIONAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

## POR UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, ADECUADA, SEGURA Y SOSTENIBLE

Madrid, 17 y 18 de octubre 2019

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA
*PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*
*UNIVERSIDAD DE JAÉN*

Los días 17 y 18 de octubre de 2019 quedaran grabados a buen seguro en la memoria de los asistentes y participantes en el III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), gracias al rigor científico de las Ponencias y Comunicaciones que fueron presentadas y profundamente debatidas en la edición 2019 de este Congreso, que se ha convertido ya en una de las citas más significativas entre los estudiosos de la Salud y Seguridad Social de nuestro panorama nacional, al tiempo que evidencia un protagonismo cada vez más palpable en el ámbito internacional.

Quizás uno de los ingredientes esenciales del éxito logrado en esta edición, fue el acierto en la temática elegida para esta ocasión, dedicada a la defensa de la "pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible". Esta temática fue abordada desde una perspectiva caracterizada por la pluralidad y diversidad de planteamientos, lo que se ha convertido ya en una seña de identidad de estos encuentros organizados por la AESSS.

De esta forma, los organizadores de esta edición se marcaron como objetivo el tratar de realizar una contribución reflexiva al complejo entramado jurídico que presenta en nuestros días el sistema de jubilación. Esta destacada y persistente complejidad, que parece erigirse como elemento consustancial al propio sistema, se hace derivarno sólo de la extremada litigiosidad de las controversias jurídicas que se suscitan en este ámbito –sobre algunas de las más recientes tuvimos oportunidad de reflexionar y debatir al hilo de las ponencias y comunicaciones que fueron presentadas a lo largo de estos dos días–, sino al mismo tiempo también de la propia transcendencia jurídico-práctica y de la enorme sensibilidad de los intereses públicos y sociales que entran en juego en este ámbito. Y es que, se trata, nada más y nada menos, de la misma protección social de la familia, de los derechos de conciliación y corresponsabilidad, analizados desde la perspectiva de la Seguridad Social y su intrínseca conexión con el Derecho del Trabajo, y en última instancia, de la capacidad

de nuestra sociedad de garantizar la dignidad de las condiciones de vida de la población de más edad.

En esta ocasión, este Congreso estuvo estructurado en un total de Cinco Paneles, en torno a los que se presentaron un total de 19 Ponencias y 81 comunicaciones, a través de las cuales hubo ocasión para abordar prácticamente todos los grandes retos a los que se enfrenta en nuestros días la pensión de jubilación, comenzando por el estado actual de los problemas que se suscitan desde el punto de vista de la política del Derecho y de la técnica jurídica, transitando igualmente por el análisis de las novedades que han ido surgiendo en este ámbito de estudio en los últimos meses, hasta llegar a la formulación de planteamientos de lege ferenda, capaces, en definitiva, de inspirar nuevas reformas y alumbrar nuevos caminos por los que avanzar en el reconocimiento de la pensión de jubilación en nuestro ordenamiento jurídico, como expresión de la "justicia social" que ha de informar todo el sistema de Seguridad Social y cualquier futura reforma que pretenda llevarse a cabo en este ámbito, tal y como fue defendido a ultranza a lo largo de las distintas exposiciones y debates que se desarrollaron en esta edición.

## 1. CONFERENCIA INAUGURAL: "REPENSAR CRÍTICAMENTE EL MODELO DE REGULACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN"

Por tratar de seguir fielmente la estructura del ambicioso programa diseñado por la organización de este Congreso, nos referiremos en primer lugar a la Conferencia Inaugural que, con este "provocador" título, fue elaborada magistralmente por los profesores Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, y contó con la presentación destacada del profesor Ojeda Avilés.

El profesor Monereo durante su exposición enmarcó los grandes retos a los que se enfrenta la pensión de jubilación en nuestros días. En este sentido, los ponentes nos condujeron a reflexionar sobre el complejo panorama que presenta la pensión de jubilación en nuestro sistema de Seguridad Social, debido a la progresiva pérdida delas que han venido siendo sus tradicionales señas de identidad ya la proliferación de múltiples modalidades y variantes que no responden ya a una lógica estructura interna, a lo que habría que añadir que todo este entramado normativo se encuentra inserto en un marco jurídico desfasado, incapaz ya de aportar las adecuadas respuestas que demandan las profundas transformaciones que actualmente experimenta nuestra sociedad.

Se abordaron igualmente los retos a los que se enfrenta el sistema público de pensiones en una sociedad caracterizada por el envejecimiento y el riesgo, evidenciando cómo nuestros mayores presentan el mayor riesgo de sufrir una pobreza relativa si no se adoptan las medidas específicas adecuadas, tanto de carácter preventivo como reparador. Se defendió por parte de los ponentes, sin ambages, el derecho de las personas mayores al mantenimiento de un sistema público de pensiones suficientes, adecuadas y desmercantilizadas, o lo que es lo mismo, libres de la necesidad de acudir al mercado de la previsión privada para adquirirlas.

El profesor Monereo durante su intervención abogó por la necesidad de recuperar el consenso social y político materializado en el Pacto de Toledo, y que quedó quebrado en el año 2013, con la aprobación de 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 (BOE de 26 de diciembre), y ello con el objetivo de hacer posible que las reformas estructurales, que necesariamente habrán de acometerse en este ámbito, respondan a los objetivos de sostenibilidad económica, suficiencia y adecuación social de las pensiones y, en particular, de la pensión de jubilación, anteponiendo la finalidad última de justicia social sobre la estricta lógica de racionalidad económica, que ha imperado en los últimos años.

También hubo ocasión para poner de manifiesto el retroceso que, en opinión de los ponentes, ha supuesto la re-introducción en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Disposición final primera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, (BOE de 29 de diciembre 2018), de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo. Se reflexionó sobre la falta de acierto del modelo por el que se ha optado para propiciar esta jubilación forzosa de los trabajadores de más edad, puesto que no garantiza la no amortización del puesto de trabajo del trabajador jubilado forzosamente, evidenciándose con ello el riesgo inherente de que esta fórmula termine convirtiéndose en un mecanismo legal destinado a propiciar el abaratamiento del despido del trabajador mayor, por razón de la edad.

## 2. PRIMER PANEL: "EDAD DE JUBILACIÓN"

Tras la conferencia inaugural, el congreso continuó con la presentación del Primer Panel dedicado a la "Edad de Jubilación", que contó con las intervenciones de Alberto Arufe Varela, Davide Casale y Lourdes López Cumbre. Las intervenciones estuvieron moderadas por Inmaculada Ballester Pastor.

En este panel los ponentes pusieron de manifiesto la complejidad que conlleva tratar de abordar la cuestión de la prolongación de la edad de jubilación, puesto que la misma no permite ser contemplada desde una perspectiva simplista o unitaria. Por el contrario, defendieron la conveniencia de que pueda ser analizada tomando como referencia cada una de las distintas categorías de sujetos activos que pueden quedar afectados por estas medidas, como son funcionarios, trabajadores autónomos y trabajadores asalariados. Cada uno de estos colectivos se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico dotado de un modelo propio de jubilación, que en muchos casos presentan intereses contrapuestos entre el propio interés individual del sujeto por acceder a la jubilación, el interés del sector o gremio al que éste pertenece, en que se procure el relevo generacional y, por último, el interés social que viene determinado por la esperanza de vida. El éxito en las medidas normativas que pretendan llevarse a cabo en cada uno de estos ámbitos, dependerá en buena parte, de que consigan la compatibilización entre estos intereses.

De estos tres modelos de jubilación, a juicio de los ponentes, el que mejor conjuga estos intereses contrapuestos es el modelo de jubilación de los funcionarios, al tratarse del único que nunca ha considerado "tabú" el tema de la prolongación de la edad de jubilación. Es este colectivo, precisamente, el que en la actualidad aparece como el campo de experimentación más apropiado para el ensayo de estas medidas destinadas a procurar la prolongación de la edad de permanencia en el mercado de trabajo, actuando como avanzadilla en el reconocimiento de los setenta y dos años de edad como edad forzosa de jubilación, que su legislación específica ha fijado para jueces, magistrados y fiscales.

Los ponentes nos invitaron también a reflexionar sobre los cambios que ha experimentado en nuestros días la tradicional interrelación existente entre la edad y la vejez, y cómo estos cambios nos conducen a cuestionar la presunta incapacidad del trabajador por el hecho de cumplir una determinada edad, puesto que ésta ya no puede ser entendida en términos absolutos, como ocurría en otras épocas pasadas.

Actualmente contamos ya con un sistema flexible de jubilación que bien pudiera representar el origen de un sistema más consolidado en el futuro, en el que la edad de jubilación se convierta en una simple referencia general, a partir de la cual puedan tener cabida una amplia gama de edades posibles de jubilación, determinadas en función de soluciones individualizadas y adaptadas a las distintas circunstancias de los trabajadores o bien institucionalizadas por el Estado.

Ciertamente hubo ocasión para debatir y reflexionar sobre las muchas incógnitas que rodean el futuro diseño de un sistema flexible de jubilación ya sea nacional o europeo, toda vez que son múltiples las posibilidades que se atisban para su establecimiento. Lo que quedó patente es que estas múltiples opciones y la necesaria toma de decisiones que implican las mismas, no nos puede conducir a cerrar los ojos y permanecer impasibles ante estas nuevas realidades, puesto que ello conllevaría un riesgo mucho mayor, como puede ser el propio cuestionamiento de la credibilidad del sistema público de jubilación. En este sentido, si la población trabajadora, la población cotizante, comprueba que el sistema no le ofrece protección adecuada frente a sus estados de necesidad, en particular en situación de vejez, dejará de contribuir, con el consiguiente incremento de las fórmulas de economía sumergida. De esta forma, el sistema agudizaría sus dificultades de viabilidad económica. Por tanto, convendrá tener presente a la hora de emprender las necesarias reformas en este ámbito que la adopción de decisiones excesivamente rígidas que pudieran ser adoptadas con la pretensión de ahorrar costes en el sistema de Seguridad Social, podría terminar generando un daño irreversible a la viabilidad del propio sistema.

## 3. SEGUNDO PANEL: "JUBILACIÓN Y COLECTIVOS SENSIBLES"

La intensa sesión prevista para la tarde del jueves 17 de octubre, comenzó con el desarrollo del segundo panel, dedicado al estudio de la "Jubilación y colectivos sensibles", que contó con las intervenciones de Jordi García Viña, María del Carmen López Aniorte y Daniel Toscani Giménez y con Francisca Moreno Romero, como moderadora de las intervenciones y del posterior debate.

En este panel los ponentes realizaron un recorrido por el estado que actualmente presenta la pensión de jubilación en colectivos particulares, analizando, a través de los pronunciamientos judiciales más recientes, algunas de las principales controversias jurídicas que les afectan, en cuanto al acceso e intensidad de la pensión de jubilación prevista para cada uno de estos colectivos.

También se dedicó una especial atención a reflexionar sobre el origen de la brecha de género que afecta a las prestaciones de la Seguridad Social en general, y a la pensión de jubilación en particular, y como ésta comparte el mismo origen que la brecha en el ámbito laboral, que no es otro que el estereotipo de género que atribuye a las mujeres el rol de cuidadoras. Por ello, se planteó como uno de los grandes retos a los que ha de dar respuesta

tanto el Derecho del Trabajo como el Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI el diseño de normas eficaces, susceptibles de garantizar una equitativa redistribución de roles y responsabilidades en los ámbitos laboral y privado entre hombres y mujeres, capaces de poner fin a la tradicional discriminación laboral que éstas vienen sufriendo y que termina ejerciendo un impacto negativo directo en las pensiones de jubilación a que acceden las mujeres, tanto en términos cualitativos como cuantitativos.

Al mismo tiempo, se defendió que este objetivo de corresponsabilidad debe llevar como complemento necesario un sistema de servicios públicos suficientes y de calidad, destinados al cuidado de menores, mayores y personas dependientes, que permitan a las personas trabajadoras atender a dichos cuidados sin necesidad de interrumpir sus carreras de cotización, ni de ejercer medidas de conciliación que incidan negativamente sobre sus salarios y cotizaciones. Mientras ello no sea una realidad en nuestro país, se consideró adecuado el mantenimiento de mecanismos compensatorios, siempre que los mismos no supongan perpetuar los roles de género.

Se respaldó igualmente la necesidad de emprender una reforma en el ámbito del complemento a mínimos, con el fin de que deje de estar topado, como medida capaz de garantizar la suficiencia de las pensiones de jubilación percibidas por las mujeres, lo que representaría una medida más eficaz, en opinión de los ponentes, que muchas de las acciones compensatorias que actualmente se están poniendo en práctica.

También fueron objeto de atención en este panel los trabajadores temporales, ámbito en el que se realizaron una serie de interesantes propuestas para una futura intervención legislativa, que resulta ya imprescindible en este ámbito. Se trata éste de un colectivo que, pese a presentar problemas similares a los que presentan en nuestros días los trabajadores/as a tiempo parcial, tanto en el acceso a la pensión de jubilación como en la intensidad protectora, no ha sido objeto hasta el momento de regulación específica, por lo que ésta deviene ya más que necesaria.

El debate que continuó tras la intervención de los expertos en este panel, resultó bien expresivo de la tensión existente entre la pretensión de extender la cobertura protectora de la pensión de jubilación a estos colectivos sensibles, más necesitados en nuestros días de una adecuada tutela, como manifestación de justicia social, y las limitaciones que derivan del bloque contributivo de Seguridad Social. Ante esta situación, las distintas intervenciones de los participantes coincidieron en que la solución a esta tensión pasaría por incrementar la contribución del Estado al mantenimiento del Sistema, a través de distintas vías de financiación, así como por limitar el uso de las cuotas de Seguridad Social para financiar partidas de gastos vinculados al ámbito propio de otras políticas públicas, como viene sucediendo en materia de reconocimiento de incentivos en el terreno propio de las políticas de empleo.

## 4. TERCER PANEL: “SALUD Y ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

La tarde continuó con la presentación del Tercer Panel dedicado a la temática de “Salud y Envejecimiento activo” y contó con las interesantes intervenciones de Antonio Baylos Grau, Susana Rodríguez Escanciano, Julio Vadillo Ruiz y Andrés Trillo García y con la sutileza de Antonio Vicente Sempere Navarro en el papel de moderador.

A lo largo de las distintas intervenciones de los ponentes se puso de manifiesto cómo el objetivo de la activación del trabajo para las personas de edad se está logrando en nuestros días a través de someterlas a estados de necesidad, al exigirles una vida laboral más dilatada en el tiempo para poder tener derecho a una cuantía suficiente de pensión en el momento en que accedan a la jubilación, los que les lleva irremediablemente a retrasar esta decisión.

De este forma, la misma presencia de las personas de edad avanzada en el mercado de trabajo vendría a actuar, en la práctica, como uno de los elementos de los que se hace depender la sostenibilidad del sistema de pensiones, lo que supone desvirtuar el propio logro social alcanzado con el aumento de la esperanza de vida, desde el momento en que ésta es utilizada como argumento para reducir la cuantía de la pensión, devaluando de esta forma los principios de igualdad y de solidaridad que han de inspirar el sistema público de jubilación.

A través de las distintas intervenciones de los ponentes de este panel, hubo también ocasión para analizar cómo la edad se configura en nuestros días como fuente de tratamientos desiguales en el trabajo, y cómo estos se hacen especialmente evidentes con la recuperación del mecanismo de las jubilaciones forzosas pactadas en convenio colectivo, reintroducido, como hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico por el mencionado RDL 28/2018.

De forma elocuente los ponentes nos mostraron cómo hemos venido asistiendo en los últimos años a la quiebra de uno de los principios clásicos de nuestro sistema de Seguridad Social, como era el que determinaba la incompatibilidad entre prestación de trabajo y percibo de la prestación de jubilación, regulándose la denominada "jubilación activa". Este instrumento se ha orientado en nuestro país a posibilitar que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal para ello, y que cuentan con dilatadas carreras de cotización, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial, con el cobro del 50 % de la pensión de jubilación.

Con ello se trataría de favorecer una serie de objetivos, aparentemente deseables para todo sistema contributivo de jubilación, como es el hecho de lograr el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del Sistema, al tiempo que supondría aprovechar en mayor medida las capacidades y la experiencia acumulada por estos trabajadores. No obstante, el análisis detenido de esta figura lleva a cuestionarnos la consecución de dichos objetivos. Así, en primer lugar, la contribución a la sostenibilidad del sistema es limitada, al percibir el pensionista un determinado porcentaje de la pensión de jubilación (que, en determinados casos –cuando la actividad realizada en por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena– puede llegar hasta el 100% de la misma. La medida tampoco aparece configurada como derecho subjetivo del trabajador, puesto que se condiciona a la previa autorización de la empresa, que además no deberá haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a la compatibilidad trabajo-pensión para los puestos de trabajo del mismo grupo profesional al que pertenezcan los afectados por la extinción.

Lo cierto es que el recurso a las jubilaciones derivadas del envejecimiento activo está siendo por el momento muy limitado en nuestro país, correspondiendo su mayor incidencia al ámbito de los trabajadores autónomos. De esta forma, parece que, pese a los esfuerzos invertidos en esta dirección, no ha sido posible conciliar los objetivos de protección y tutela

del envejecimiento activo, y que ello requerirá de un debate más profundo, que revise la propia obligación de extinción de la prestación de trabajo, por el cumplimiento de una determinada edad, prestando una especial atención a la perspectiva de género en este ámbito.

Frente a ello, se reflexionó sobre la necesidad de adoptar un nuevo marco normativo de las estructuras fundamentales de la relación laboral, que conduzca a revisar de manera prioritaria la regulación que presentan los contratos temporales y el despido, que otorgue respuesta adecuada a la posibilidad de que las personas de edad avanzada puedan permanecer voluntariamente en el desempeño de su actividad laboral o profesional, posibilitando realmente el envejecimiento activo con carácter voluntario de la población de más edad.

También fue objeto de atención en este panel el modelo español de servicios sociales y cómo la crisis económica ha incidido en el mismo, agudizando sus tradicionales notas de residualidad y marginalidad, a lo que hay que sumar un muy acusado desequilibrio territorial en el desarrollo de estos servicios, así como en las condiciones de acceso y cobertura de los mismos.

Ante este panorama, se defendió la necesidad de conformar un sistema de asistencia social unitario y completo desde el punto de vista subjetivo y objetivo, configurándolo realmente como uno de los ejes de la protección social española, junto con el sistema de Seguridad Social. Se trataría, en definitiva, de articular un adecuado sistema público de protección social dotándolo de un núcleo duro a cargo de la Seguridad Social y otro complementario y encaminado a cubrir sus deficiencias, a través de la asistencia social.

Se abogó por la necesidad de dispensar una atención adecuada a las personas de edad avanzada desde esta doble perspectiva, tanto a través del reconocimiento de pensiones suficientes a cargo del sistema de Seguridad Social, como de prestaciones complementarias derivadas del sistema de asistencia social, competencia de las Comunidades Autónomas. El respeto a la autonomía personal de estas personas exige, en opinión de los participantes en este panel, permitir a éstas y a sus familiares, la elección del tipo de asistencia que precisan y del lugar donde desean recibirla, teniendo en cuenta para ello el grado de dependencia que presente el sujeto en cada caso. También se defendió en este punto la incorporación del trabajo de cuidados dentro de la categoría de relación laboral, al estar presentes en la misma todas las notas definitorias que se recogen en el artículo 1.1 Estatuto de los Trabajadores, y la consiguiente posibilidad que de ello se haría derivar de generar el derecho al percibo de prestaciones

También hubo ocasión para reflexionar, en esta ocasión desde el ámbito de la salud, respecto a la capacidad de la población de más edad para mantenerse en el mercado de trabajo, y de lo arriesgado y las dosis de incertidumbre que pueden rodear la determinación de una concreta edad para ello, máxime teniendo en cuenta que la mayoría de los trabajos que se desarrollarán en el futuro aún no existen como tales, por lo que no podemos determinar a priori cuáles serán sus exigencias, en cuanto a capacidades, tareas y funciones a desarrollar. Por el momento, los expertos consideran que únicamente es posible afirmar que, de mantenerse la tendencia actual, las exigencias físicas seguirán disminuyendo y se mantendrán las intelectuales y sensoriales, con un progresivo incremento de la carga mental. Todo ello nos lleva a considerar que se tratará de trabajos especialmente indicados para ser ejecutados por las personas de mayor edad y con mayor experiencia.

## 5. CUARTO PANEL: "LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y SUS RETOS: ORDENACIÓN NORMATIVA Y PRAXIS JURÍDICA"

La segunda jornada de esta edición 2019 del Congreso AESSS, se desarrolló el viernes 18 de octubre y comenzó con la presentación del Cuarto Panel dedicado a "La pensión de jubilación y sus retos: ordenación normativa y praxis jurídica", que contó con las intervenciones de Francisco Javier Aibar Bernad, Elisabet Errandonea Ulazia y Juan A. Fernández Bernat. La labor de moderación corrió a cargo de Jesús R. Mercader Uguina.

En este panel se analizaron los principales retos a los que se enfrenta nuestro sistema público de Seguridad Social, tales como el déficit de ingresos que padece, la incidencia del elemento demográfico, los efectos de la culminación del proceso de separación de las fuentes de financiación y la necesidad de incrementar el control frente a las situaciones de fraude, entre otros. Se trata sin duda de retos que resulta imprescindible abordar para garantizar la propia sostenibilidad del sistema y el nivel de suficiencia de las pensiones.

Por lo que respecta a los ingresos del sistema, los ponentes pusieron de manifiesto que, pese al incremento experimentado por las bases de cotización en los últimos tiempos, nuestro país es uno de los pocos que aún tiene limitada la base de cotización y el que presenta un tope más bajo. Se insistió en este sentido en la conveniencia de elevar el tope establecido para las bases máximas de cotización, apelando al principio de solidaridad y redistribución de las rentas, lo que efectivamente contribuiría a la mejora de la recaudación de recursos del sistema, advirtiendo en este sentido que, este destope debería realizarse de forma muy gradual, y guardando cierto paralelismo con el incremento de la pensión máxima, y ello pese a admitir que ésta no podrá incrementarse en la misma proporción, si lo que se pretende con esta medida es lograr una contribución efectiva al aumento de los ingresos. De esta forma, el aumento de las bases de cotización constituye un elemento básico, tanto en lo que se refiere al incremento de la protección que dispensa el sistema a sus afiliados/as, como para la evolución de la recaudación de ingresos por el sistema.

Al mismo tiempo, se puso de nuevo de relieve la necesidad de abordar desde los ámbitos legislativo y ejecutivo la posibilidad de que el Estado incremente su participación en la financiación de las pensiones contributivas, quedando fundamentada esta necesidad en el hecho de que la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social es competencia y responsabilidad del Estado.

También se reclamó en este panel una atención específica para el reto que para el sistema de Seguridad Social representan las formas actuales de prestación de trabajo en las plataformas digitales y el comercio electrónico. Se trata de nuevos modelos de relaciones de trabajo respecto a los cuales, se defendió la necesidad de dispensarles un adecuado tratamiento normativo y ejercer sobre los mismos un adecuado control, con el fin de evitar que se conviertan en un verdadero riesgo, no sólo para los derechos de los trabajadores, sino también para el adecuado cumplimiento de las obligaciones de contribución al sistema de Seguridad Social por parte de las empresas.

También en este panel se reflexionó sobre la cuestión que se reveló como uno de los grandes ejes sobre los que pivotó esta edición del Congreso AESSS 2019, consistente en el énfasis por lograr que todas las intervenciones normativas que resultará imprescindible

abordar en los próximos años en el ámbito del sistema de jubilación, estén orientadas en la necesidad de evitar que el criterio de sostenibilidad económico-financiera de las pensiones públicas pueda primar sobre el criterio de suficiencia prestacional. Frente a ello, se defendió la necesidad de procurar la compatibilidad entre ambos objetivos, debiendo los poderes públicos asegurar la financiación que demande en cada momento el sistema, y ello sobre la base competencial que le corresponde al Estado en materia de Seguridad Social (arts. 41 CE y 149.1.17 CE), sin que este hecho permita obviar el objetivo de suficiencia prestacional, también consagrado constitucionalmente.

Tal y como quedo patente a lo largo de las distintas intervenciones, resulta necesario desterrar la idea de que la sostenibilidad social, entendida como suficiencia prestacional, siga considerándose un objetivo subordinado a la sostenibilidad financiera. Frente a ello, quedó evidenciado el importante riesgo que subyace a esta idea, como es el hecho de que optar por no garantizar esa sostenibilidad social supondría poner en peligro la principal función desempeñada por la pensión de jubilación, que no es otra que la lucha contra la pobreza que puede afectar a la tercera edad, a través de la dignificación de las condiciones de vida de esta población. Garantizar esta suficiencia de las pensiones es por tanto uno de los mayores retos a los que se enfrenta el sistema de jubilación en nuestro país, como quedó patente en el énfasis que los distintos paneles de expertos dedicaron a poner de manifiesto esta cuestión.

Se analizaron también las circunstancias que hacen presagiar una futura reforma en el ámbito de las prestaciones sociales complementarias, inspirada en el objetivo de impulsar su desarrollo, para lo que también se pusieron sobre la mesa una serie de propuestas para abordar correctamente estos cambios.

Fue esta materia de la protección social complementaria la protagonista del debate que prosiguió a la intervención de los ponentes de este panel, durante el cual, se puso de manifiesto la necesidad de evitar que su desarrollo pueda servir de pretexto para futuros recortes en la intensidad protectora de la pensión pública de jubilación, tanto en su aspecto cuantitativo como en su dimensión subjetiva.

También hubo ocasión de analizar en este panel los retos a los que se enfrenta en nuestro país el sistema de jubilación en esta ocasión desde la perspectiva del factor demográfico, y es que no podemos olvidar que España registra una de las tasas más bajas de fecundidad del mundo. Sin embargo, frente a este panorama desalentador, también hay lugar para la esperanza, puesto que, tal y como se puso de manifiesto, en nuestro país se constata una distancia nada desdeñable entre el número de hijos que efectivamente se tienen y el número de hijos que realmente se desearía tener. Ello nos da idea del importante potencial que presenta nuestra sociedad en este ámbito, al tiempo que exige una apuesta decidida por parte de nuestros poderes públicos, para articular políticas sociales que faciliten la mayor coincidencia posible entre ambas variables, y que necesariamente pasa por que estas políticas vayan orientadas a facilitar la emancipación económica de las personas jóvenes, que disminuya la inestabilidad en el empleo y la desigualdad distribución de género en las responsabilidades de cuidado.

Se analizó también la peculiaridad que presenta nuestro país en cuanto a la edad media con que acceden las mujeres a la jubilación, que es superior a la de los hombres, dato este que no es habitual en los países desarrollados. La necesidad es uno de los factores que

explican esta realidad a la que se enfrentan las trabajadoras de mayor edad en España, dadas las carreras de cotización más cortas que suelen presentar estas trabajadoras y las mayores dificultades que tienen para acceder a estas pensiones de jubilación, así como para que las cuantías de las mismas les permitan mantener un nivel de vida digno.

Se analizó igualmente el efecto perverso que las alarmas generadas en torno a la viabilidad del sistema de pensiones produce en la población trabajadora de más edad, provocando que opte en gran número por acogerse a modalidades de jubilación anticipada, y pese a las importantes penalizaciones que sufren en sus cuantías, hasta el punto que muchos trabajadores optan por sacrificar la cuantía de sus pensiones para lograr seguridad respecto a su percepción.

En este ámbito, también se puso de manifiesto cómo ha podido influir el factor de sostenibilidad, que tantas críticas ha recibido y que por el momento se encuentra suspendido provisionalmente en su aplicación. Pese a ello, continúa generando incertidumbre e inseguridad, y en opinión de los ponentes, es probable que haya ejercido una notable influencia en las decisiones de adelantar la decisión de jubilarse en gran parte de la población jubilable, debido a la fecha inicialmente prevista para su aplicación, que quedó fijada en enero 2019, con el fin de evitar su aplicación. Actualmente tiene establecida una fecha tope de aplicación, no más tarde del 1 de enero de 2023, aunque siguen generándose dudas respecto a si realmente llegará a aplicarse, por lo que convendría despejar cuanto antes estas dudas, acabando de esta forma, con la actual incertidumbre existente en este ámbito, de manera que se logre conseguir que las decisiones de retirada del mercado de trabajo de la población trabajadora de mayor edad puedan verse libres del peso de esta incertidumbre.

## 6. QUINTO PANEL: "LOS DESAFÍOS DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN. LAS RESPUESTAS DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL"

El desarrollo de la sesión continuó con la exposición de un nutrido Quinto Panel, que tuvo por objeto adentrarnos en el análisis de "Los desafíos de las pensiones de jubilación. Las respuestas de los interlocutores sociales y la concertación social" y contó con las intervenciones de destacados representantes del ámbito de la concertación social, tanto nacional como internacional, y con responsables de las Administraciones Públicas. Se estructuró en torno a dos mesas redondas, y contó con la dinamización, como moderadores de José Luis Tortuero Plaza, en el caso de la mesa dedicada a los agentes sociales, y de Cristina Sánchez-Rodas Navarro en la mesa integrada por representantes de Administraciones públicas.

Con ocasión de estas intervenciones, tuvimos ocasión de ir desgranado la apuesta decidida por la corresponsabilidad que han asumido los interlocutores sociales en nuestro país, en el último cuarto de siglo, tanto en el diseño, actualización como en el refuerzo de la protección de la vejez, a través de las pensiones y los servicios sociales.

También se destacó cómo esta labor queda interrumpida en 2013, como hemos tenido ocasión de analizar, a través de la Ley 23/2013, que representa la primera reforma relevante de pensiones que se adopta en nuestro país de forma no pactada, ni política ni socialmente. Frente a ello, tanto la representación patronal como sindical integrantes de este panel,

coincidieron en defender la necesidad de recuperar los marcos de consenso político y social que han quedado resquebrajados con la crisis económica por la que ha atravesado nuestro país.

En los debates que se propiciaron al hilo de las interesantes intervenciones producidas en este panel, se reflexionó sobre la falta de certidumbre existente a la hora de determinar los límites de lo que se puede considerar como suficiencia o sostenibilidad social de las prestaciones de jubilación, sin que ello pueda llevarnos a admitir, sin más, la inexistencia absoluta de parámetros ciertos a la hora de determinar ésta. Lo cierto es que sí los hay y derivan de un doble plano: por una parte, del marco jurídico-constitucional. En este sentido, si bien es cierto que el legislador dispone de un amplio margen de actuación a la hora de reformar los sistemas de pensiones, no por ello puede obviar o contravenir los preceptos constitucionales dedicados a consagrar esta suficiencia; y por otra parte, también la presión pública ejercida por la ciudadanía puede ejercer un adecuado límite y reacción frente a una acción legislativa desmesurada, sobre todo en los casos en que ésta vaya destinada a provocar recortes en el reconocimiento de las prestaciones de jubilación.

## 7. CONFERENCIA DE CLAUSURA: LA JUBILACIÓN DE LOS CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD EN LOS EEUU DE AMÉRICA

Como colofón a esta edición 2019 del Congreso AESSS, la Conferencia de Clausura con el título "La jubilación de los Catedráticos de Universidad en los Estados Unidos de América" corrió a cargo de Dra. D. ª Kristina M. Campbell; catedrática de la Universidad de Columbia (Whashington D.F) y con la siempre sugerente presentación de Jesús Martínez Girón.

La Dra. Campbell hizo un recorrido por la situación en la que se encuentran los catedráticos y catedráticas en el país anglosajón, tras la eliminación de la medida que imponía su retirada forzosa a los 70 años de edad. Esta medida quedo eliminada y ahora desde muchos sectores tratan de abogar por su reintroducción como forma de garantizar la dignidad en las condiciones de vida de este sector de la población. Para situarnos oportunamente en el contexto de la situación que afecta a los Catedráticos en el país norteamericano, la Dra. Campbell incidió en la escasa cuantía de la prestación a la actualmente que puedan acceder estos, en caso de acogerse a la jubilación y lo inevitable que resulta por ello, en la mayoría de las ocasiones, la decisión de continuar trabajando hasta edades octogenarias. Al mismo tiempo, puso de manifiesto su escasa confianza en la capacidad del sistema norteamericano actual, de responder a las necesidades a medio plazo de las personas actualmente en activo, una vez que entren a formar parte de la población de avanzada edad. Por todo ello, defendió la necesidad de llevar a cabo una reforma profunda del sistema de jubilación con que cuentan estos académicos en EEUU, con el fin de aportar más seguridad y uniformidad al sistema, evitando que la actividad académica se convierta en una dedicación vitalicia, ante la ausencia de respuestas adecuadas desde el sistema público de jubilación.

## 8. A MODO DE RESUMEN

Si tuviéramos que retener una única idea con las que quedarnos tras las interesantes reflexiones y debates propiciados en esta edición 2019 del Congreso AESS, en torno a la

pensión de jubilación, podríamos afirmar que nos encontramos ciertamente ante una situación compleja, sobre la que se dejan notar los efectos de las profundas transformaciones cualitativas de carácter estructural y tecnológico que está experimentando nuestra sociedad y que al mismo tiempo, están propiciando profundas mutaciones en la tradicional "sociedad del trabajo", tal y como la hemos venido conociendo, que llevan a acrecentar cada vez más su identificación con la denominada "sociedad del riesgo". Esta última aparece caracterizada por la aparición nuevos riesgos emergentes, que necesariamente han de conducirnos a repensar nuevas respuestas, nuevas formas de tutela surgidas desde el ámbito de las políticas públicas, y orientadas a oponer frente a estos, nuevas fórmulas de cobertura desde los Sistemas de Salud y de Seguridad Social y, en general, desde los modelos de protección social pública.

Si bien es cierto que el sistema de protección de la vejez a través de la Pensión de Jubilación, no se ha mantenido inmune frente a estos cambios y transformaciones, sino que se ha visto sometido a un proceso de reforma constante, también a través de las distintas intervenciones de este Congreso, hubo ocasión de reflexionar acerca de la forma en que se habían ido adoptado estas reformas, conviniendo por parte de los distintos ponentes en que habían faltado en este proceso las notas de planificación y adecuada reflexión, como ingredientes imprescindibles desde los cuales poder abordar un tema social de tanto calado, como es el que representa la protección de la vejez desde el sistema público de pensiones. Por ello, se defendió la necesidad de acometer un profundo proceso normativo en este ámbito, que aporte, esas notas de serenidad, planificación y reflexión, desde el absoluto respeto a las garantías que nuestro sistema constitucional hace derivar, principalmente de los artículos 41 y 50 de nuestra Carta Magna.

Para facilitar esta labor, el Legislador cuenta con las importantes aportaciones que desde el ámbito de la política del Derecho, se realizaron a lo largo de este Congreso, dirigidas a mejorar el marco normativo vigente, inspiradas en la búsqueda del siempre delicado y necesario equilibrio entre la racionalidad social –justicia social y sostenibilidad social– y la racionalidad económica, la conocida como sostenibilidad económico-financiera del Sistema.

Para concluir con este sucinto relato de lo que fueron dos días intensos centrados en torno al estudio de la pensión de jubilación, si me gustaría destacar la esencial contribución que en mi opinión, ha significado esta edición 2019 del Congreso AESSS, para abarcar la comprensión del tratamiento de la pensión de jubilación en el marco del Sistema de Seguridad Social, desde un enfoque no sólo de actualidad, sino con una innegable proyección de futuro, tratando no sólo de aportar distintas soluciones a los retos a los que se enfrenta la pensión de jubilación en nuestros días, sino también planteando nuevos interrogantes que nos ayuden a elegir entre las distintas alternativas posibles, cuáles pueden ser las más adecuadas para garantizar el futuro de la pensión de jubilación suficiente y digna.

Por tanto, por mi parte no me cabe más que corroborar el éxito logrado por la organización en la consecución de los ambiciosos objetivos que se marcaron con la celebración de este Congreso, y agradecer a todos sus miembros la oportunidad que me brindaron de ser partícipe y testigo del mismo.

# REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

## INFORMACIÓN GENERAL


| | |
|---|---|
| Revista: | *Revista de Derecho de la Seguridad Social* (*REVSEGSOC*) |
| Editor: | Ediciones Laborum, S.L. |
| ISSN: | 2386-7191 |
| ISSNe: | 2387-0370 |
| Inicio de Publicación: | 2014 |
| Periodicidad: | Trimestral |
| Arbitraje: | Evaluación por pares de doble ciego |


## NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

### 1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato**: Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío**: Por correo electrónico a la dirección revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  **Secciones abiertas a la publicación**

  ED (Estudios Doctrinales);

  EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);

  EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);

  ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);

  REC (Recensiones)

  **Por ejemplo:** ORTIZ CASTILLO-ED

### 2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo**: Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:

– Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.

– Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar**

  **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

  El artículo ha de estar encabezado por:

  – El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.

  – Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).

  – Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

  – Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, etc.).

  – Estudios de Doctrina Judicial: máximo 20 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, etc.).

  – Recensiones: máximo 3 páginas.

- **Formato del Documento.**

Márgenes:

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Superior: | 2,50 cm | Izquierda: | 3,00 cm | Encabezado: | 1,25 cm |
| Inferior. | 2,50 cm | Derecha: | 3,00 cm | Pie de página: | 1,25 cm |

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pié 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad *Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

## 3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviandolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. https://revista.laborum.es/equipoeditorial o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.
- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

## 4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

a) Originalidad.
b) Actualidad y novedad.
c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
d) Significación para el avance del conocimiento científico.
e) Calidad metodológica contrastada.
f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

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

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

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

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

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

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

**REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:**

Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Montevideo-Uruguay) https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

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




## Orientación y enfoque metodológico

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

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

Los contenidos incluyen:

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